



Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa



Norberto J. de la Mata Barranco

Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

RESUMEN: *El proceso de individualización de la pena por el delito cometido culmina con una actuación judicial relativamente discrecional. En lo que ha de ser una discrecionalidad reglada (legalmente explícita o derivada implícitamente de lo que significa el Derecho penal actual, preventivo y orientado a las consecuencias), y no ejercicio de pura arbitrariedad, los tribunales han de atender la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor. En este artículo se analizará en el proceso individualizador, los criterios concretos por considerar y la manera en que ha de motivarse, siempre que se decida judicialmente dicho proceso.*

PALABRAS CLAVE: *individualización de la pena, proporcionalidad, gravedad del hecho, circunstancias del autor, discrecionalidad judicial, prevención especial, prevención general.*

ABSTRACT: *The process of individualization of penalties imposed for the offense ends with a relatively discretionary prosecution. In what must be a regulated discretion (legally explicit or implicitly derived from the current preventive and consequence-oriented criminal law), and not an experience of mere arbitrariness, courts must address the seriousness of the deed and the circumstances of the perpetrator. This paper analyzes the aim to take into account in the process of individualization of the penalties, the specific criteria and how to motivate, always, every decision the courts makes.*

KEY WORDS: *individualization of punishment, proportionality, seriousness of the act, the circumstances of the perpetrator, judicial discretion, especial prevention, general prevention.*

SUMARIO: *I. La individualización de la pena. II. La discrecionalidad jurídicamente vinculada de los tribunales de justicia. III. Criterios de individualización de la pena: los denominados factores de individualización. IV. El sometimiento al principio de legalidad: posibilidad de interpretación del precepto penal atendiendo la gravedad de la pena. V. Bibliografía.*

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

I. La individualización de la pena

1. El proceso de determinación de la pena

Como se ha afirmado una y otra vez, hay que remontarse a las ideas de la Ilustración y al movimiento codificador y, en particular, a la consagración del principio de legalidad de las penas, para ubicar el origen del proceso de determinación de la pena tal como se conoce en la actualidad, frente al del Antiguo Régimen, que lo confiaba prácticamente por entero a los jueces, dotándolos para ello de poderes tan amplios que no era infrecuente que pudiera acabar en un ejercicio de pura arbitrariedad.¹

El Código francés de 1791, enmarcado en lo que significa la aparición del nuevo modelo de Estado, la teoría de la división de poderes y la supremacía de la ley, reaccionó contra la arbitrariedad propia de la Edad Media y del Antiguo Régimen estableciendo un sistema de penas fijas absolutamente determinadas que el juez debía aplicar, a decir de Garraud, como si se tratase de una tarifa y en la pretensión de que los jueces fueran meramente la boca por la que hablase la ley. El sistema, obviamente, fracasó, pues los jueces, imposibilitados para adecuar la gravedad del castigo a las circunstancias del hecho, optaban a menudo por la impunidad. Ante este fracaso, el Código francés de 1810 instaura el sistema, todavía con bastante rigidez, de los márgenes penales, que permiten al juez moverse entre un mínimo y un máximo de pena,² sistema mostrado en todo su esplendor en los primeros Códigos de los diferentes Estados europeos que, basándose en el escrupuloso respeto a la ley, encauzaban la labor del juez a lo largo de todo un complejo proceso de aplicación de reglas diseñadas para la concreción y medición de la pena —aritmética o dosimetría penal—, en el que la capacidad de decisión judicial,

descontando algunos delitos con marcos penales muy amplios, estaba ciertamente limitada.³

Desde entonces hasta nuestros días se ha consolidado este sistema legalista en la determinación de la pena, a pesar de que el mismo se ha ido abriendo también paulatinamente hacia la concesión de un mayor arbitrio judicial en la individualización de la pena.⁴ Y si bien los nuevos textos que han aparecido en épocas recientes han avanzado en esta misma línea, simplificando reglas, el modelo vigente sigue siendo en la mayoría de los casos el legalista.⁵

No obstante, si alguna necesidad se deriva del proceso de individualización de la pena es precisamente la de la existencia de ciertos márgenes en los que con o sin auxilio legal pueda moverse la decisión judicial, porque la ley, al prever un hecho sancionable como delito, no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho concreto, de los que sí van a poder disponer los tribunales. Las nuevas tendencias político-criminales apuestan, por ello, por dar mayor importancia al arbitrio judicial para adecuar la pena al hecho y al autor puntuales, claro está que teniendo siempre presente el principio de legalidad.⁶ En un sistema de penas relativamente determinadas, dirá Gallego, el proceso de determinación de la pena debe estar configurado por medio del equilibrio de funciones que en el mismo han de atribuirse a las instancias de la ley y del juez.⁷ La búsqueda de la pena justa, en opinión de Quintero, se transforma en el objetivo prioritario del sistema penal una vez que se ve obligado a intervenir y lo justo no será lo que se acomode externamente al Derecho positivo, pues la necesaria generalización de éste impide una correcta individualización de cada supuesto.⁸

En el modelo preponderante en la actualidad, el camino por recorrer por los tribunales hasta llegar a la imposición de una pena ya concretada transcurre, como se sabe, a través de tres momentos esenciales.

¹ Sintéticamente, Boldova, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal*, p. 177.

² Véanse las consideraciones de Landrove, “La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena”, p. 2; o de Rodríguez Mourullo, “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, p. 293. Ampliamente sobre esta cuestión, Gallego, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, pp. 76 y ss.

³ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 177. Para un análisis histórico, véase García Arán, *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, pp. 22 y ss.

⁴ Véase sobre la preocupación histórica por el arbitrio judicial, Castelló, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, pp. 3 y ss., en relación con la obra, en diferentes ámbitos, de Beccaria, de Lardizábal y Marcos Gutiérrez, o de Bentham.

⁵ Véase Ruiz de Erenchun, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, pp. 87 y ss. Asimismo, De la Mata, “El proceso de determinación de la pena española vigente: síntesis de la nueva normativa”, pp. 895 y ss.

⁶ Véase Belestá, “El artículo 66 del nuevo Código penal”, p. 147.

⁷ Gallego, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, p. 218.

⁸ Quintero, “Determinación de la pena y política criminal”, p. 58.

En primer lugar, determinar el marco legal abstracto o genérico, fase en la que el juez se limita a subsumir los hechos en el precepto que entiende aplicable, en un proceso interpretativo de éste, y en donde lo que es en sí la determinación de la pena se encuentra todavía en la etapa de previsión legal del marco genérico que corresponde a cada conducta delictiva, que ya debe recoger la pena proporcionada al hecho plenamente antijurídico y responsable.⁹ Es éste un primer estadio en el que el legislador describe en abstracto las penas que corresponden a cada delito, poniendo a disposición del juez un espacio de juego al que debe acudir para concretar las consecuencias jurídicas que corresponde aplicar a un sujeto criminalmente responsable por la comisión de cada uno de esos delitos, atendándose en abstracto y legalmente criterios de proporcionalidad.¹⁰

En segundo lugar, concretar legalmente la pena que corresponde imponer en función de las variables previstas de manera legal en torno a la ejecución delictiva, la diferente participación, la concurrencia de circunstancias modificativas, etc., fase judicial de concreción legal de aquel marco en función de las previsiones normativas establecidas más o menos taxativamente, de individualización legislativa de la pena o de determinación del marco legal de la individualización judicial, en diferentes terminologías;¹¹ y aunque, como a menudo se señala, estamos en realidad en un estadio de determinación legal de la pena en el que se delimita de manera normativa un marco penal concreto, dada su vinculación con el de la posterior fase de individualización judicial, puede denominarse fase de determinación judicial de la pena;¹² téngase en cuenta, por otra parte, que en esa selección a menudo la previsión legal permite un mayor o menor ámbito de actuación discrecional que sólo al juez corresponde llevar a cabo.

Y, en tercer lugar, la tercera fase de ya “casi” estricta individualización judicial de la pena absolutamente concreta o definitiva, exacta, que ha de imponerse —dentro de ese marco legal ofrecido por el legislador y seleccionado con base en los criterios legales por el juzgador— por ser la más adecuada al supuesto puntual, tarea que se encomienda a los tribunales,¹³ si bien a partir de criterios que también se pueden fijar normativamente y que, aunque se insiste, no pueden suponer la doble valoración de una misma circunstancia,¹⁴ ningún problema existirá en que se fijen atendiendo aspectos ya considerados en fases anteriores que puedan, no obstante, modularse. En esta fase se distingue en ocasiones entre medición o determinación de la pena en sentido estricto, consistente en la individualización de la concreta cuantía de pena que dentro del marco penal corresponde aplicar a un autor por la transgresión culpable de un precepto penal y medición o determinación de la pena en sentido amplio, que junto a lo anterior incluye la posibilidad alternativa de la suspensión de su ejecución o de la elección de un sustitutivo penal, así como la elección de la clase de pena por aplicar, cuando puedan imponerse varias.¹⁵

Es obvio que la ley penal no prescribe —ni puede hacerlo— una pena absolutamente individualizada; pone simplemente a disposición del Tribunal un marco penal más o menos amplio para cada delito, proporcionado en abstracto, que hay que individualizar judicialmente valorando todas las circunstancias del hecho y del sujeto que todavía no han encontrado plasmación en la determinación legal de la pena y que son las que confieren al hecho y al sujeto su individualidad.¹⁶

Si ya puede ser complicada la tarea del juez en la fase de elección de ese marco penal por aplicar, no menos complicado es señalar en cada caso concreto la

⁹ Véase García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 74.

¹⁰ Ampliamente sobre ello, Demetrio, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pp. 41 y 260 y ss. Sobre el significado de estos criterios, De la Mata, *El principio de proporcionalidad penal*, pp. 87 y ss.

¹¹ Véase Choclán, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, pp. 105 y ss.

¹² Así, Demetrio, *Prevención general*, p. 41.

¹³ Entre otros, Boldova, *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, p. 180; Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal español de 1995”, p. 10; o Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 243. Para una expresa consideración del papel atribuido al Poder Judicial en la configuración del sistema de marco penal, García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 88 y ss.

¹⁴ Véanse Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180; o Choclán, *individualización judicial*, p. 108.

¹⁵ Con ulteriores referencias, Demetrio, “Análisis de los criterios”, p. 326; Jorge Barreiro, “La motivación en la individualización judicial de la pena”, p. 44; o Luzón, “Determinación de la pena y sustitutivos penales”, p. 2476.

¹⁶ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180. En sentido similar, Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 243.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

medida exacta de la pena. El mecanicismo de la subsunción que caracteriza en líneas generales la fase de la determinación de la pena, se dice —y aunque en realidad también aquí haya margen de actuación—, deja paso en su individualización judicial a un ejercicio de racionalidad del juzgador,¹⁷ representando éste —señala Jescheck—, junto al de apreciación de la prueba y al de aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, la tercera función autónoma del juez penal, cúspide de su actividad resolutoria.¹⁸

Sólo quien desconozca del todo la praxis de nuestros tribunales puede minimizar el alcance de los pronunciamientos judiciales en la tarea de garantizar al individuo que se sienta en el banquillo, entre otros, el principio de proporcionalidad.¹⁹

2. Principios por tener en cuenta en la individualización de la pena

A. Justicia, libertad, respeto al Estado de derecho, dignidad, prohibición de la arbitrariedad, legalidad, intervención mínima, igualdad, culpabilidad, eficacia

La mayoría de pronunciamientos judiciales asocian esta individualización a la idea de justicia. Algunos también a la de libertad, aunque desde una perspectiva enunciativa y muy genérica. En ocasiones se hace referencia a la tutela del Estado de Derecho, a la dignidad de la persona y a la prohibición de arbitrariedad.

Más elaborada es la alusión a la exigencia de legalidad, sobre todo en relación con los parámetros en que puede actuarse discrecionalmente en la concreción de la pena por imponer. Especialmente recurrente es la discusión sobre la posibilidad de considerar desproporcionada la pena impuesta cuando se actúa dentro del marco punible legalmente previsto,²⁰ lo que, en principio, y a salvo de alguna matización, incorrectamente, se rechaza de manera abierta.

Se entiende, por supuesto, que la búsqueda de la proporcionalidad debe realizarse con sujeción plena e incondicionada al principio de legalidad que impone el respeto a la literalidad de la norma, sin que esto condicione, no obstante en ocasiones se sea reacio a ello judicialmente, la posibilidad de interpre-

tación del ámbito que pretende abarcar un precepto teniendo precisamente en cuenta la pena que se prevé para los comportamientos descritos en él. Se señala también que la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo y su pena, pero que ésta ha de venir racionalmente fijada por el legislador dentro de unos límites, más o menos amplios, dentro de los cuales —se dirá— “el justo equilibrio de ponderación judicial actuará como fiel calificador de los hechos, jurídica y sociológicamente”.

En ocasiones se afirma de manera genérica la exigencia de atender la idea de igualdad en la concreción de la pena, normalmente para explicar el porqué de la gravedad de las penas impuestas, en relación con otras impuestas en el mismo proceso.

También se tiene en consideración la idea de intervención mínima en sus vertientes de fragmentariedad y de subsidiariedad de la intervención penal,²¹ lo que ha de aplaudirse.

Aunque tampoco de forma muy elaborada, también en la jurisprudencia penal se plantean algunas de las cuestiones que se suscitan en la doctrina en torno a la relación de la pena con la idea de culpabilidad. Así, es frecuente entender que el grado de culpabilidad determina la cuantía de la pena por imponer, pero también que cuando ésta se impone en el grado mínimo no cabe afirmar infracción del principio de culpabilidad, porque se ha considerado la menor culpabilidad posible, ni del principio de legalidad —que se entiende incluiría el de proporcionalidad— en cuanto se impone la pena dentro del marco legal permitido. En ocasiones se afirma simplemente la necesidad de atender “la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito” que exige el principio de culpabilidad. O se señala que hay que atender consideraciones de prevención especial “siempre con el límite de la culpabilidad por el hecho” que viene determinado por el marco punitivo establecido por el legislador con carácter general para la tipología delictiva objeto de sanción y por los factores de gravedad también considerados a la hora de individualizar la pena.

Aisladamente, algunas sentencias se pronuncian en torno a la necesidad de que la pena sea eficaz, cuestión puesta de relieve asimismo en la doctrina

¹⁷ Véase, de nuevo, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 233.¹⁸ Jescheck, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, p. 786.

¹⁹ García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 63.

²⁰ Sobre la relación entre ambos principios, De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 114 y ss.

²¹ Véase De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 148 y ss., y 153 y ss.

tanto en la discusión sobre los fines de la pena como en la que en concreto se plantea en torno al análisis económico del Derecho y los costes del delito.

B. Proporcionalidad

Pero, sin duda, el principio siempre presente a la hora de individualizar la pena por los tribunales de justicia es el de proporcionalidad, concepto que se ha ido consolidado para referir la vinculación entre la gravedad de una pena y la del hecho que la motiva, aunque a menudo equiparado a otros que, en definitiva, tratan de reflejar la misma idea.

La mayoría de pronunciamientos aluden expresamente al principio de proporcionalidad para expresar esa vinculación, sobre todo en el enjuiciamiento sobre la gravedad, excesiva o no, asignada a una pena.

En general, y hasta épocas recientes, no se han realizado exposiciones detenidas de lo que el principio implica, pero se han apuntado diferentes notas que paulatinamente lo han ido moldeando desde la perspectiva jurisprudencial, en las que también se ha insistido desde un punto de vista doctrinal: así, la consagración constitucional del precepto, la vinculación al mismo del legislador y del juez en diferente medida, la necesidad de su observación en todo cuanto afecte a derechos fundamentales, la necesidad de adecuar la gravedad de las penas al grado de culpabilidad, aunque al mismo tiempo se deriva la exigencia de proporcionalidad de criterios preventivo-especiales, y a la importancia del bien tutelado y el carácter relativo del principio.

