

AÑO LXXXVII  
Diciembre 2020  
criminalia.com.mx

# CRIMINALIA



# ANIVERSARIO

ACADEMIA MEXICANA DE CIENCIAS PENALES



CRIMINALIA  
Academia Mexicana de Ciencias Penales

# Revista Criminalia

Academia Mexicana de Ciencias Penales

CRIMINALIA

Academia Mexicana de Ciencias Penales



Miguel Ontiveros Alonso  
*Editor*

Revista *Criminalia*  
Año LXXXVII • diciembre-2020  
criminalia.com.mx

© Academia Mexicana de Ciencias Penales  
[www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx](http://www.academiamexicanadecienciaspenales.com.mx)

© Ubijus Editorial, S.A. de C.V.  
Begonias 6-A, Col. Clavería, C.P. 02080  
Azcapotzalco, Ciudad de México  
[www.ubijus.com](http://www.ubijus.com)  
[contacto@ubijus.com](mailto:contacto@ubijus.com)  
(55) 53 56 68 91

Responsable de la edición impresa y digital  
Armando Téllez Reyes

ISSN: 1870-6509

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, titular de todos los derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva de los autores y no necesariamente reflejan la postura de la editorial.

Impreso en México • *Printed in Mexico*

# Fundamentos teóricos del Derecho penal e individualización judicial de la pena\*

Eduardo Demetrio Crespo\*\*

SUMARIO: I. Dos tesis acerca de la comprensión de la individualización judicial de la pena con respecto al hecho punible y el sistema penal. II. Dos modelos teóricos básicos. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

## I. DOS TESIS ACERCA DE LA COMPRENSIÓN DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CON RESPECTO AL HECHO PUNIBLE Y EL SISTEMA PENAL

El Profesor Luzón Peña, a quien está dedicado afectuosamente este artículo, se ha ocupado en su extensa obra de aspectos clave de la legitimación del castigo.<sup>1</sup>

---

\* Este trabajo se incardina dentro de los siguientes proyectos de investigación: [1.] “Crisis del Derecho Penal del Estado de Derecho: Manifestaciones y tendencias” (SBPLY/17/18501/000223) concedido por la Junta de Comunidades de Castilla – La Mancha y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) [<https://blog.uclm.es/proyectocresta/>] y [2.] “Derecho penal y comportamiento humano” (RTI2018-097838-B-I00) concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MICINN-Programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad) [<https://blog.uclm.es/proyectodpch/>]. Ha sido enviado en versión más breve debido a las limitaciones de espacio a J. de Vicente Remesal *et al.* (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. h. mult. Diego M. Luzón Peña por su 70. Aniversario*, Barcelona: Reus, pp. 1329-1335 [en prensa].

\*\* Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

<sup>1</sup> Véase, p. ej., *Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona: Bosch, 1978; *Ib.*, Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979; *Ib.*, Alcance y función del Derecho penal, en ADPCP, 1989, pp. 5 ss.; *Ib.*, Prevención general, sociedad y psicoanálisis, en *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 261 ss.; *Ib.*, Curso de Derecho Penal. Parte General I, Madrid: Universitas, 1996; *Ib.*, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código penal de 1995, en J. Cerezo Mir *et al.* (ed.), El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada: Comares, 1999, pp. 161 ss.; *Ib.*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2013, pp. 341 ss.; *Ib.*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016; *Ib.*, Schuld und Freiheit, en GA 12/2017, pp. 669 ss.; *Ib.*, Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, en J. Mª Silva Sánchez

En particular, la misión de la dogmática de la individualización judicial de la pena (en adelante IJP) es *concretar* el derecho sancionador, así como su elaboración sistemática, con el objetivo de proporcionar *criterios válidos* para una praxis correcta del mismo.<sup>2</sup> En este sentido, se ha señalado que el rendimiento de la doctrina penal sobre esta materia resulta muy insuficiente comparado al del sistema del tipo penal.<sup>3</sup> Con todo, la evolución respecto a la situación de hace tan solo unas décadas es positiva. Se ha tratado de argumentar en torno a determinadas líneas de pensamiento fundadas en diversas concepciones teóricas sobre las que nos ocuparemos en líneas generales a continuación.<sup>4</sup>

Para ello, sin embargo, no se puede desconocer que se han producido desarrollos vinculados entre sí en el campo del *concepto del hecho punible* y la *teoría de la pena* que condicionan el tratamiento del tema. Tanto es así, que *Frisch*, p. ej., estima que el concepto puro de hecho punible material entendido como vulneración contraria

---

*et al.* (Coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2017, pp. 685 ss.; *Ib.*, Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?, en GA, 9/2018, pp. 520 ss.; *Ib.*, El Derecho penal protector de los ciudadanos sin renuncia a sus límites y garantías. *Lectio Doctoralis* (Discurso de investidura como Dr. h.c.) Universidad de León, 18.12.2018, Foro FICP, 2019-1, pp. 85 ss.

<sup>2</sup> *Demetrio Crespo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, Prólogos de I. Berdugo y H. J. Hirsch, 1ª. ed., Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999, 91 [≥ *Demetrio Crespo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, Prólogos de F. Velásquez, I. Berdugo y H. J. Hirsch, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016, 95-96], y las referencias allí citadas a las que me remito.

<sup>3</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 91 [≥ (nota 2), 96].