Si bien las referencias a la idea de proporcionalidad de la norma penal han ido surgiendo de manera aislada en la jurisprudencia, poco a poco se va ofreciendo una formulación absolutamente precisa de lo que se entiende implica el principio. Interesa destacar en especial la insistencia que en las resoluciones penales hacen los tribunales a la acomodación constitucional del principio —en especial, aunque no sólo, a su asociación a las ideas de justicia y de libertad—, de la que sin embargo no se obtienen especiales consecuencias; pero, sobre todo, la alusión que puntualmente se realiza a la necesidad de vincular la idea de proporción con la finalidad de la norma penal —plural— y de relacionar la gravedad de la pena —proporcionada— con la del delito para el que se prevé y, en concreto, con la del mal causado, el injusto cometido

y la reprochabilidad del autor, en una diferenciación de conceptos no explicada y que debiera serlo para expresar con claridad qué criterios son los que permiten valorar la corrección de esa relación.

En cuanto al contenido asignado al principio de proporcionalidad, son numerosas las sentencias en las que simplemente se toma en consideración uno o varios de los requisitos que definen el mismo para verificar su concurrencia; y sólo poco a poco se va asumiendo expresamente el contenido que le asigna de modo concreto la doctrina para señalar, siguiendo las expresiones más reiteradas, que el sacrificio innecesario o excesivo de derechos que define en materia penal la desproporción de una intervención puede producirse, “bien por resultar innecesaria una reacción de tipo penal o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”, o que la proporcionalidad de una reacción penal existirá “cuando la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes, y cuando la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución; la pena, además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada”. Los tres elementos, por tanto —junto con el presupuesto de la preservación de bienes relevantes—, de idoneidad, necesidad y proporción estricta que repiten muchas sentencias y muchos autores.

Es el elemento de la idoneidad el menos comentado, bien porque se confunde con la propia idea de proporcionalidad en sí, bien por el escaso margen que en cuanto a su constatación pueden tener los tribunales. Sí hay en todo caso pronunciamientos aislados en que, por ejemplo, se afirma que para constatar dicha proporcionalidad debe indagarse, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma son suficientemente relevantes y que es, en segundo lugar, cuando deberá indagarse si la medida es idónea o apta para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Confusas son otras sentencias que apelan a la “falta de adecuación” por “resultar innecesaria una reacción de tipo penal”, o bien por “ser excesiva la cuantía o extensión de la pena en relación con la entidad del delito”. Otras se limitan, sin ulterior concreción, a exigir que la pena sea “adecuada” a los fines de protección de bienes que justifican la incriminación de una conducta.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

En cuanto al requisito de la necesidad, estamos ante un elemento perfilado con mayor claridad que el anterior y de frecuente consideración en la jurisdicción penal, aunque sin que de su exigencia se deriven específicas consecuencias prácticas en la mayoría de las ocasiones. A él se hace referencia para identificar la falta de proporción con “el sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza”, e insistir en que desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando “a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador”.

Y es sin duda el tercer requisito del principio, el de la proporcionalidad en sentido estricto, el que, obviamente, con más frecuencia se aprecia en las argumentaciones de los tribunales penales cuando se ven obligados a pronunciarse sobre la gravedad de una pena concreta.

C. La vinculación del legislador y del juez penal a los principios que han de estar presentes en la individualización de la pena

Numerosas sentencias subrayan que al legislador le compete sobre todo decidir sobre la magnitud de una pena en relación con la conducta para la que se prevé la misma. Es ésta una cuestión de relativa importancia, porque esa afirmación —siempre que el juzgador mantenga la imposición de la pena dentro de los límites relativamente determinados que marca el legislador y, por tanto, respete el principio de legalidad en su concepción más tradicional— permitirá en muchas ocasiones negar la posibilidad de revisión de la sentencia o, al menos, la de su revocación, sin entrar a analizar la desproporción que alegue el recurrente, que ciertamente muchas veces, y así lo entenderán los tribunales, lo que plantea es la desproporción de la pena tal y como la contempla su marco legal en el Código Penal. Son también numerosas las sentencias, sin embargo, que, reconociendo aquella competencia del legislador, entienden que los tribunales también están obligados por un principio que obliga a ajustar la pena en función de los criterios de permiten enjui-

ciar la proporción de la pena; pero, aun asumiendo esta perspectiva y reconociendo la vinculación judicial a la idea de proporcionalidad, en muchas ocasiones en donde lo que en particular se alegue sea la vulneración del principio en la aplicación concreta de la pena dentro del marco legal fijado para ello, los tribunales siguen remitiéndose a la competencia del legislador para decidir la previsión de un marco que se puede recorrer en toda su extensión —siempre, por tanto, que se actúe dentro de él, ya determinado—, sin ulteriores consideraciones sobre si en él, habiéndose respetado las consideraciones de discrecionalidad reglada que efectúen las legislaciones, cabe todavía la imposición de una pena más proporcionada de la que se ha impuesto.

Con base justamente en esa facultad o competencia legal para determinar las penas aplicables por la infracción de la normativa con la que penalmente se intenta proteger determinados intereses, pero también al mandato de que en ello se respete la proporción debida, los tribunales admitirán en teoría que cuando esto no ocurra —dentro del amplio margen que se reconoce al legislador en cuanto en su actuación habrá de tener en cuenta aspectos muy diversos— será posible plantear y admitir la inconstitucionalidad de la pena, lo que, sin embargo, y precisamente por la complejidad del juicio, la variedad de factores que presiden la decisión adoptada y el respeto a la distribución de competencias que se atribuyen constitucionalmente a los poderes legislativo y judicial entienden será muy excepcional.

Sí es cierto en cualquier caso que, aunque numerosas sentencias reconocen un amplio margen al legislador para determinar la magnitud de la pena que corresponde prever para cada comportamiento delictivo, son también muchas las que aceptan expresamente que los tribunales están obligados, en la individualización de la pena, a atender los criterios que delimitan la existencia de una pena proporcionada; ello, tanto en el sentido de que, al estar todos obligados por el principio de proporcionalidad, existe capacidad para revocar los pronunciamientos de instancias inferiores que no se ajusten a él, como en el más inmediato de la necesidad de acomodar ya en primera instancia la aplicación de la norma penal en función de la proporción debida entre hecho y consecuencia jurídica. Siempre, en todo caso, desde el respeto a aquel amplio margen de actuación legislativa.



II. La discrecionalidad jurídicamente vinculada de los tribunales de justicia

El problema de la individualización judicial de la pena se identifica en gran parte con el de los espacios de discrecionalidad que se asignan a la función judicial y, a la vez, con la cuestión del respeto al principio de legalidad de las penas, cuya garantía, frente al despotismo judicial imperante hasta entonces, constituyó el principal motivo inspirador de la batalla ilustrada por la reforma penal.²²

Señala Álvarez García que si bien es cierto que las penas que dejan escaso margen de maniobra al juzgador han producido históricamente resultados altamente insatisfactorios, no es menos verdad que un excesivo margen de arbitrio produce consecuencias no menos indeseadas, entre las que destaca la frecuente conculcación del principio de igualdad —pues el extraordinario recorrido de la pena puede provocar que de unos tribunales a otros se produzcan grandes diferencias en la determinación final de la pena—, el favorecimiento de la tendencia a imponer penas mínimas, la confusión valorativa provocada —de existir marcos penales muy amplios— por la similitud de las sanciones con las que se castigan atentados a bienes jurídicos de muy diversa magnitud, la quiebra de la seguridad jurídica —pues el destinatario de la norma no sabe cuál es la pena que se le puede imponer— y la de convertir al juez en legislador —ya que no otro, dice, es el papel de quien puede elegir la sanción dentro de un marco penal desmesuradamente amplio—. ²³

A mi juicio, resulta imprescindible, para no dejar de considerar toda la riqueza de matices de cada hecho y de cada sujeto, que la ley por su propia generalidad no puede prever un relativo arbitrio judicial, definase de ésta o de otra manera; siempre, obviamente, que se trate de un arbitrio prudente, sometido a Derecho, motivado y susceptible de control. De

hecho, la posibilidad de actuación discrecional surge de la imposibilidad del legislador de establecer una tipología exacta y completa de todos los supuestos imaginables, dada, como señala González Cussac, la incapacidad ontológica de las leyes para expresar, en forma de abstracción, algunos datos de valor que por su naturaleza pueden ser tomados en cuenta sólo en lo concreto de cada episodio criminal.²⁴ Señalaba en este sentido Carnelutti que “es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes [...] es el juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo, mientras que el ‘hombre’ del legislador es desgraciadamente una marioneta. Y sólo el contacto con el hombre vivo y verdadero, con sus fuerzas y sus debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y su mal, puede inspirar esa visión suprema que es la intuición de la justicia.”²⁵ Tan rechazable, de cualquier modo, sería propugnar un arbitrio judicial ilimitado como, por el contrario, un legalismo rígido.

Sobre esto apenas hay discusión en la actualidad.²⁶ Pero por ello no puede obviarse el problema del peligro de un ejercicio abusivo del arbitrio judicial, sobre todo cuando los marcos penales determinados legalmente sean muy amplios, máxime, se subraya, si la revisabilidad de dicho arbitrio se acepta sólo de modo restringido; un peligro que, se entiende, cabe evitar aceptando que en la actuación judicial se haya de operar con base en determinados principios, escritos o no,²⁷ explícita o implícitamente recogidos en el ordenamiento jurídico.

Ésta es la razón por la que para Silva resulta muy difícil hablar de discrecionalidad en el ámbito de la individualización judicial de la pena y que, siguiendo la terminología de la doctrina alemana, a lo sumo, de lo que puede hablarse es de una “discrecionalidad jurídicamente vinculada”.²⁸ La mayoría de la doctrina considera posible seguir aludiendo a una cierta discre-

²² Ampliamente, Gallego, *El sistema español de determinación de la pena*, pp. 218 y ss.

²³ Álvarez, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batasuna” p. 2057.

²⁴ González Cussac, “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)”, p. 144. Señala en sentido similar Mapelli Caffarena, *Las consecuencias jurídicas*, p. 243, que se trata de cohonestar el principio de legalidad y la necesidad de conceder parcelas de libertad al juez ante la imposibilidad de fijar en la norma penal de forma general y abstracta todos los juicios de valor que han de hacerse sobre el injusto y sus circunstancias. Véase también Quintero Olivares, “Determinación de la pena”, pp. 68 y ss., reivindicando un mayor arbitrio, revisable y normativamente orientado.

²⁵ Citan Ortego y Picó, “Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal”, p. 27, las palabras de Carnelutti en el Congreso que se celebra en Venecia en 1963.

²⁶ Véanse las reflexiones de Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 10 y ss., con ulteriores referencias.

²⁷ Así, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 144.

²⁸ Silva, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, p. 139.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

cionalidad en el ejercicio de la actividad judicial, limitada, sometida a un conjunto de criterios valorativos, que no permite tomar decisiones con base en consideraciones opuestas a principios cuya transgresión aleja el arbitrio de las pautas de racionalidad, medida y proporcionalidad que deben presidirlo;²⁹ sin embargo, ese mismo autor explica, a mi juicio con acierto, que eso ya no es verdadera discrecionalidad, sino auténtica aplicación, pura, reglada, del Derecho, pues no se trata de elegir entre varias posibilidades igual de correctas, que es lo que caracteriza la discrecionalidad, sino de concretar los juicios de valor de la ley y conseguir los fines de aquélla en cada caso, determinando la pena correcta.³⁰ Lo que ocurre es que esa aplicación reglada del Derecho va a permitir actuaciones, dispares pero incuestionables, de las que no es posible exigir acierten con la pena concreta correcta, que no existe o que, al menos, es imposible de definir, salvo por aproximación, dada esa infinidad de supuestos imaginables a la que ha de hacer frente la actividad judicial.

Por eso ha de distinguirse, como a menudo hacen los Tribunales, entre lo que es la discrecionalidad en cuanto uso motivado de las facultades de arbitrio, no susceptible de revisión —cuando se ejecuta correctamente—, de la arbitrariedad, definida por la ausencia de motivación del uso de tales facultades, vetada y revisable, se dice, en una diferenciación que no obstante se residencia sólo en el hecho de la motivación de la individualización,³¹ en mi opinión incorrectamente, pues, como bien se ha señalado, no basta ésta si no se justifica la decisión adoptada con base en las razones que la motivan,³² que, por ejemplo, pueden responder a criterios contrarios a la legalidad.

Pero incluso dentro de lo que es la discrecionalidad, y no la arbitrariedad, se distingue a su vez entre lo que se denomina discrecionalidad máxima o de primer grado, en la que no hay ningún condicionamiento legal sobre la manera de proceder en los juicios realizados para la determinación de la pena —señalando que en consecuencia no cabe revisión de la decisión tomada—, y la discrecionalidad mínima o de segundo grado, en la que la operación intelectual sobre la

fijación de la pena está vinculada a ciertos condicionamientos normativos a los que están vinculados los tribunales, cuyas decisiones sí son impugnables,³³ en una distinción también a mi juicio cuestionable, pues siempre existe condicionamiento legal, si no expreso, sí implícito y en ningún caso cabe aceptar la posibilidad de recorrer todo un marco penal sin atención a criterio alguno y sin posibilidad de someter a crítica —en segunda instancia o en amparo constitucional— la decisión tomada. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse plenamente, con independencia de los criterios que se expliciten de modo expreso legalmente, ni de la finalidad de la norma por aplicar ni del respeto a los principios que limitan —o más aún, definen— el *ius puniendi* en el Estado social y democrático de Derecho. Ningún ejercicio de discrecionalidad puede desvincularse del respeto al principio de proporcionalidad³⁴ y a los criterios que permiten afirmar la proporción de la pena finalmente impuesta tras el proceso de su individualización.

Por ello, la única discrecionalidad de la que disponen los tribunales en el proceso individualizador de la pena es la que, razonando la decisión tomada, les permite ponderar la importancia de las diferentes circunstancias concurrentes —en su más amplio sentido— en cada concreto hecho a enjuiciar para encontrar la pena que mejor se ajuste a lo que ha de ser la intervención del Derecho penal. Cuáles sean esas circunstancias es algo que no siempre se expresa correcta y específicamente por el legislador, pero al final siempre se acaba aludiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente como conceptos genéricos que permiten aglutinar todos los factores relevantes para concretar aquella pena proporcionada, derivados de la atención a lo que debe ser la finalidad de la intervención final.

III. Criterios de individualización de la pena: los denominados factores de individualización

La mayoría de Códigos establecen determinadas reglas vinculadas a la determinación judicial de la pena

²⁹ Véase detenidamente Jaén, “Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales”, pp. 167 y ss.

³⁰ Silva, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, p. 140. Véase también Ramos, “El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena”, p. 618.

³¹ Así, Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena”, pp. 137 y 139.

³² Véase Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena”, p. 339.

³³ Un análisis de esta doctrina en Demetrio, *Prevención general*, pp. 273 y ss.

³⁴ Véanse, específicamente, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 149; y Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal”, p. 337.



en relación, por ejemplo, con el grado de ejecución del delito, la participación, el error de prohibición, la concurrencia de eximentes incompletas, de atenuantes y agravantes o a aspectos concursales, obligando a modular la respuesta penal final con base en la diferente gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor en supuestos concretos.

En esa fase todavía de determinación del marco penal aplicable a un delito ya concreto debe especificarse cuál es el espacio en que puede moverse el tribunal, que no queda definido en el momento previo de determinación legal de la pena —aunque la ley sí establece las reglas para esa concreción—, antes de entrar en la fase de individualización judicial propiamente dicha, y en ella la idea de proporcionalidad despliega todos sus efectos, primero, en cuanto a la necesidad de distinción de supuestos en función de las circunstancias que se establecen legalmente y que condicionan la actuación judicial, y, después, en cuanto al ejercicio del margen de discrecionalidad que normativamente se concede al juez para la determinación exacta del marco aplicable.

En segundo lugar, al juez siempre le queda un margen de arbitrio, más o menos amplio, en la determinación cuantitativa de la pena, o incluso cualitativa cuando el precepto penal contemple penas alternativas, penas de imposición potestativa o la posibilidad de aplicar sustitutivos penales, que permite un mejor ajuste entre la gravedad del hecho —en toda su complejidad— y la gravedad de la pena, que debe aplicar atendiendo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido, tal y como acostumbra exigir, por otra parte, la propia normativa penal. Aquella primera función judicial, aunque próxima a ésta de individualización judicial propiamente dicha, se entiende conceptualmente separable de la verdadera función autónoma individualizadora del juez, como se señalaba, que no procede de una delegación del legislador, se dice, sino que se presenta como competencia exclusiva de la jurisdicción en cuanto se trata de determinar una pena en función de las peculiaridades de cada caso y de cada autor,³⁵ bien es cierto que condicionada también normativamente

cuando se fijen determinados criterios orientativos de actuación; por ello, precisamente, se califica este acto de individualización judicial como de discrecionalidad jurídicamente vinculada, pues el juez puede moverse con libertad en principio dentro del marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito —que aquél concreta—, aunque orientado por principios que habrán de extraerse, bien de las declaraciones expresas de la ley, cuando existan, bien de los fines del Derecho penal en su conjunto, bien de los fines de la pena partiendo de la función y límites del Derecho penal.³⁶

En efecto, la búsqueda del difícil equilibrio entre indefinición y casuismo, entre inseguridad y posibilidades de arbitrio, obliga a delimitar unos criterios rectores racionales que permitan una concreción acertada de la pena imponible a un sujeto, sin que se pueda pretender, sin embargo, porque no es viable, atender la totalidad de situaciones que pueden producirse.³⁷

La labor judicial es compleja ya de entrada porque ni siquiera en la doctrina se ha llegado a conclusiones unánimes sobre cuáles son los fines que debe cumplir la pena o qué elementos fácticos han de tenerse en cuenta para fijar su magnitud en cada caso, pero ello no impide, desde luego, exigir del tribunal la imposición de una sanción penal racional y útil, dirá Choclán,³⁸ proporcionada, o sea, justa, en relación con el delito cometido, cabría señalar. Por supuesto, aceptando siempre la existencia de un espacio dentro del cual toda pena debe considerarse correcta, dada la ausencia de certeza absoluta que preside todo este proceso.

Lo que sí ha de conseguirse para su correcto desarrollo es el establecimiento de criterios objetivos de valoración que orienten la labor del juzgador y permitan, al mismo tiempo, un eventual control de la decisión tomada³⁹ y que en ocasiones, no siempre, están apuntados en los Códigos con distintas fórmulas. Como señala Choclán, citando a Sauer, “al acusado no le interesa [saber] por qué es condenado por estafa y no por apropiación indebida pero sí por qué recibe una determinada pena y no otra cualquiera”, lo que pone de manifiesto la necesidad de delimitar puntos

³⁵ Así, Choclán, *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, p. 108.

³⁶ Con ulteriores remisiones, Demetrio, “individualización judicial de la pena”, p. 326.

³⁷ Véase en este sentido, García Arán, *Análisis de los criterios de determinación de la pena*, p. 241.

³⁸ Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, p. 1514.

³⁹ En este sentido, por todos, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 50 y ss.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

de apoyo que permitan al juez la adaptación de la medida de la pena al autor y al hecho cometido, pues éste es el verdadero sentido de la individualización judicial.⁴⁰ De no fijarse legalmente tales criterios, como expresión de la idea de proporción, el juez debería aplicar directamente el principio de proporcionalidad interpretando la norma por aplicar de conformidad con él.⁴¹

Explica Jorge Barreiro que no abundan las sentencias que acudan a los conceptos de la dogmática penal para individualizar la pena en el caso concreto, posiblemente porque estamos ante un campo del Derecho penal, dice este autor no sin razón, en el que la dogmática todavía no ha alcanzado un grado de desarrollo que permita operar con criterios que proporcionen garantías de estabilidad, seguridad y claridad a las resoluciones que dictan diariamente los tribunales.⁴² Pero si el principio de proporcionalidad vincula al legislador en sus decisiones de incriminación *ex novo* de un determinado comportamiento, en las modificaciones de los elementos positivos del tipo de injusto, en la previsión o concreción de causas de justificación o de disminución de la culpabilidad específicas y en la determinación abstracta de la pena, como señala Lascuraín con acierto, también debe vincular al juez, en cuanto agente de la fase final del proceso de normación de un modo similar, de tal modo que ya para concretar la regla que sirve a la resolución del conflicto el juzgador debe interpretar los diferentes preceptos en juego y desechar la punición de conductas cuyo escaso desvalor convierta en desproporcionada la sanción prevista, interpretar desde criterios de proporcionalidad las cláusulas abstractas de justificación o de disminución de lo injusto o de la culpabilidad y, finalmente, concretar la pena eligiendo de las posibilidades de sanción que se le ofrecen la pena mínima eficaz para garantizar los fines de protección que persigue la norma, proponiendo lo que estime conveniente cuando la sanción sea desproporcionada en comparación con los beneficios que comporta su aplicación y la norma no permita la falta de subsunción, la justificación o la exculpación del comportamiento.⁴³

Todo ello, claro está, con independencia de cómo se concreten estos beneficios y aquella desproporción.

Sin aludir a los criterios específicos que están obligados a atender los tribunales para determinar el marco en que haya de moverse la individualización estricta de la pena, que dependerán del ámbito de que se trate —el grado de perfección delictiva, la concurrencia de un mayor o menor grado de inimputabilidad o la vencibilidad del error de prohibición—, en lo que es en sí dicha individualización, de forma genérica, y sin considerar ahora los concretos aspectos que los tribunales tienen en cuenta para valorar de forma particular la entidad que debe tener la pena en cada supuesto concreto enjuiciado —con delitos determinados y sujetos individualizados—, en numerosos pronunciamientos se alude a distintos factores, con carácter general, que son los que se considera han de delimitar la magnitud de la pena.

Y de forma mayoritaria se entiende necesario —con independencia de cómo se materialice en cada caso concreto esta necesidad— atender para concretar la entidad de la pena que ha de preverse para un comportamiento relevante penalmente tanto cuestiones relativas a la finalidad de la pena —en su aspecto retributivo y preventivo— como cuestiones vinculadas con la antijuricidad y la culpabilidad del supuesto analizado. No siempre se alude a todos los criterios, pero sí será ésta la tónica general. Otra cosa es el modo, muchas veces equívoco, en que se especifiquen los diversos factores por considerar; y el sentido de la atención a tales criterios, que no se concreta habitualmente —aunque así tiene que ser en una generalización que no puede ser sino eso—, con qué efecto o con qué intensidad han de tenerse en cuenta; es ello algo sobre lo que no existen claros pronunciamientos. Hay que destacar también que muchas de las afirmaciones realizadas por los tribunales no encuentran después una plasmación congruente en las especificaciones que se realizan —así, por ejemplo, cuando se señala la necesidad de atender comportamientos posdelictivos asociándolos a la idea de la culpabilidad por el hecho cometido—, sin que pueda criticarse ni lo uno ni lo

⁴⁰ Choclán, *Individualización judicial de la pena*, p. 171.

⁴¹ Lo reclama Barnes, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, p. 335.

⁴² Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 97.

⁴³ Lascuraín, “La proporcionalidad de la norma penal”, p. 183. Explica Mapelli, *consecuencias jurídicas*, p. 243, que el juez no hace sino continuar la labor iniciada por el legislador de cara a individualizar las consecuencias jurídicas del delito, de acuerdo con los criterios de prevención jurídicamente limitados a los que está sometido.



otro, pero sí la relación que se establece. Y que, aquí quizás de modo inevitable, el discurso se dirige en una u otra dirección en función de la conclusión a la que se pretende llegar, indicándose por ejemplo que una pena es proporcionada porque en su concreción se han atendido consideraciones de prevención general y no especial sin explicar por qué pesan más unas que otras, o que lo es porque se han atendido consideraciones vinculadas a la idea de culpabilidad y no a aspectos preventivos, pero sin explicar la incidencia que también éstos deben tener en la pena. Estamos muchas veces ante afirmaciones generales de las cuales interesa aquí destacar fundamentalmente la recepción de la postura que vincula la intervención penal al cumplimiento de las finalidades varias que le son propias, para lo cual es necesario, a su vez, atender una multiplicidad de factores diversos.

Tratando de abordar la complejidad de la individualización de la pena a partir de una profundización dogmática en cada uno de los elementos susceptibles de valoración, entre otros autores, Demetrio ha subrayado de manera especial la necesidad de prescindir de una mera simplificación de los factores por considerar, en el intento, dice, por conseguir mayores cotas de racionalidad y seguridad jurídica,⁴⁴ así como el rechazo a abandonar la misma a la mera intuición, con base en sistemas autorreferentes, del propio juez,⁴⁵ acudiendo al concepto “factor individualizador de la pena” que, en la clásica concepción de Spendel, comprende tres significados: final, real y lógico. Nos podemos preguntar, en primer término, por el propósito que se persigue con la imposición concreta de la pena, y podemos aludir a las circunstancias que deben tenerse en cuenta en ella o podemos referirnos al vínculo que cabe establecer entre sus presupuestos y la individualización misma, factores entrelazados que constituyen una unidad en cuanto a lo que implica la individualización de la pena como concepto, pero cuya distinción —se viene entendiendo— permite una mejor comprensión de lo que significa.⁴⁶

Teniendo en cuenta que estamos dentro de un proceso en el que se parte de una pena, parcialmente de-

terminada a partir de las previsiones legales, en la que ya se han debido atender los criterios que permiten afirmar un marco legal proporcionado en relación con lo que se pretende conseguir con dicha pena. Partimos, por tanto, de una pena proporcionada en abstracto —y en concreto en cuanto a su determinación parcial—, que hay que individualizar judicialmente atendiendo cada hecho puntual, con su autor específico, objeto de enjuiciamiento en los Tribunales.

1. Factores finales de individualización: los fines de la pena

En la doctrina es frecuente señalar que en la individualización judicial de la pena también, como en las fases previas de su determinación, deben atenderse los fines de la pena. Como señala Terradillos, la decisión última sobre la pena que realmente se va a aplicar al reo está condicionada por los objetivos que se pretenden con ella, siendo la orientación a sus consecuencias elemento esencial de la racionalidad y de la funcionalidad de la individualización de la pena.⁴⁷

Por supuesto que el juez debe tomar como referencia las declaraciones expresas de la ley, pero también los fines de la pena; más aún, la determinación de qué fines persigue la pena, en qué momento y con qué intensidad en cada estadio de la intervención del sistema penal, es la clave, se dirá, a partir de la cual se obtiene respuesta tanto a la cuestión de la dirección valorativa de los factores reales —explícitos legalmente o no— que concurren en la individualización de la pena como a la del peso de los mismos en la pena final por imponer. En ese sentido se señala que la racionalización de la individualización de la pena debe empezar por clarificar la cuestión de sus factores finales, pues dependiendo de qué fin de la pena se tome como punto de referencia, dicha individualización puede conducir en el caso concreto a resultados muy diferentes.⁴⁸

Explica Choclán que la labor es compleja, pues aunque el juez penal debe tomar como punto de partida una determinada posición acerca de los fines de

⁴⁴ Demetrio, *Prevención general*, p. 328.

⁴⁵ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial”, pp. 14 y 26.

⁴⁶ Un análisis detenido de esta construcción en Demetrio, *Prevención general*, pp. 34 y ss., que alude también a posteriores desarrollos de entre los que destaca las propuestas de Bruns y Bacigalupo. Véase también Choclán, *Individualización judicial de la pena*, pp. 172 y ss.

⁴⁷ Terradillos, *Las consecuencias jurídicas del delito*, pp. 187 ss.

⁴⁸ Véanse las consideraciones de Demetrio, *Prevención general*, pp. 33 y 73; o de Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 50.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

la pena para poder disponer de elementos fácticos que sean de importancia para fijar la magnitud penal en cada caso concreto, en la medida en que la teoría no ha llegado a conclusiones seguras sobre este problema no pueden esperarse soluciones firmes en el quehacer judicial; ello, añade, obliga a un esfuerzo por ofrecer criterios más o menos precisos que sirvan de guía a la labor judicial en el afán por que se fijen consecuencias jurídicas útiles y racionales.⁴⁹

También se trata de concretar cómo cabe solucionar los casos en que una finalidad demande lo que otra rechaza, sobre todo cuando nos encontremos ante fines antinómicos en sentido estricto,⁵⁰ lo que en mi opinión no es fácil que suceda, bien entendidas las ideas de retribución, prevención general y prevención especial, desde los parámetros actuales que exigen una intervención penal sólo orientada a salvaguardar intereses merecidos y necesitados de protección desde la idea de mínima intervención.

Pues bien, una y otra vez se indica que aunque el fin preventivo general de la pena prevalece en la fase legislativa, el fin retributivo en la fase jurisdiccional y el fin de prevención especial en la de ejecución de la condena, según el entendimiento mayoritario de la doctrina actual, ello no quiere decir que cada una de las perspectivas punitivas no deban ser consideradas en las demás fases, pues, se subraya, la unilateralización de la función de la pena en cada una de ellas impediría que cumpliera sus fines en las restantes.⁵¹ En concreto, en el ámbito de actuación judicial se alude a la necesidad de tener en cuenta tanto las finalidades de prevención general y de prevención especial⁵² como las de retribución por el hecho cometido,⁵³ retribución del injusto y de la culpabilidad⁵⁴ o, en otros términos, las exigencias que se derivan de la idea de culpabilidad⁵⁵ o del principio de culpabilidad.⁵⁶

Aun cuando por tradición se ha señalado, como ya se dijo, que la fase de ejecución de la pena permite atender mejor las necesidades de prevención especial, cada vez en mayor medida en la doctrina se insiste en que en el momento de individualización judicial de la pena son tales necesidades las que, con los límites que se explicarán posteriormente, han de atenderse de modo preferente. En este sentido, señala Baratta que hay que considerar el hecho de que la violencia penal puede agravar y reproducir los conflictos en las áreas específicas en que interviene y que, por tanto, los costos sociales de la pena deben valorarse atendiendo la incidencia negativa que la misma puede tener sobre las personas que constituyen su objeto, sobre sus familias y su ambiente social; de ahí la necesidad de introducir —por razones de justicia, dice él; por lo que significa hoy el Derecho penal, podría añadirse— criterios dirigidos a compensar y limitar las desigualdades de los efectos de la pena en los condenados y en su ambiente social, precisamente en una dirección opuesta a la que asumen las decisiones judiciales cuando se orientan por valoraciones como la de la prognosis de criminalidad, que en realidad aumentan las desventajas de los individuos pertenecientes a extractos sociales más bajos.⁵⁷ En particular, señala García Arán que es en la decisión sobre la clase de pena por aplicar donde se debe actuar con más responsabilidad —por lo comprometido de ella—, decisión que, más allá de la calificación de los hechos y de la proporcionalidad de la pena —se entiende que con la gravedad del injusto culpable— tiene un fundamento en el que adquieren plena vigencia, en su opinión, los criterios de índole preventiva especial.⁵⁸

Más aún, hay muchos autores en nuestra doctrina que defienden que debe ser la prevención especial el único criterio que opere a la hora de cuantificar la pena,

⁴⁹ Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, pp. 1514 y s. Véase también Quintero, “Determinación de la pena”, p. 69. Téngase en cuenta que los Códigos no asumen expresamente una finalidad en concreto, abriéndose distintas opciones que deben ser consideradas por los Tribunales, como señala Mapelli, *consecuencias jurídicas*, p. 245, a partir de las directrices abstractas que marca el sistema.

⁵⁰ Véase Demetrio, *Prevención general*, pp. 75 y ss.

⁵¹ Expresamente, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 51.

⁵² Entre otros, Álvarez/Carrasco, “Medición judicial y ejecución de las sanciones penales”, pp. 13 y 16; Berdugo/Arroyo *et al.*, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, p. 62; Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 233; Choclán, *Individualización judicial*, p. 173; Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 246; Morillas, *Las consecuencias jurídicas del delito*, p. 47; Pérez del Valle, “individualización de la pena”, pp. 58 y ss.; o Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 620.

⁵³ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 180.

⁵⁴ Expresamente, Choclán, *Individualización judicial*, p. 173.

⁵⁵ Por todos, García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 170 y ss.

⁵⁶ También, entre otros muchos, Jaén, “Arbitrio judicial”, p. 163.

⁵⁷ Baratta, “Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, pp. 632 y s.

⁵⁸ García Arán, “Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad”, p. 315.



dentro, claro está, del marco o submarco que delimita la culpabilidad por el hecho. En este sentido señala Demetrio que la prevención especial —positiva—, entendida como el fin de la maximización de la no desocialización del reo, no es el único fin de las penas privativas de libertad, pero sí el único atendible directamente como factor final en su individualización judicial, lo que se traduce en último término en la propia idea de la individualización de la medición de la pena misma.⁵⁹

Justamente una de las principales cuestiones objeto de controversia es cómo interpretar las referencias a la personalidad del autor, a sus circunstancias personales, etc., que acostumbran contener los Códigos Penales, no ya en cuanto a las variables que deben atenderse, que también, sino en cuanto a su interpretación, bien desde un punto de vista preventivo-especial, bien simplemente desde su asociación a la idea de culpabilidad por el hecho. Señala con razón Jorge Barreiro que el propósito de encuadrar los datos relativos a la personalidad, el carácter, la trayectoria de vida y demás elementos personales del autor en el marco de la prevención especial sólo puede merecer loas, pero también que no resulta fácil excluir los elementos personales del imputado de la culpabilidad si en ella han de calibrarse las condiciones de imputabilidad y de asequibilidad normativa del justiciable; destaca también este autor los riesgos de caer en un Derecho penal de autor y la necesidad, por ello, de atender sólo aquellos datos que tengan relevancia para explicar el hecho delictivo —aunque precisamente entonces quedarían, a mi juicio, indebidamente fuera los que se refieren a los efectos de la pena en la vida futura del condenado que no necesariamente tienen por qué condicionar tal hecho— y subraya finalmente el tradicional riesgo de manipulación de la personalidad del reo a través de la imposición de una pena encauzada sustancialmente a su resocialización.⁶⁰

Apenas hay discusión en la doctrina, en todo caso, sobre la necesidad de atender consideraciones de prevención especial —exclusiva, prioritaria o secundariamente— en la individualización de la pena, como acepta ya el propio legislador cuando regula, por ejemplo, los mecanismos de la sustitución de la pena impuesta o de la suspensión de su ejecución. La cuestión es cuáles son los criterios que deben tener

se en cuenta para garantizar esa prevención y cuál la ponderación que debe establecerse con el resto de criterios que deriven de otras exigencias.

Mayor discusión se establece a la hora de aceptar que la prevención general pueda considerarse en la fase de individualización judicial de la pena.

De forma minoritaria, expresa Morillas, que en la fase de imposición y determinación de la pena los fines que cumple ésta son preferentemente preventivo-generales en cuanto a la confirmación de la amenaza penal, con independencia, matiza, de que también pueda jugar la misma en ciertos casos como elemento de prevención especial cuando intimide al delincuente frente a una posible reincidencia.⁶¹

También González Cussac ha señalado que cuando el juez utiliza el Derecho —sin ejercer una tarea estrictamente individualizadora de la pena— para llevar a cabo la aplicación de una determinada pena, debe operar con idéntico procedimiento al que desarrolla el legislador al establecer las normas penales, esto es, con un método generalizador, lo que viene caracterizado, dice, por la utilización de criterios valorativos no previstos expresamente en la ley, referidos sobre todo a consideraciones preventivo-generales —que en su opinión se reflejan mediante la atención a la mayor o menor gravedad del hecho— y, en consecuencia, apreciar la influencia de dichos criterios al aplicar la pena al caso concreto, de modo uniforme y genérico, sin que ello implique la extensión de este tipo de consideraciones a la individualización judicial propiamente dicha, matiza, lo que, si se hiciera, sí supondría instrumentalizar al delincuente en contra del reconocimiento constitucional de la dignidad humana.⁶²

García Arán explica, en cambio, como destaca Mir con acierto, que la configuración de un Estado como social y democrático de Derecho consagra la finalidad preventiva del Derecho penal sobre la meramente retributiva o expiatoria, finalidad que es manifiesta en el estadio de la conminación legal a partir del mandato dirigido a la colectividad estableciendo obligaciones de hacer y de no hacer, pero que es más arduo delimitar el sentido que este mandato tiene ante el juez y aceptar la finalidad preventiva en el momento de la decisión judicial. Ella entiende esto cuestionable, al menos, dice, como objetivo preponderante en el en-

⁵⁹ Demetrio, *Prevención general*, p. 328.

⁶⁰ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 72 y ss.

⁶¹ Morillas, *Teoría de las consecuencias jurídicas*, p. 47.

⁶² González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 147.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

juiciamiento. Al juez, señala, una vez previstos por la ley penal los potenciales hechos delictivos y fijado el mínimo de pena que considera suficiente para evitarlos, atendiendo criterios de proporcionalidad, no debe preocuparle la actuación posterior de ciudadanos que no están por el momento sometidos a juicio y mucho menos preocuparse incrementando la sanción del que en ese momento se juzga; ello entiende, con razón, que sería instrumentalizar al reo con fines de prevención general,⁶³ con independencia, dirá, de que de hecho la decisión judicial tenga efectos preventivos generales.⁶⁴

Debe observarse, sin embargo, que el mínimo de la pena no se fija legalmente como límite suficiente de la intervención penal en todos los casos, sino como límite necesario, al margen de sustitutivos, de ella; por ello la cuestión es si criterios de prevención general —explicitados de una u otra manera— pueden o no ser atendidos —al menos siguiendo los parámetros legales de determinación de la pena—, por supuesto dentro del marco concretado legalmente, pero para permitir una pena que llegue al máximo de dicho marco, con independencia de cómo se compensen tales criterios con el resto de elementos por tener en cuenta en esta fase de individualización.

Más explícitamente ha cuestionado Zugaldía la necesidad o conveniencia de tener en cuenta las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena enumerando los principales argumentos de quienes rechazan tal posibilidad. Así, señala que la invocación de fines preventivos generales podría considerarse un ataque a la dignidad humana si se entiende que el hombre es un fin en sí mismo, no susceptible de instrumentalización —sería evidente si fuera así—; también que se sabe poco empíricamente sobre los efectos de la prevención general en su doble aspecto de intimidación general y de preavalecimiento del orden jurídico —aunque en mi opinión lo mismo ocurre con la prevención especial—, que si se quiere ser congruente con la tesis según la cual la pena se justifica exclusivamente por su necesidad, no puede sostenerse que a un sujeto concreto, por ignoradas razones de prevención general debe imponérsele una pena que excede de la que correspondería

a las exigencias de su tratamiento preventivo-especial —lo que dependerá de los márgenes coste-beneficio de la intervención en su globalidad— y, finalmente, que la exclusión de la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena es consecuencia de un esfuerzo por racionalizar la medición de la pena —tomando, a mi juicio, en cuenta, sin embargo, un único criterio para ello—. Él insiste en que están abiertas en la dogmática actual las posibilidades de reformular ciertos aspectos de las teorías relativas de la pena para permitir que las exigencias de las dos modalidades de prevención no entren en conflicto necesariamente y que una de esas posibilidades es precisamente la de reservar la prevención general para la conminación típica —junto a la idea de retribución— y la prevención especial —de modo exclusivo— para la individualización judicial de la pena.⁶⁵

Insiste también en ello Demetrio, señalando que la función preventivo-general de las normas penales se desarrolla fundamentalmente en la etapa conminativa de la intervención penal y sólo como confirmación de la seriedad de la amenaza también en la de medición y ejecución de la pena, y que dicha prevención, negativa o positiva, no es un fin que haya que perseguir expresamente en la individualización de la pena, lo que justifica con base en diferentes razones de carácter dogmático, constitucional y criminológico en cuanto, básicamente, a la doble valoración de los elementos del tipo que ello implicaría, a la violación que se produciría de derechos fundamentales de la persona y a la ausencia de datos empíricos que permitan contrastar tales efectos preventivos.⁶⁶ Explica que existe obviamente una relación entre la fundamentación del Derecho penal y la individualización de la pena, donde los fines de ésta juegan un papel esencial, pero que la admisión de un fin de la pena en la fundamentación del Derecho penal no implica necesariamente la de su virtualidad como factor de individualización; ello, señala, es lo que explica la admisión de la prevención general como respuesta a la pregunta de por qué se pena —legitimación externa del Derecho penal— sin que sea contradictorio su rechazo como criterio de la individualización —legitimación interna—, lo que al contrario considera que no sería posible.⁶⁷

⁶³ García Arán, “La prevención general”, pp. 520 y s.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 513.

⁶⁵ Zugaldía, “La prevención general en la individualización judicial de la pena”, pp. 869 y ss., especialmente, p. 877.

⁶⁶ Demetrio, *Prevención general*, pp. 35, 139 y ss., y 146 y ss.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 48.



En todos estos argumentos insiste también Jorge Barreiro, subrayando además el riesgo de operar con conceptos equívocos y abstrusos como los de inseguridad, desasosiego, conmoción, alarma social, etc., y la propia existencia del proceso penal y de la condena que ya cumplen una función de prevención general.⁶⁸

Son evidentes los riesgos cuando se opera con conceptos equívocos —como lo es, por otra parte, la propia expresión “gravidad del hecho” a la que sí suele acudirse legalmente y que pocos reparos ofrece doctrinalmente—, algunos de los cuales, no obstante, incluso se consideran legalmente, sobre todo en textos procesales. Que, por otra parte, se atente contra la dignidad de la persona o contra otros derechos de carácter fundamental, se opere con datos que no están contrastados empíricamente, etc., es todo ello algo que dependerá de cómo pretenda materializarse la finalidad preventivo-general en la delimitación de la pena, qué alcance se le dé y cómo se la haga compatible con el resto de criterios que puedan tenerse en cuenta. No se afirma mayoritariamente, además, que el legislador atenta contra la dignidad de la persona o acude al manejo de datos equívocos cuando utiliza criterios preventivos para fijar el marco legal aplicable a un delito; y, si es que se hace, o cuando se hace, de ello no deriva la crítica a la idea de prevención general como finalidad de la pena, al menos en ese momento de su determinación. Lo que ocurre es que cuando se argumenta en relación con la influencia de la consideración preventivo-general de la pena en el momento de su individualización se piensa en una utilización de esta finalidad con efectos agravatorios deficientemente justificados —quizás por la experiencia percibida—, algo que no ocurre cuando se analiza el aspecto de la prevención especial. Pero igual de cuestionable puede ser ésta —positiva o negativa— si, prescindiendo de otras consideraciones, conlleva una instrumentalización de la persona por mucho que se atienda —o precisamente por eso— su individualidad.

La cuestión es la ponderación de los diferentes criterios que deben entrar en juego para concretar la pena idónea o adecuada, necesaria y proporcionada, y la prevalencia de unos sobre otros cuando sean incompatibles en cuanto a los efectos que deban derivarse de su apreciación, algo que, ha de in-

sistirse de nuevo, no sucederá en la mayoría de los casos. No puede medirse la necesidad de la pena o su proporción en sentido estricto —en el ámbito de lo concreto— sólo desde el prisma de la prevención especial, pues el marco que se determina legalmente —relativamente indeterminado— debe permitir que se modele la pena atendiendo todos los factores cuya concurrencia se ha tomado en consideración para delimitar dicho marco. Los temores a una utilización desmedida de la idea de prevención general en el ámbito judicial —que además no se justifican analizando la práctica actual de los tribunales, en su globalidad— pueden contrarrestarse además teniendo en cuenta que el operador siempre va a actuar dentro de unos límites que le vienen tasados. Y, en todo caso, de nada sirve negar la posibilidad de concretar una pena utilizando su finalidad preventivo-general por el riesgo a una instrumentalización de la persona si esa finalidad se acepta en una actuación legislativa en las que ésta y no otra finalidad es la que permite penas de considerable gravedad y claramente “desproporcionadas” en relación con la antijuricidad de la conducta, a la culpabilidad del autor y a planteamientos de prevención especial, al menos, positiva.

Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases de su vida, y el único temor que debe existir es el de la preponderancia excesiva e incorrecta —sin atender el peso real de cada factor en el caso concreto— que pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir, en su conjunto, la intervención penal.

En este orden de ideas, no es correcto afirmar que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, entendido como principio que limita la finalidad preventiva de la pena, y que cumple por tanto una función de garantía para el ciudadano, impide que la pena opere en perjuicio del autor o, en otros términos, se opone a ser vulnerado hacia arriba, no hacia abajo,⁶⁹ salvo que lo que se quiera señalar sea que la pena deba ser proporcionada con la gravedad del hecho, entendida ésta desde un punto de vista retributivo —o culpabilístico—, porque si la disminución de pena por debajo de dicha proporción obedece a algún motivo, lógicamente preventivo, la pena sí será proporcionada, pero claro está atendiendo a este motivo. Se

⁶⁸ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 70.

⁶⁹ Véanse las diferentes referencias de Aguado, *El principio de proporcionalidad en el derecho penal*, p. 321.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

confunde en mi opinión la idea de proporcionalidad con la de gravedad de lo injusto culpable o de culpabilidad por el hecho.⁷⁰

Es cierto que el principio de proporcionalidad no impide que pueda disminuirse o, más aún, renunciarse a la pena por razones de prevención especial —concretamente, por ejemplo, para impedir la desocialización de un sujeto o para facilitar su socialización—, o en su caso, incluso de prevención general —aunque normalmente ambas irán de la mano—, pero porque la pena seguirá siendo proporcionada y no contravendrá aquel principio. Simplemente ocurrirá que en las magnitudes a comparar se habrán introducido los criterios de prevención especial o incluso general.

En este sentido, no me parece afortunada, como también he explicado,⁷¹ la afirmación de que el conflicto de la proporcionalidad con la lógica de la prevención sólo tendrá lugar cuando consideraciones preventivas pudieran conducir a sanciones superiores a lo que demandara el valor de la proporcionalidad pero no, en cambio, si la lógica preventiva llevara a proponer la imposición de sanciones inferiores a lo proporcionado⁷² ni la tesis que alude a la necesidad de desterrar la pretensión de elaborar un principio de proporcionalidad invertido,⁷³ pues la exigencia de proporción lo que debe impedir —aunque la afirmación implique una tautología— es todo aquello que implique desproporción, teniendo en cuenta para evitar ésta —y aquí la matización— no sólo criterios retributivos.

Por eso, otra cosa es que en efecto se señale que la pena puede ser inferior a la medida de lo injusto o de la culpabilidad, o incluso no aplicarse cuando así esté indicado por razones de prevención, normalmente, especial, pero también incluso general.

Es el marco legal de la pena el que delimita el juego de la prevención general y especial, que son las que modulando la intensidad de aquélla permitirán su individualización en función de las características del hecho y de su autor; una modulación que también tendrá que producirse, no obstante, en función de los criterios que especifiquen la mayor o menor gravedad de lo injusto y la mayor o menor capacidad de culpabilidad, pues esto todavía no se ha podido tener totalmente en cuenta en el estadio de aplicación de las

circunstancias modificativas que atenúan o agravan la responsabilidad penal.

En mi opinión, si aceptamos como finalidad del Derecho penal la de prevenir conductas lesivas a intereses mercedores y necesitados de él, no veo cómo negar la necesidad de considerar razones de prevención —especial, lo que nadie cuestiona, pero también general, lo que la mayoría de la doctrina discute— para individualizar la pena judicialmente; por mucho que ya se hayan tenido las mismas en cuenta en el estadio legal de delimitación de la pena; como se acaba de indicar, una y otra vez se ha insistido en la dificultad de lograr las finalidades que se pretende con la institución de la pena, que han de permitir a su vez alcanzar las que se pretende con la propia existencia del Derecho penal, si su asociación a cada una de sus diferentes etapas de vida tiene carácter excluyente.

Y si aceptamos que aquella finalidad ha de pretenderse desde criterios que garanticen un costo en términos de restricción de libertad menor que el que se salvaguarda con la intervención, la atención a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, y a su posibilidad de modulación, parece evidente.

Lo lógico, por otra parte —y además así ocurre en la realidad—, es que no se plantee especial controversia a la hora de definir la pena proporcionada entre cuantos criterios —en absoluto antinómicos, salvo en sus formulaciones más extremas de un utilitarismo puro o de un retribucionismo exacerbado, hoy en absoluto admisibles— deben tenerse en cuenta para alcanzar el fin pretendido con la previsión de la norma penal.

Cuando los distintos criterios que deban tenerse en cuenta conduzcan a direcciones diferentes en cuanto a la mayor o menor gravedad de la pena que cada uno de ellos estime correcta, parece evidente que en un Derecho penal de mínimos no deben imponerse penas innecesarias —porque no satisfacen ninguna razón preventiva— aun cuando exista un injusto culpable que pudiera explicarlas; y, aunque no acostumbre a expresarse así, ello puede suceder también cuando esas razones tengan carácter general y no especial, sin que a mi juicio sea fácil entender por qué deban priorizarse éstas, máxime cuando —y es algo que no puede obviarse— las razones de prevención general no

⁷⁰ De la Mata, *El principio de proporcionalidad*, pp. 244 y ss.

⁷¹ De la Mata, *op. cit.*, p. 244.

⁷² Así, Silva, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 259.

⁷³ Expresamente, Cobo y Vives, *Derecho penal. Parte General*, p. 89.

siempre van a proponer una exasperación de la pena respecto de la que pueda resultar de la argumentación con base en otras consideraciones.

Más acertado me parece simplemente valorar los diferentes elementos que concurren en el hecho y en el autor analizando en cada caso concreto qué razones, qué finalidades —con base en la importancia a la especial relevancia de cada dato— deben primar frente al resto. Y no vemos por qué en un caso no pueda atenderse de modo especial el hecho de la especialmente difícil situación económica, social, familiar, emotiva de un transportista de una moderada cantidad de droga absolutamente rehabilitado, y en otro, en cambio, en una también difícil situación económica, social, etc., de quien, también rehabilitado, ha transportado una gran cantidad de droga destinada a un centro escolar con consecuencias graves para la salud de uno o varios menores, este otro dato. Los factores de prevención general o especial o de culpabilidad deben ponderarse sin dar prioridad a uno u otro de entrada, sino en función del peso que cada uno de ellos pueda tener en cada hecho concreto y dentro del conjunto del supuesto que se analiza; y cuantos más datos se conozcan y se manejen, mejor. Siempre en todo caso, además, operando dentro del marco legal —concretado judicialmente utilizando el criterio de la proporcionalidad para determinar ya éste y una vez determinado el ámbito de protección que pretende el tipo que lo prevé— que entiende el legislador es el único que permite dar cumplimiento —incluyendo en él la posibilidad de sustitución o de suspensión de la pena— a la finalidad penal en su conjunto y que la individualización judicial no puede rebasar bajo ninguna consideración.

Más complicado ha sido delimitar el máximo de pena imponible; por supuesto, en ese marco legal que ya ha debido tener en cuenta las diversas finalidades, por conseguir en mayor o menor medida, concretadas en criterios que ciertamente pueden considerarse lábiles al proceder de valoraciones, aún con referentes, coyunturales, derivadas de políticas puntuales, etc., pero que corresponde fijar legislativamente y que en consecuencia son difícilmente cuestionables en democracia salvo, como repetidamente se ha señalado, ante grandes excesos. En todo caso, se antoja difícil aceptar que en un supuesto la culpabilidad pueda ser razonablemente poco grave —en injusto y culpabilidad estricta— y puedan al mismo tiempo existir razones de prevención especial o general —que no se reflejen ya en la antijuricidad o la responsabilidad personal—

que aconsejen una pena que desborde claramente lo que aquélla exigiría. Y si en muchos delitos no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que determina la entidad de las penas que se prevén por el legislador, cuando haya que concretar la pena judicialmente, dentro del marco legal, los criterios de prevención general que puedan haberse tenido en cuenta en dicha previsión deben atenderse para concretar la pena proporcionada, permitiendo que la misma sea acorde con los parámetros legales de valoración de cada supuesto.

En los tribunales, en ocasiones, a la hora de explicar la magnitud de la pena por aplicar en un caso concreto sí se alude, con carácter general y con independencia del modo en que se define la gravedad del hecho que también permite explicar dicha magnitud a los fines que fundamentan, justifican, informan o limitan la pena por imponer por la comisión de un hecho delictivo y, sin primar una finalidad frente a otra, se da entrada a las diversas finalidades de la pena en lo que es su individualización propiamente dicha.

Se vincula claramente la entidad de la pena —por lo menos así se afirma—, como no podía ser de otra manera, a las finalidades a que aspira el Derecho penal. Se insiste en la necesidad de atender consideraciones preventivas —sobre todo en el ámbito legislativo, pero también en el judicial— y a ello no puede ofrecerse reparo alguno, según el planteamiento integrador aquí defendido. Ahora bien, llama la atención la frecuencia con que parece apelarse a la necesidad de atender consideraciones de prevención especial, por una parte, o de prevención general, por otra, para explicar que una pena concreta no pueda considerarse desproporcionada cuando el resto de finalidades así parecen indicarlo. Esto es, se utiliza el discurso de los fines de la pena, normalmente, para explicar una proporcionalidad —no, en cambio, la desproporción de la pena que se impone—, en el supuesto concreto más que cuestionable. En todo caso, y salvo supuestos muy puntuales, en la mayoría de las sentencias no hay un pronunciamiento expreso sobre la primacía de uno u otro tipo de finalidad; la argumentación de la necesidad de atender todas las finalidades conduce de hecho precisamente a desvirtuar los criterios de la retribución, de la prevención general o de la prevención especial como prioritarios frente al resto, algo que aquí se comparte; sin embargo, muchas veces la argumentación conduce en sus consecuencias prácticas a resultados no siempre compatibles en cuanto a la gravedad de la pena finalmente impuesta, lo que ocu-

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

rirá cuando a partir de esa afirmación general, pero prescindiendo en realidad de lo que significa, no se dé la debida trascendencia a la importancia que, por ejemplo, pueden tener determinados aspectos de carácter preventivo-especial en relación con los efectos perniciosos de la pena frente a un sujeto en un caso concreto, justamente alegando la necesidad de atender otras finalidades de la norma penal que, en ese caso concreto, pueden en realidad ser intrascendentes.

El principio de proporcionalidad sirve en muchas ocasiones de justificación para explicar una pena, por la diversidad de criterios que han de tenerse en cuenta para enjuiciar la existencia o no de proporción, al ser posible vincular su mayor o menor gravedad a una u otra finalidad que la misma ha de cumplir, a uno u otro criterio especialmente destacado. Ahora bien, eso no es lo que impone realmente el principio de proporcionalidad. A lo que éste obliga —y se echa esto de menos, aun con excepciones, en la jurisdicción penal en general— es a un análisis de la proporción de las penas que tenga en cuenta todas las finalidades, todos los criterios, no sólo como postulado meramente descriptivo; que tome en cuenta, sí, aquélla o aquél que pueda parecer más destacado en el caso concreto, pero analizando también en qué medida pueden entrar en juego otras u otros. Esto es lo que sigue faltando en la jurisdicción penal. Y a ello poco puede ayudar la doctrina, porque a ésta no le cabe sino limitarse a reconocer —y explicitar a modo de ejemplo— la multiplicidad de factores que deben valorarse en el análisis de la proporcionalidad de una intervención penal —y de una pena, por tanto—, descartando sólo los que axiológicamente no pueden tomarse en consideración en nuestro modelo jurídico actual e insistiendo en la necesidad de buscar aquella pena que maximice libertades, y a exigir que en la individualización de la pena en un supuesto puntual se tenga en cuenta todo aquello que permita graduar de modo concreto la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta enjuiciada y se atienda además la perspectiva preventiva en cuanto a lo que la imposición de la pena —o su ausencia— puede implicar, sin priorizar con carácter general uno u otro factor por valorar, pero priorizándolos en cada caso en función del mayor o menor peso que se entienda deben tener para conseguir que esa maxi-

mización de libertades que se preconiza como ideal por cumplir con la previsión o con la imposición de una pena pueda garantizarse en ese caso concreto.

2. Factores concretos, reales, fácticos, indiciarios de individualización: la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor

A. Consideraciones generales

Jescheck señala que los elementos fácticos de la individualización penal son aquellas circunstancias del hecho que en cada caso específico ofrecen interés para determinar la clase y cuantía de pena que de modo concreto procede imponer por la comisión de un hecho delictivo.⁷⁴

Se trata de definir qué criterios deben atenderse, en qué sentido y con qué trascendencia para poder individualizar la pena de modo proporcionado, en concreto, en función de los objetivos que con ella se pueden conseguir.

Ya de entrada, debe aludirse a la insistencia de la doctrina en subrayar que resulta erróneo considerar que los factores reales de la individualización judicial de la pena se identifican con las circunstancias agravantes o atenuantes que puedan contemplarse legalmente, que afectan a su individualización legislativa —o, si se prefiere, a la determinación del marco legal de la individualización judicial en abstracto—,⁷⁵ y que en ningún caso se podrán tener en cuenta factores que ya se hayan considerado en la determinación de ese marco legal que delimita la individualización.⁷⁶ Es cierto que su consideración no pertenece a la fase de individualización judicial de la pena en sentido estricto. Ahora bien, sí debe llamarse la atención sobre la posibilidad de atender en ésta los mismos criterios que se tienen en cuenta para definir la existencia de atenuantes o agravantes —además, claro está, de otros muchos—, sin que ello suponga en modo alguno vulneración del *bis in idem*, siempre que tales criterios puedan entenderse de carácter graduable. La matización del grado de imputabilidad disminuida, del grado de reincidencia o del grado de enseañamiento, circunstancias que podrán haber sido ya consideradas en una fase previa, en cuanto definidoras de una mayor o menor capacidad de responsabilidad

⁷⁴ Jescheck, *Tratado de Derecho penal*, pp. 799 y ss.

⁷⁵ Así, Choclán, *individualización judicial*, p. 175.

⁷⁶ Entre otros, Boldova, *Consecuencias jurídicas*, p. 180; Choclán, *Individualización judicial*, pp. 173 y ss.; o Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 83. Ampliamente, Demetrio, *Prevención general*, pp. 267 y ss., con numerosas referencias.



personal o de una mayor o menor antijuricidad, es posible y necesario efectuarla y el lugar de hacerlo es justamente el de la individualización de la pena.

Al margen de ello parece evidente que, con carácter general, y siendo la misma la finalidad del Derecho penal —y, por tanto, de la pena— para el legislador y para los jueces, los criterios de concreción de la pena para su delimitación en abstracto, para su determinación parcial o para su especificación concreta no pueden diferir, con las matizaciones a que obligan sus diferentes estadios y la necesidad de operar desde perspectivas más o menos individualizadoras en cada uno de ellos. Es lógico entonces que si la decisión sobre la responsabilidad penal obliga a valorar conjuntamente los hechos que condicionan cada uno de los elementos del delito, y todos ellos se tienen en cuenta para definir la pena que proporciona el marco genérico del mismo, todos deban también valorarse para determinar la pena proporcionada en concreto.⁷⁷ Si, además, las finalidades preventivas forman parte de lo que debe ser el Derecho penal, las mismas deben también considerarse en esta fase y proyectarse en la definición de las circunstancias que permitan considerarlas. Todos los factores que incidan en uno u otro ámbito deberán valorarse en esta sede.

A la hora de decidir cuáles deben ser esos factores que guíen al juez en el momento que representa la cúspide de su actividad resolutoria, claro está que, como señala Demetrio, habrán de valorarse en primer término las indicaciones expresas de la ley,⁷⁸ que por necesidad deberán ir en esa línea, explícita o implícitamente, y que habrá que interpretar, cuando así se requiera, desde tal perspectiva.

Habrán Códigos, como el alemán, en cuyo § 46 se contempla una cláusula que contiene los principios fundamentales de individualización de la pena;⁷⁹ en otros, como el español, y al margen de la enumeración legal de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de concretas previsiones de la Parte especial, se acude para especificar los criterios por tener en cuenta en la fase de estricta individualización judicial a la “gravedad del hecho” y a las

“circunstancias personales del delincuente”.

B. La gravedad del hecho

La gravedad del hecho, para la mayoría de autores, afecta a la medición de lo injusto —de su desvalor de acción, objetivo y subjetivo, y de resultado, al menos desde una concepción personal del ilícito penal— como magnitud objetivamente graduable, que, mayor o menor, deberá implicar también una mayor o menor pena.⁸⁰ No parece desacertado, sin embargo, entender que aunque, en efecto, con este concepto se acostumbra a hacer referencia al injusto —a veces sólo objetivo, en ocasiones también subjetivo, o incluso, acertadamente, culpable—, si el juez opera como el legislador, a la hora de determinar la mayor o menor gravedad del hecho no podrá hacerlo sin atender consideraciones de prevención general.⁸¹ Siempre con las limitaciones a que se ha venido aludiendo. Más aún, habrá quien entienda que una vez marcado el límite de la culpabilidad por el hecho, el criterio de la gravedad sólo puede entenderse desde una perspectiva de prevención general, pues de otra forma se volvería a valorar el mismo aspecto, se dice —gravedad del hecho desde la perspectiva de la función esencial de la pena—, en un mismo ámbito —el grado de ilicitud—.⁸² Lo que ocurre es que en realidad no estamos ante estadios progresivos, sino ante un único proceso individualizador en el que todos los datos se presentan para su valoración conjunta a partir de su diferente intensidad y de la preponderancia que deban adquirir en función de ella para encontrar —graduando y limitando el marco posible— la pena proporcionada.

Téngase en cuenta en todo caso que si, por ejemplo, no es el criterio de la gravedad del bien jurídico el que determina la especial gravedad de las penas previstas legalmente para el delito de tráfico de drogas, cuando judicialmente se concreta la pena atendiendo la cantidad de droga incautada, dentro del marco legal, de alguna manera los criterios de prevención general que se han valorado para determinar éste penetran por necesidad en la valoración de la pena proporcionada

⁷⁷ Véase García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 75.

⁷⁸ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 328.

⁷⁹ Véanse, por ejemplo, Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 330; o Jaén, “Arbitrio judicial”, p. 172.

⁸⁰ Por todos, Boldova, *Lecciones de consecuencias jurídicas*, p. 252.

⁸¹ Véanse las consideraciones de Choclán, “La pena adecuada a la gravedad”, p. 1519; o de González Cussac, “Arbitrio judicial”, pp. 148 y s.

⁸² Así, Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 620.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

al supuesto concreto; condicionan la gravedad del hecho desde un punto de vista legal —correctamente o no, que es otra cuestión— y deben condicionar, por tanto, la gravedad del hecho desde un punto de vista judicial, que no puede plantearse una valoración sustancialmente diferente de la de aquél.

Lo difícil en todo caso es concretar la multitud de datos que pueden determinar una mayor o menor gravedad del hecho, dificultad que puede permitir entender que el juez es libre de apreciar, racionalmente —y aún así, relativamente habría que matizar—, dicha gravedad.⁸³

En la jurisprudencia se ha señalado, con carácter general, que la gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, tanto en su vertiente de acto personal como en la que se refiere al resultado lesivo que se produce a un bien jurídico, pero también que la gravedad del hecho, al menos aquélla a la que se alude en la individualización judicial de la pena, no es la gravedad genérica del delito, toda vez que esta gravedad habría sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción —aunque no significa que no pueda graduarse, habría que corregir—, sino la de otras circunstancias fácticas, elementos de todo orden, concomitantes al supuesto concreto que se está juzgando.

En la doctrina se señala que si el fundamento de la relevancia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal es el de la graduación del injusto y de la culpabilidad, éste debe ser también el fundamento que explique el concepto “gravedad del hecho” que se proporciona como criterio de recorrido del marco penal cuando aquéllas no concurren⁸⁴ o incluso también cuando concurren.⁸⁵ A este respecto, con las modificativas se incorporan puntos de referencia importantes para determinar el injusto individual, adquiriendo significado como catálogo incompleto de factores reales de la individualización de la pena anticipado legalmente, con una determinada valoración, además, agravatoria o atenuatoria.⁸⁶ Como antes se decía, precisamente lo que ya se ha valorado por el le-

gislador para configurar el marco penal típico va a ser uno de los principales datos que permita especificar la pena proporcionada en concreto, porque es lo que sirve de referente para entender el punto de vista del legislador; siempre, claro está, que ello no implique valorar dos veces exactamente lo mismo y sí la modulación del criterio que tiene en cuenta el legislador.

Concretando cuáles son los aspectos específicos a considerar para valorar la cantidad de pena proporcionada a la gravedad del hecho, en la doctrina se alude a todas las circunstancias, para algún autor predominantemente objetivas,⁸⁷ para muchos otros —lo que aquí se comparte— objetivas o subjetivas,⁸⁸ que pertenecen al delito —en toda su integridad— concretamente cometido y que suponen mayor o menor afectación al bien jurídico, a los grados de dolo o de culpa y a los grados de atribución de responsabilidad por el injusto cometido.⁸⁹

De forma específica y con relativa extensión Choclán, por ejemplo, alude a la gravedad del injusto y a la gravedad de la culpabilidad en sentido estricto, incluyendo en relación con el primer aspecto datos, en cuanto al desvalor de la acción, como la forma de ejecución del delito —empleo de armas, brutalidad, acción u omisión o grado de infracción del deber— o la voluntad aplicada al delito —tenacidad— y, en cuanto al desvalor de resultado, como la magnitud del daño, el grado del peligro, la unidad o pluralidad de sujetos pasivos, la situación en que quede la víctima o su familia, los daños producidos por el delito fuera del propio ámbito del tipo, las consecuencias materiales y psíquicas o los déficits marginales de pena y, en relación con el segundo, datos como el valor o desvalor ético de los motivos de actuación, los procesos de motivación, los estímulos externos o los móviles internos,⁹⁰ no obstante ubicando aquí aspectos que pueden pertenecer al injusto subjetivo y omitiendo otros que en sentido estricto forman parte de la culpabilidad propiamente dicha, atribuibilidad o responsabilidad que también determinan la gravedad del hecho.

Y Jorge distingue entre los elementos que afectan al grado de injusto y los que afectan a la culpabilidad

⁸³ En este sentido, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁸⁴ Así, entre otros muchos, García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 y s.

⁸⁵ Véase González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 148.

⁸⁶ Así, Demetrio, *Prevención general*, p. 293.

⁸⁷ Así, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁸⁸ Por todos, García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76.

⁸⁹ Así, la propia García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, p. 76.

⁹⁰ Choclán, *Individualización judicial*, pp. 181 y ss.

en sentido estricto —atribuibilidad o motivabilidad normativa—, conceptos ambos que encuadra, con acierto, en el término de gravedad del hecho, culpabilidad por el hecho, culpabilidad en sentido amplio o injusto culpable, aunque en mi opinión el primero de los términos sea más amplio que los siguientes; y, en una clasificación precisa, que puede compartirse, incluye entre los que afectan al injusto los que se refieren al desvalor objetivo de la acción, al subjetivo de la acción y al de resultado e integra en ellos, respectivamente, en primer lugar, lo que se relaciona con la forma concreta en que se lleva a cabo la conducta, como la brutalidad, la brusquedad o el especial desprecio o inhumanidad con la víctima, el número de autores y datos similares, así como la infracción de un especial deber de tutela; en segundo lugar, lo que hace referencia a la intensidad del dolo —eventual o directo— y a la tenacidad o a la debilidad de la voluntad, y en tercer lugar lo que concierne a la magnitud de la lesión, la entidad del peligro, el perjuicio económico, las condiciones de la víctima o los perjuicios concretos a ésta; y sitúa entre los que afectan a la culpabilidad en sentido estricto —él sí correctamente— los que se refieren al grado de imputabilidad, el conocimiento de la norma y la exigibilidad del cumplimiento del deber, pero advierte la dificultad a la hora de deslindar las circunstancias personales determinadas en la culpabilidad de las concernientes a las necesidades de prevención especial.⁹¹

Insiste también Demetrio en que el criterio de la gravedad del hecho, pese a ser susceptible de una determinada lectura preventivo general —la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo generalmente más eficaz; así ocurre, sin duda— es, en esencia, una exigencia de la idea de proporcionalidad vinculada al principio de la culpabilidad por el hecho, y que su consideración en nuestro ordenamiento confirma este principio como criterio garantista y protector a favor del reo marcando la frontera superior, que en ningún caso puede ser rebasada por criterios preventivos, ni generales ni especiales. Y, como antes se señalaba, matiza asimismo que al sustituirse en nuestro ordenamiento la búsqueda de la pena adecuada a la culpabilidad por la búsqueda de la pena adecuada a la gravedad del hecho no se está produciendo sólo un cambio de etique-

tas, sino que la formulación de este aspecto como criterio de la individualización judicial de la pena, junto al de las circunstancias personales del delincuente, hace que podamos afirmar su carácter meramente limitativo y no constitutivo en nuestro ordenamiento jurídico, vaciando de contenido retributivo al criterio de la culpabilidad en dicha individualización.⁹²

Aceptando la garantía que se consigue con este tipo de consideraciones, en mi opinión, sin embargo, y como ya hemos venido apuntando, la atención al criterio de la gravedad del hecho debe obligar a considerar todas —adverbio con el que creo se logra más precisión que con la de una enumeración que nunca podrá ser exhaustiva, dada la absoluta diversidad de delitos existentes y de hechos delictivos posibles— las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador —cuando regula cada delito y cuando expone las disposiciones generales atinentes a la comisión de los delitos, a las personas responsables de ello y a las reglas de determinación y aplicación de las sanciones—, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico —porque genera más libertad en su previsión que la que cercena—, ya tengan carácter objetivo, ya carácter subjetivo —siempre que se reflejen en el hecho cometido—, ya afecten estrictamente a lo que sería la delimitación del injusto culpable ya a consideraciones de prevención general reflejadas en la previsión legislativa. Ello de un modo abierto que permita considerar la diferente importancia por atribuir a cada circunstancia en función del grado de intensidad en que concurra y considerando, por una parte, que siempre cabe encontrar un hecho más y menos grave que aquél que se considera, y que en ese sentido la gravedad de la pena que se prevea para éste debe tener en cuenta, para su concreción dentro del marco legal, tal posibilidad y, por otra, que siempre el referente a tener en cuenta es el de valorar todos los costes de libertad que el comportamiento en su globalidad conlleva y todos los costes de libertad que la pena, aquí en su aplicación, implica.

Son muchos los pronunciamientos judiciales que, sea cual sea la naturaleza del delito a considerar, aluden a la mayor o menor gravedad, entidad o alcance del hecho —o de la conducta del acusado—, en sentido genérico, para explicar la cuantía de la pena que se

⁹¹ Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 82 y ss.

⁹² Véase Demetrio, *Prevención general*, pp. 294 y ss., 297, 301 y ss., y 329.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

impone, con o sin ulteriores especificaciones, en unas ocasiones justificando la imposición del máximo que permite la norma penal, en otras tratando de graduar la pena por imponer —dentro de los márgenes que determine la individualización legal de la pena, con todas las variantes posibles— o simplemente explicando por qué se toma determinada opción a pesar de dicha gravedad.

Especificando ésta y en cuanto al desvalor del resultado, además de mencionarse en alguna sentencia específicamente la atención a dicho desvalor, se consideran por los tribunales diferentes aspectos como, en general, la entidad del mal causado —que se especifica en muchos casos describiendo aspectos del relato fáctico— y la importancia del bien jurídico protegido o de su ataque o, en función del delito enjuiciado, por ejemplo, el número de heridas causadas, la entidad de las lesiones, las secuelas originadas, el riesgo para otros intereses, la reiteración de hechos similares, el número de hechos por el que se condena, la gravedad y credibilidad de las amenazas, el temor de la víctima, su edad, el alcance y la finalidad de las misivas atentatorias al derecho al honor de cada uno de los destinatarios, la cuantía de lo apropiado, el alcance del perjuicio patrimonial definitivo, la condición del sujeto pasivo, la intimidación, riesgo y efectos traumáticos a un gran número de personas, la ausencia —o existencia— de armas u objetos peligrosos, la ejecución completa de todos los actos nucleares de la tipicidad, el haberse violado determinadas barreras de protección que supone la cerradura del vehículo, la causación de daños ajenos a los que delimitan la tipicidad, la cantidad de droga intervenida, su variedad, valor y potencialidad dañina en cuanto a la intensidad del daño y la extensión del mismo, el hecho o no de la producción de un resultado concreto en delitos de peligro como los de tráfico de drogas o contra la seguridad del tráfico, el grado de riesgo producido o la trascendencia de la lesión en el tiempo en delitos permanentes.

En cuanto al desvalor de acción, se atiende la forma de producirse el hecho o sus características de ejecución; más específicamente, las circunstancias concurrentes en la ejecución del delito, cruel y brutal, la reprochable dinámica comisiva del hecho, la gravedad de la acción imprudente, la ejecución valiéndose de un cuchillo, de unos grilletes para esposar a la víctima, el amordazamiento, la actuación hasta conseguir el estrangulamiento, el utilizar un arma blanca, el número de

veces que se agrede, la agresión con un fuerte puñetazo en la cabeza con intensidad y con la mano semicerrada, la vulneración de las normas elementales del juego y del respeto y la consideración debida a la persona que lo arbitraba, el golpeo sin contemplaciones y con toda contundencia, “la gravedad de la negligencia cometida”, la “situación de práctica indefensión” de la víctima, el auxilio de otras personas, el empleo de una navaja que revela una especial intención de garantizar la superioridad física, el utilizar un palo en la agresión, el golpeo con los nudillos, el “circular embriagado por una vía pública”, la persistencia de la acción, la actuación reflexiva sobre la decisión delictiva, “el lugar donde se cometen los hechos”, la “brutalidad instrumental” de la agresión sexual, la persistencia de los hechos, su repetición, la forma del traslado al lugar de los hechos, el “alcance y finalidad” de la actuación atentatoria contra el honor, el quebrantamiento de medidas cautelares, el *plus* de participación o diferente dominio funcional en la conducta delictiva, la exhibición de una pistola aparentemente real, la coacción efectuada, “las condiciones vejatorias” de la intimidación, la continuidad de la acción del acusado, el lucro obtenido —no se especifica si por un mayor desvalor de resultado o de acción—, “el quebrantamiento del deber de fidelidad” o de la confianza, el beneficio económico ilícito obtenido, el no tratarse de un acto aislado sino enmarcado en una actividad ilícita, los datos que revelan la embriaguez del procesado en la conducción, las condiciones lamentables de embriaguez para conducir, la incapacidad para circular en línea recta, la elevada tasa de alcoholemia, la “pluralidad de acciones”, el enfrentamiento persistente y abrupto, “la reiteración, o más propiamente, la continuidad de la conducta agresiva observada por la acusada”.

Y, en sentido atenuatorio, la “actuación de la víctima coadyuvante de los resultados finalmente producidos”, que “se trata de una disputa familiar, que tiene lugar en el ámbito doméstico y los hechos se resuelven en empujones, golpes en el brazo, tirón de pelos, enfrentamientos verbales recíprocos”, que se trata de una riña aceptada, “la constancia del mutuo acometimiento”, el ser “una disputa de vecindad”, la no especial violencia en la agresión, el hecho de haber sido el procesado quien inicia las agresiones, el hecho de que los tocamientos fueran en las piernas y por encima de la ropa, la menor participación en los hechos, que la cantidad percibida no es muy elevada, las distintas participaciones de los acusados, tratarse



de un acto de escasa trascendencia en el desarrollo del delito, tratarse de un acto puntual y aislado.

C. Las circunstancias personales del delincuente

La interpretación de esta expresión, señala Demetrio, que depende de los fines de la pena a los que se conceda validez en este estadio de la intervención penal y admite sólo una interpretación preventivo-especial del mismo como plasmación en nuestro ordenamiento de la consideración de los efectos de la imposición de la pena en la vida futura del reo —no como una consideración especial de la peligrosidad del delincuente, criterio que entiende razonadamente habría de usarse para las medidas de seguridad— en función de sus circunstancias personales, pareciéndole evidente que la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños depende de modo prioritario y principal de su personalidad,⁹³ o mejor, de sus circunstancias socio-personales. En este sentido, aunque en la doctrina se señala habitualmente que este criterio guarda relación con la culpabilidad del sujeto⁹⁴ —que en mi opinión ya permite reflejarse perfectamente en el criterio de la gravedad del hecho—, la mayoría de autores lo vinculan a consideraciones preventivo-especiales,⁹⁵ que además se subraya son las que principalmente deben tenerse en cuenta en la individualización de la pena, prevaleciendo sobre cualesquiera otras,⁹⁶ cuestión ésta que, como ya señalaba, entiendo deberá depender de la especial intensidad de unas y otras. Se insiste, con todo, en destacar la coincidencia de circunstancias personales en el concepto de culpabilidad y en el de prevención especial con la dificultad que ello genera para distinguir ambas perspectivas,⁹⁷ cuyo referente a nuestro juicio ha de ser su proyección o no en el hecho cometido.

La principal dificultad de su apreciación es, en todo caso, que no se concretan legalmente cuáles son las circunstancias por tener en cuenta, ni el sentido y la medida de su valoración, algo que queda totalmente encomendado a la estimación del juez. Pero esto parece lógico en vista de la tremenda heterogeneidad de circunstancias personales que pueden estudiarse al enjuiciar comportamientos delictivos y el hecho de que nos encontremos con datos de marcado carácter individual, que pueden ser valorados de forma diferente según el sujeto a quien afecten.⁹⁸

En la doctrina se indica que el criterio hace referencia a una apreciación compleja integrada tanto por elementos psicológicos como por la proyección social de éstos,⁹⁹ al conjunto de factores existenciales que configuran la actitud de un sujeto ante lo protegido por el Derecho penal porque sólo así puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto¹⁰⁰ o a los factores de carácter preventivo especial que contribuyen a una valoración proyectada al futuro sobre los efectos de la pena en la vida futura del reo en sociedad.¹⁰¹

Y se especifica que han de incluirse, como factores indiciarios, condiciones personales tales como la edad, la madurez psicológica, el origen, la educación o formación intelectual y cultural, el estado y entorno familiar, la salud física y mental, condiciones económicas, la posición profesional o social del sujeto, su vida anterior, su comportamiento posterior al delito, su comportamiento procesal, su sensibilidad frente a la pena y la susceptibilidad que tenga frente a ella, sus posibilidades de integración en el cuerpo social y, en general, las consecuencias previsibles de la pena en su vida futura,¹⁰² si bien se insiste en que deben excluirse todos aquellos datos que no tengan vincu-

⁹³ Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, pp. 348 y s.

⁹⁴ Véanse, entre otros muchos, Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234; o Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 263.

⁹⁵ Así, por ejemplo, el propio Boldova, *Las consecuencias jurídicas*, p. 234; Choclán, *Individualización judicial*, pp. 192 y ss.; García Arán, *Fundamento y aplicación de penas*, pp. 75 y s.; Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, p. 82; o también Mapelli, *Las consecuencias jurídicas*, p. 246. Asimismo, Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 168 y ss., pero admitiendo también circunstancias referidas a la culpabilidad del sujeto.

⁹⁶ Véanse, entre otros, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 148; o Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 138.

⁹⁷ Así, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 101 y 113.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, Boldova, *Las Consecuencias jurídicas*, p. 234.

⁹⁹ Así, González Cussac, “Arbitrio judicial”, p. 146.

¹⁰⁰ Véase García Arán, *Criterios de determinación de la pena*, p. 224.

¹⁰¹ En estos términos Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 357.

¹⁰² Véanse, por ejemplo, las alusiones a alguna o a varias de estas circunstancias en Choclán, *Individualización judicial*, pp. 176 y ss., y 192 y ss.; Demetrio, *Prevención general*, pp. 307 y ss.; Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 87 y ss., y 104; o Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 139.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

lación con el hecho delictivo —algo cuestionable, en nuestra opinión, por una parte porque las que sí tengan vinculación, proyectándose en su comisión, determinarán con toda seguridad su gravedad y habrán de considerarse en el criterio precedente, y ningún problema hay por otra parte en aceptar considerar circunstancias que no tengan ninguna relación con el hecho cometido y sí estrictamente con los efectos de la pena en la vida futura del sujeto, que es el aspecto básico precisamente de la prevención especial—, así como los que carezcan de relevancia para la elaboración de un pronóstico sobre la rehabilitación del reo o su desocialización —esto sí—, señalándose que aunque no siempre es fácil ha de evitarse convertir el proceso penal en un juicio sobre la forma de vida o el carácter del imputado.¹⁰³

Los Códigos no acostumbran explicar tampoco aquí cuáles son los factores que cabe tener en cuenta para individualizar la pena. No pueden, obviamente, hacerlo. Pero ello genera cierta confusión. Sobre todo porque a la propia gravedad del delito contribuye la existencia de una mayor o menor culpabilidad —por supuesto, también los aspectos que afectan a la tipicidad subjetiva—, entendida como categoría dogmática del mismo, y la cual está condicionada por las circunstancias personales del autor del hecho delictivo. Pero es que incluso a la mayor o menor gravedad del injusto contribuye la existencia de determinadas circunstancias personales del sujeto asociadas directamente con la ejecución de su conducta, ya sea en cuanto a su desvalor objetivo, ya en cuanto a su desvalor subjetivo.

Respecto de los pronunciamientos judiciales, pueden distinguirse las circunstancias que se vinculan a la comisión del hecho y las que hacen referencia a los efectos de la pena. Estamos ante circunstancias de diversa naturaleza que en definitiva, es cierto que sin especificarse si por razones de prevención especial, por su vinculación a la culpabilidad del sujeto o quizás incluso —al menos así parece entenderse de modo implícito en alguna sentencia—, por afectarse el desvalor subjetivo de la acción (de modo incorrecto en estos dos últimos supuestos), de alguna manera se entiende deben ponderarse en la individualización concreta de una pena. Insistimos, sin que se consideren factores que determinen en exclusiva la gravedad de la pena ni que se entienda ni que sean elementos con base en los cuales pueda disminuirse o aumentarse

la pena previamente fijada a partir de otros criterios; estamos simplemente ante factores por valorar, conjuntamente con otros, en la búsqueda de esa pena proporcionada adecuada.

Entre las primeras, y dentro de lo que sería la vida anterior del sujeto, muchas sentencias aluden a los antecedentes del sujeto; sin embargo, desde perspectivas radicalmente diferentes. A nuestro juicio —al margen de la concurrencia que pueda haber de otros factores—, es éste un planteamiento acertado, porque una cosa son las reglas que puedan determinar el marco de la pena en función de la existencia o no de circunstancias modificativas como la reincidencia o la reiteración, y otra la valoración de los factores reales en el proceso final de individualización de la pena; no se trata de valorar dos veces una misma circunstancia, sino de prestar atención a un dato, en ocasiones susceptible de graduación, desde perspectivas diferentes. Se presta atención, además, a antecedentes de todo tipo, no sólo, obviamente, penales o policiales, sino en cuanto a la vida llevada hasta el momento de enjuiciar.

Refiriéndose a circunstancias que tienen que ver con la situación personal del sujeto en el momento de realización del hecho, se tienen en cuenta circunstancias vinculadas a su personalidad, estado o condición, y circunstancias vinculadas a los motivos de su actuación.

En cuanto a aquéllas, pueden plantear problemas si se considera —y al parecer así debe ser— que determinadas características del sujeto no se asocian al contenido de injusto, sino a la culpabilidad; ahora bien, si de lo que se trata no es de penalizar por una mayor culpabilidad, sino en realidad de considerar que la especial gravedad del hecho no puede compensarse con una situación personal por valorar favorablemente y que en este sentido se debe priorizar aquélla, ningún problema habría en aceptar la conclusión a que se llega.

De manera específica se consideran, entre otros factores, el dato de que los sujetos se hallan iniciados en actividades delictivas, la malicia y la perversidad de los justiciables, expresión que puede plantear problemas de legitimidad si se asocia no al injusto, sino a la culpabilidad, la personalidad en general del reo —que habría que concretar para valorar de qué modo influye en aspectos del injusto, la culpabilidad o la prevención especial—, o sus condiciones persona-

¹⁰³ Así, Jorge, “La motivación en la individualización judicial”, pp. 87 y 113.

les de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional y económica, la pertenencia a grupos delictivos, el grado de peligrosidad deducida de datos concretos, la reiteración de la conducta, la acusada inclinación o perseverancia en la violencia sexual, la personalidad violenta y agresiva, la condición de drogodependiente o la adicción a las drogas, la situación de enfermedad al cometer el delito, el estado de embriaguez —para atenuar o para agravar, dependiendo de la naturaleza del delito—, tener las facultades intelectivas y volitivas sensiblemente disminuidas por el alcohol ingerido, el grado de exigencia debido y de responsabilidad por la capacitación profesional que se tiene, ser el procesado un hombre del pueblo fácil de tentar, el estado de nerviosismo o el de obnubilación.

En cuanto a los motivos de la actuación, y sin diferenciar si los mismos se entiende afectan a la anti-juricidad o a la culpabilidad en sentido estricto —lo que dependerá de cada motivo, de cómo se proyecte en la acción enjuiciada y de cómo se configure el tipo por aplicar—, se señala, por ejemplo, que “las intenciones subjetivas no comportan una automática y significativa reducción del desvalor del comportamiento” y que sólo “cuando lo hagan según los criterios generales del Código Penal, generarán la correspondiente reducción de la sanción”, o que los elementos subjetivos constituyen “un dato que en función del origen del ánimo o de su intensidad o de otro tipo de circunstancias toma ya en cuenta la legislación penal en sus preceptos generales para la precisión del grado de injusto del hecho y del grado de culpabilidad y, con ello, para atemperar o incluso negar la pena”, pero al mismo tiempo se tiene en cuenta el ánimo concurrente ocasionalmente para concretar la cuantía a imponer. Y así, se atiende a efectos de pena que el procesado, mediante el tráfico de drogas, pretenda conseguir “una cantidad que ‘no ha tenido en su vida’ lo que provocó su ‘avaricia’”, así como “el deseo de destinar parcialmente el dinero a adquirir una vivienda para sus tres hijas de 21, 17 y 16 años de edad”, el hecho de que el sujeto reclutado para desarrollar una actividad de transporte, durísima y arriesgada, mediante precio, se encuentra en situación de precariedad, o el que “no es igual la capacidad de decidir en libertad o, si se prefiere, de actuar conforme a la norma o de protagonizar una conducta alternativa a la que integra el tipo penal, de quien se encuentra en situación, si no de necesidad, sí de grave apuro”. También la actuación por exclusivos impulsos de naturaleza lucrativa,

el exclusivo ánimo de enriquecimiento, la actuación por motivos jurídicamente comprensibles o el ánimo de ayudar a un amigo o compañero sentimental.

Por último, también se valoran las circunstancias vinculadas al comportamiento posterior al hecho. Así, por ejemplo, se enjuicia negativamente —o, si se prefiere, se tiene en cuenta para no atender la alegación de desproporción de la pena impuesta— que el procesado haya tenido que ser detenido, la falta de conformidad —no para elevar la pena por imponer, pero sí para no rebajarla—, la “actitud negatoria”, el hecho de intentar “derivar la responsabilidad en tercera persona buscando la impunidad” o el comportamiento de trasladarse a diversos lugares de esparcimiento tras la comisión de un asesinato. Considérese que en este tipo de supuestos no se pretende imponer una pena mayor que la que corresponda a la denominada culpabilidad por el hecho, sino desacreditar la alegación que reclama una menor pena considerando desproporcionada la impuesta con base en esa culpabilidad, aunque lo haya sido en el máximo permitido. De manera positiva se valora la autoinculpación de un delito, la “actitud ante el proceso judicial reconociendo en todo momento la agresión realizada”, el “abandono progresivo del consumo ocasional de drogas”, el abandono “de la anterior actuación delictiva”, el no haber participado en hechos similares posteriores o la denuncia durante la tramitación del procedimiento de posibles dilaciones que indique que no ha querido beneficiarse de ellas.

Por lo que respecta a las circunstancias vinculadas a los efectos de la pena, obviamente, la situación económica del procesado es una circunstancia personal por valorar en la imposición de sanciones de diversas naturaleza, especialmente la multa. Se atienden también los efectos de la pena para valorar que la misma puede truncar el futuro de una persona joven y sus expectativas de trabajo remunerado, “circunstancias personales de introducción en el mercado laboral” o la tenencia de un puesto de trabajo estable. También se tiene en cuenta la situación familiar y social, por ejemplo, en supuestos de reanudación de la convivencia conyugal, de personas “con arraigo suficiente” o integradas en la sociedad o refiriendo un ingreso en prisión “perjudicial para las relaciones familiares y sociales”. Se considera también atendible la condición de extranjero, cuya privación de libertad implica un mayor apartamiento de los suyos, la necesidad de una determinada pena con alcance de advertencia,

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

susceptible de conseguir la reeducación o la reinserción social, o una vida sin delito que podría truncar la pena.

3. Factores lógicos de individualización: la necesidad de motivar la pena impuesta

Motivar una resolución judicial es explicar el porqué de su contenido y del sentido de la decisión que en ella se toma tanto respecto de la concreción de los hechos que se declaran probados y de su subsunción en un específico tipo penal como, en lo que aquí interesa, de la pena concreta que se impone.¹⁰⁴

El principio de proporcionalidad exige acomodar la gravedad de la pena a los criterios señalados, en función de los fines para los que la misma se prevé, y la sentencia que la imponga, en consecuencia, debe explicitar cuáles son los elementos considerados para concretar esa gravedad y cómo se han valorado; esto es, cuáles son las razones que llevan a limitar un derecho tan fundamental como la libertad.¹⁰⁵ En ese sentido, se dice, la motivación, mediante la que se explica la individualización de tales criterios, dotándoles de sentido en el supuesto concreto,¹⁰⁶ es un requisito extrínseco del principio de proporcionalidad¹⁰⁷ que permite controlar externamente ésta. Y esta necesidad de motivación no es un mero requisito formal de licitud de la resolución adoptada, sino un imperativo de la exigencia de racionalidad de la decisión que permitirá contrastar cómo se ha concretado la pena dentro de la mayor o menor amplitud que ofrece el marco punitivo, en abstracto y en concreto, previsto legalmente.¹⁰⁸ La motivación de la individualización de la pena, dirá Zugaldía, se convierte en el criterio de demarcación—siempre que la misma sea razonable, cabría añadir— entre el uso lícito de las facultades discrecionales que se le otorgan al juez—tal y como se explicaba anteriormente ha de entenderse la idea de discrecionalidad— y la arbitrariedad absolutamente recusable.¹⁰⁹

Como dice García Arán, la exigencia de razonar en la sentencia el uso que se hace de los criterios legales de medición de la pena no disminuye las posibilidades de discrecionalidad y, aunque no conlleva necesariamente la eliminación de los componentes irracionales de toda decisión judicial, contribuye a eliminar la arbitrariedad, pues al obligarse a razonar los criterios que se utilizan para concretar una pena es posible contrastar o no el seguimiento de los que se prevén legalmente y, en su caso, la revisión de la sentencia.¹¹⁰ Justamente, la motivación de la pena impuesta hará posible el control de su proporcionalidad. O, en sentido inverso, si la individualización judicial de la pena es un proceso de aplicación del Derecho, parece claro que es susceptible de control y para ello es necesario que se conozca cuál es el motivo de la decisión tomada, pues en caso contrario se obstaculiza dicha posibilidad de control, con la consiguiente vulneración del derecho de todos los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a que no se produzcan situaciones de indefensión.¹¹¹

Hoy en día la discusión sobre esta exigencia se centra sólo en la cuestión de si el deber de motivación alcanza a la decisión judicial de concreción de una pena precisa dentro del marco legal resultante de la aplicación de las reglas legales de su determinación, es decir, a lo que es la individualización judicial de la pena en sentido específico, en lo que también insiste la doctrina, lógicamente como ya se ha explicado, y justamente para que las posibilidades de arbitrio judicial no se convierta en arbitrariedad.

Si bien en ocasiones se ha defendido por las propias instancias judiciales que no es necesario motivar las sentencias penales en materia de individualización de la pena, siempre y cuando los jueces y tribunales se mantengan dentro del techo penal legalmente establecido, esto es, la no motivación de aspectos discrecionales de dicha individualización que incorrectamente se dice no serían revisables,¹¹² últimamente y ya des-

¹⁰⁴ Así, Landrove, “La exigencia de motivación”, p. 2. Véase, con detenimiento, a este autor, en relación con la que denomina “cultura de la motivación”, en pp. 4 y ss. Detenidamente sobre la exigencia de motivación judicial, con ulteriores citas, Castelló, *Arbitrio judicial*, pp. 18 y ss.

¹⁰⁵ Por todos, Ramos, “El control del arbitrio judicial”, p. 613.

¹⁰⁶ Así, Matallín, “El artículo 66 del nuevo Código Penal”, p. 342.

¹⁰⁷ Expresamente Cuesta, “Comentario a la Sentencia 177/1998”, p. 5383.

¹⁰⁸ Véase Landrove, “La exigencia de motivación”, p. 4.

¹⁰⁹ Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 137.

¹¹⁰ García Arán, *Los criterios de determinación de la pena*, pp. 241 y 242.

¹¹¹ Véanse, Barnes, “Jurisprudencia constitucional”, p. 336; o González Beilfuss, *principio de proporcionalidad*, p. 119.

¹¹² Véanse las referencias de Belestá, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”, p. 146.



de hace tiempo se insiste en la necesidad de expresar con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y del grado de discrecionalidad atribuido por la ley al juzgador, con o sin criterios orientadores —expresos, habría que matizar, pues implícitos los hay siempre—, las razones que se han tenido en cuenta en el momento de precisar las consecuencias punitivas del delito, dada la afectación de derechos que éstas conllevan.¹¹³

Así, se llegará a una doctrina judicial consolidada que entiende que la motivación resulta imprescindible cuando la pena se exaspera al máximo sin razón aparente, cuando se hace uso de la facultad para aplicar una pena de grado superior a la predeterminada, cuando uno de los autores en quien no concurren circunstancias de agravación es sancionado con pena notoriamente superior a los demás sin motivo aparente, cuando por unos mismos hechos se impone a varios coautores pena idéntica concurriendo en uno de ellos una modificativa no aplicable a los demás, cuando existe margen legal para valorar el efecto atenuatorio o agravatorio de una circunstancia y cuando la norma permite reducir la penalidad en uno o dos grados, subrayándose que la exigencia de motivación no constituye un requisito formal, sino un imperativo de la racionalidad de la decisión y que, por tanto, no es necesario explicitar lo obvio, aunque en garantía de la seguridad jurídica nada debiera serlo.

Y aunque a menudo se señala que si el juez no motiva la individualización de la pena sólo podrá imponer al reo el mínimo del menor grado de la pena legalmente prevista,¹¹⁴ ello no significa que imponiendo dicho mínimo esté exento de la obligación de motivación, sino que, dado el carácter garantista de ésta, más exigente ha de ser la motivación cuando no se impone una pena menor que pueda también ser aplicada en el caso concreto. La motivación es necesaria siempre, aun cuando se imponga la mínima pena permitida legalmente, pues ésta no tiene por qué ser la aplicable al caso y ello sólo se podrá conocer si existe dicha motivación.

En definitiva, la posibilidad de comprobar la existencia de una pena que respete los criterios a los que hay que acudir para su concreción exige conocer cuáles han sido las razones que, aunque sea implícitamente, la han motivado; el desconocimiento de éstas

no implica que haya desproporción necesariamente, pero este juicio sólo se puede realizar cuando se subsane el defecto de ausencia de motivación o de motivación incorrecta, que es siempre inexcusable. Claro está que no ha de motivarse lo obvio, pero sólo si lo que así se define puede colegirse indubitadamente de los hechos probados y de las afirmaciones que expliquen el desvalor que ha de darse a cada una de las circunstancias que se reflejan en ellos. Lo que no cabrá, aunque se haga con frecuencia, es la reducción automática de las penas que se consideran excesivas tratando de beneficiar al procesado a quien no quiere hacerse responsable del déficit de actuación judicial cuando no se motiva la pena impuesta; con ello no se da respuesta a la exigencia de imposición de una pena proporcionada.

IV. El sometimiento al principio de legalidad: posibilidad de interpretación del precepto penal atendiendo la gravedad de la pena

El único límite de la vinculación judicial a los criterios de la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente en la concreción de la pena por imponer debido a la comisión del hecho delictivo es el que marca el principio de legalidad, que impide a los tribunales aplicar consecuencias jurídicas no previstas por la ley penal —o dejar de aplicar las que se prevén— por encima o por debajo del máximo y mínimo cuantitativos que determina la misma —una vez interpretada conforme a los principios que informan el Derecho penal— ya en su marco penal relativamente determinado.

A este respecto, se señala que en una posible discordancia entre antijuricidad formal y ausencia de antijuricidad material de un comportamiento prima la primera en virtud de la vigencia del principio de legalidad,¹¹⁵ lo que sin embargo no es cierto, porque la ausencia de antijuricidad material, la ausencia de ofensividad al bien tutelado —en una interpretación teleológica del contenido del dictado típico— debe conllevar la absolución del procesado en todos los casos. Otra cosa es que, aun constatada dicha antijuricidad, se compruebe de igual manera la desproporción de la pena que se asocia normativamente a ella,

¹¹³ Véanse las numerosas referencias de Ramos, “El control del arbitrio judicial”, pp. 614 y ss.

¹¹⁴ Véase, por ejemplo, Zugaldía, “El derecho a obtener una sentencia motivada”, p. 139.

¹¹⁵ Expresamente, Aguado, *El principio de proporcionalidad*, p. 317.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

supuesto en el que no es que prime la antijuricidad formal, sino el principio de legalidad, que no de literalidad, en la aplicación de las normas.

Y si bien hoy en día existen bastantes instrumentos para corregir la excesiva dureza penológica que pueda manifestarse en algún caso concreto, mediante la propia interpretación del precepto, de la consideración de circunstancias excluyentes o atenuantes de la pena —incluyendo la analogía favorable—, la aplicación de sustitutivos penales o la suspensión de la ejecución de la pena, ello no puede permitir que se cuestione una política normativa, de lo abstracto o general, que sólo es competencia del Legislativo, salvo en supuestos extraordinarios que indiquen clara inconstitucionalidad. Como dice Pedraz, al juez la política le viene dada, habiendo de presumir que es democrática y debiendo y pudiendo sólo juzgar la ley por aplicar desde la Constitución en cuanto a sus principios —derechos fundamentales, dirá él—, por supuesto, también le vinculan.¹¹⁶

Ahora bien, nos interesa destacar que la búsqueda de la pena correcta que se pretende a la hora de su individualización puede empezar antes, ya en el primer momento de lo que son las fases de determinación de la pena, en el que se ha de seleccionar la norma por aplicar, norma que conlleva un abstracto, pero definido, marco de pena y que, por tanto, ya permite un primer análisis —judicial— de su excesiva gravedad, o no, en relación con el supuesto concreto al que va a aplicarse. Téngase en cuenta el aspecto valorativo de la actividad judicial y la independencia en esta labor, que vinculada al desarrollo del constitucionalismo y a un control de la actuación legislativa permite en cierta medida garantizar la vigencia de determinados principios constitucionales¹¹⁷ a los que están sometidos los tribunales, incluso por encima del sometimiento a la ley ordinaria¹¹⁸ —sin que ello implique otorgar un poder absoluto de reinterpretación judicial de la ley— en toda su actuación. Y aunque es cierto que, como se ha dicho, el problema de la individualización de la pena debería ser el de concretar la pena justa a partir del marco penal de un tipo correctamente determina-

do y no la corrección del tipo determinado incorrectamente,¹¹⁹ también como dice Quintero, cuando al juez le queda poco margen de maniobra para adecuar la pena al caso y al autor, a menudo usa su arbitrio en el momento de la calificación técnico-penal del hecho y de sus circunstancias, forzando calificaciones que posibiliten una pena materialmente más adecuada a la entidad real de lo acontecido y a las condiciones del autor, o incluso, añade, utilizando procedimientos que escapan del recurso (de la casación, dirá él), por ejemplo, en el ámbito probatorio.¹²⁰

Ello se observa en numerosos pronunciamientos judiciales que sin posibilidad de imponer la pena que sería la apropiada atendiendo los criterios que debieran determinarla, por imposibilidad legal para ello, buscan corregir el defecto legal detectado por la vía de la interpretación del precepto que en principio habría de aplicarse atendiendo la magnitud de la pena que en él se prevé.

Insistimos, no es que se entienda desproporcionada la pena que se prevé en los diferentes preceptos respecto de los comportamientos que se contemplan. Ocurre simplemente que la subsunción de determinadas conductas en ellos, permitida por su dictado literal, obliga a la imposición de una pena que para ese supuesto concreto se considera desproporcionada. De ahí la interpretación que a veces se propone de determinados tipos con base no tanto o no sólo en lo que debe ser el ámbito de protección de la norma o a la constatación de la ofensa al bien tutelado cuanto en atención a la entidad de la pena que en ellos se prevé, cuya mayor o menor gravedad debe condicionar, sin duda, lo que con ella se trata de proteger.

En ocasiones, esta interpretación de lo que debe ser el ámbito de aplicación de un precepto con base en la pena que el mismo contempla se utiliza también para explicar cómo ha de integrarse un concepto jurídico indeterminado, y a menudo la interpretación restrictiva del mismo se asocia al respeto a la idea de mínima intervención no en cuanto principio dirigido al legislador en relación con lo que es la creación de la norma penal, sino en cuanto a su proyección en

¹¹⁶ Pedraz, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, p. 373.

¹¹⁷ Así, Palazzo, “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, pp. 49 y ss. Véase Trillo, Bacigalupo y Lucas, *El Tribunal Supremo*, pp. 7 y ss. También, las consideraciones de Villacorta, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de Ordenamiento Jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, pp. 19 y ss.

¹¹⁸ Expresamente, Jaén, *Los principios superiores del Derecho penal*, p. 42.

¹¹⁹ Véase Demetrio, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena”, p. 324.

¹²⁰ Quintero, “Determinación de la pena y política criminal”, pp. 55 y 67.

una actuación judicial que, condicionada legalmente, no tiene a veces margen de maniobra para buscar la pena proporcionada sino en el ámbito de la calificación jurídica de un hecho —al margen de la valoración de una u otra manera de la prueba propuesta—, que es la que permitirá dirigir judicialmente ese principio.

Estamos en cierta medida, en definitiva, en el ámbito de la interpretación teleológica de la norma, pero atendiendo a lo que se entiende debe querer proteger la misma en función de la gravedad de la consecuencia jurídica que en ella se establece.

V. Bibliografía

- Aguado Correa, Teresa, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- Álvarez García, Francisco Javier, “Principio de proporcionalidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la mesa nacional de Herri Batauna”, *La Ley*, 1999-5.
- Álvarez García, Francisco Javier, y Carrasco Andriano, María del Mar, “Medición judicial y ejecución de las sanciones penales”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 5, 2001.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, “La individualización judicial de la pena”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 3, 1980.
- Baratta, Alessandro, “Principios del Derecho Penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, traduc. Beatriz Lenci, *Doctrina Penal*, núm. 40, 1987.
- Barnes, Javier, “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Belestá Segura, Luis, “El artículo 66 del nuevo Código Penal y el arbitrio judicial”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004.
- Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, Arroyo Zapatero, Luis et al., *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Praxis, Barcelona, 1999.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel, en Gracia Martín, Luis (coord.), M.A. Boldova Pasamar y María del Carmen Alastuey Dobón, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- , *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Castelló Nicás, Nuria, *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada, 2007.
- Cobo del Rosal, M., y Vives Antón T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Cuesta Pastor, Pablo, “Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 177/1998, de 14 de septiembre (BOE de 20 de octubre de 1998). (La motivación de las medidas restrictivas de libertad en el proceso penal)”, *Revista General de Derecho*, núm. 656, 1999.
- Choclán Montalvo, José Antonio, “La pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad”, *La Ley*, 1996-6.
- , *Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*, Colex, Madrid, 1997.
- Demetrio Crespo, Eduardo, “Análisis de los criterios de individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L., 1997.
- , *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- Gallego Díaz, Manuel, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, Icai, Madrid, 1985.
- García Arán, Mercedes, “La prevención general en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.
- , *Los criterios de determinación de la pena en Derecho español*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982.
- , “Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986.
- , *Fundamento y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 1997.
- García Rivas, Nicolás, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
- González Beilfuss, Markus, *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2003.

Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa

- González Cussac, José Luis, “Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la Sentencia de 20 de marzo de 1986 (R.A. 1670)”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986.
- Jaén Vallejo, Manuel, “Arbitrio judicial: individualización de la pena, motivación y principios constitucionales”, *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.
- , *Los principios superiores del Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999.
- Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 4ª ed., trad. José Luis Manzanera Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- Jorge Barreiro, Alberto, “La motivación en la individualización judicial de la pena”, *Manuales de Formación Continuada*, núm. 4, 1999.
- Landrove Díaz, Gerardo, “La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena”, *La Ley*, 22 de junio de 2004.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio, “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- Luzón Peña, Diego Manuel, “Determinación de la pena y sustitutivos penales”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, Civitas, Madrid, 1995.
- Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Thomson/Civitas/Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Mata Barranco, Norberto Javier de la, “El proceso de determinación de la pena en el Código penal español vigente: síntesis de la nueva normativa”, *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- , *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- Matallín Evangelio, Ángela, “El artículo 66 del nuevo Código Penal: el arbitrio judicial e individualización de la pena”, *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Universidad de Valencia, Valencia, 1997.
- Morillas Cueva, Lorenzo, *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Ortego Pérez, Francisco, y Picó i Junoy, Joan, “Ámbito de la discrecionalidad judicial en la determinación de la responsabilidad penal”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1995-3.
- Palazzo, Francesco, “Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal”, *Revista Penal*, núm. 2, 1998.
- Pedraz Peñalva, Ernesto, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990.
- Pérez del Valle, Carlos, “La individualización de la pena y su revisión”, *Estudios sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- Quintero Olivares, Gonzalo, “Determinación de la pena y política criminal”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1978.
- Ramos Tapia, Inmaculada, “El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, 1999.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, “Principio de legalidad y arbitrio judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997.
- Ruiz de Erenchun Arteche, Eduardo, *El sistema de penas y las reglas de determinación de la pena tras las reformas del Código Penal de 2003*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- Silva Sánchez, Jesús María, “La revisión en casación de la individualización judicial de la pena”, *Poder Judicial*, núm. 6, 1987.
- , *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- Terradillos Basoco, Juan y Caffarena Borja Mapelli, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1996.
- Trillo Torres, Ramón, Bacigalupo Zapater, Enrique y Pablo Lucas Murillo de la Cueva (coords.), *El Tribunal Supremo en el Ordenamiento constitucional. Jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- Villacorta Mancebo, Luis, *El pleno sometimiento a la Constitución y al resto de Ordenamiento Jurídico en la aplicación judicial del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Zugaldía Espinar, José Miguel, “La prevención general en la individualización judicial de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981.
- , “El derecho a obtener una sentencia motivada y la individualización de la pena”, *Poder Judicial*, núm. 18, 1990.