<sup>4</sup> Cfr., entre otras referencias, *Basso*, Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, Madrid *et al.*: Marcial Pons, 2019; *Besio Hernández*, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011; "De la Mata Barranco, Gravedad de la pena, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa", en *Revista Penal México*, nº 6, 2014, 83 ss.; *Feijoo Sánchez*, Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, en *InDret*, 1/2007, 1 ss.; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, Köln *et al.*: Carl Heymanns Verlag KG, 1971; *Frisch*, Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, en GA, 9/2014, 489 ss.; *Frisch*, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem, GA, 7/2017, 364 ss.; *Frisch / von Hirsch / Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg: C. F. Müller, 2003; *González de León Berini*, Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo, en Foro FICP, 2019-1, 439 ss.; *Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017; *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, Berlin: Duncker & Humblot, 1999; *Jung*, Strafe und Recht, en GA 10/2018, 573 ss.; *Mazzacuva*, Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017; *Meier*, Nachtatverhalten und Strafzumessung, en GA, 8/2015, 443 ss.; *Milton Peralta*, Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 31, 2008, pp. 599 ss.; *Silva Sánchez*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en *InDret*, 2/2007, 1 ss.; *Von Hirsch / Ashworth*, Proportionate Sentencing. Exploring the principles, Oxford: Oxford University Press, 2005; *Von Hirsch / Ashworth / Roberts* (Ed.), Principled Sentencing, Portland: Hart Publishing, 2009.

al derecho y culpable de bienes jurídicos ajenos ha sido reemplazado por un “estado de cosas” ideal, especialmente bajo pretexto del cuestionamiento del derecho —y su validez— que conlleva el hecho.<sup>5</sup> Y es preciso estar atentos a estos cambios porque, como es sabido, la cuestión de *si -y en qué medida- el sistema del hecho punible, con sus categorías y contenidos, podrían servir de fundamento a la dogmática del derecho de la IJP* ha sido desde siempre algo controvertido.<sup>6</sup>

Cabe recurrir aquí a la clasificación que alcanza *Frisch*, para quien, en esencia, se pueden distinguir **dos puntos de vista**: a) *la tesis de la igualdad/actualización (Gleichheitsthese / Fortschreibungsthese)*, esto es, la IJP se concibe como una continuación respecto a la teoría del delito en la que de algún modo se “completa” el hecho punible desde el punto de vista comparativo y cuantitativo a la luz de las categorías penales propias del hecho punible; y b) *la tesis de la autonomía (Eigenständigkeitsthese)*, según la cual, la IJP juega un papel hasta cierto punto independiente que se conforma a partir de los fines de la pena que se consideren pertinentes como punto desde el que deducir el contenido relevante para la misma.<sup>7</sup>

La existencia de esta doble tesis, que tiene más bien un sentido heurístico u orientador, no debería llevar a pensar que la primera supone una *aproximación dogmática* a la IJP mientras que la segunda implicaría un tratamiento de carácter *político-criminal*, debate que, en mi opinión, está muy desenfocado.<sup>8</sup> Se trata en todo caso, más bien, de *sustraer la decisión individualizadora a la irracionalidad* y sujetarla a esquemas argumentativos previsibles, lo que caracteriza y da sentido genuinamente al trabajo dogmático.<sup>9</sup> Por otro lado, dado que tampoco la teoría del delito es ajena a los fines de la pena,<sup>10</sup> la diversificación en función de las convicciones particulares respecto a esta “teoría marco” no significa que la configuración de los contenidos relevantes de la IJP a partir del peso conferido a los diferentes “factores finales” dentro del proceso individualizador —de acuerdo a la ya clásica distinción de *Spendel* entre factores reales, finales y lógicos—<sup>11</sup> no permita su inserción en un sistema dogmático.

---

<sup>5</sup> *Frisch*, Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel, GA, 2/2015, 75.

<sup>6</sup> Sobre ello, con múltiples referencias, ya en *Demetrio Crespo* (nota 2), 181 ss., esp. 236 ss. y 289 ss. [(nota 2), 225 ss., esp. 303 ss. y 378 ss.].

<sup>7</sup> *Frisch*, GA 9/2014 (nota 4), 489, 491-492.

<sup>8</sup> Ampliamente sobre este aspecto, esgrimiendo argumentos en contra de un entendimiento dogmático restringido a la comprensión que se tiene del mismo en la teoría del delito, véase *González de León Berini*, Foro FICP 2019-1 (nota 4), 441 ss.

<sup>9</sup> Cfr., por todos, *Gimbernat*, ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?, en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1981, 105 ss.

<sup>10</sup> Al respecto, con múltiples referencias, véase *Demetrio Crespo*, *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, Lima: Grijley, 2008.

<sup>11</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 44 ss. [≥ (nota 2), 26 ss.].

## II. DOS MODELOS TEÓRICOS BÁSICOS

### 1. Compensación de la culpabilidad

#### a) *La medida del “injusto culpable”*

Uno de los modelos de pensamiento fundamentales acerca del hecho punible y el sistema penal es aquel que parte de la compensación de culpabilidad en sentido retributivo. Para esta concepción, la culpabilidad es un criterio no sólo necesario sino suficiente para fundamentar la pena, la cual no puede ir ni más arriba ni más abajo de lo exigido por la justa compensación de la culpabilidad, de modo que el papel de las consecuencias externas de la imposición de una pena a cada autor en particular es prácticamente irrelevante.<sup>12</sup> Ahora bien, injusto y culpabilidad no juegan en la IJP exactamente en el mismo sentido que en la teoría del delito, sino que, como aclara *Frisch*, lo que interesa en ella es *la medida*, lo que supone barajar tres magnitudes, la medida del injusto, la medida de la culpabilidad y la medida de su unión, esto es, “el injusto culpable”.<sup>13</sup>

#### b) *Las escalas de pena*

Cabe preguntarse entonces si siguiendo la *tesis de la igualdad/actualización* antes mencionada puede sostenerse —pese a lo que podría parecer a primera vista— que la IJP tiene como función una conformación gradual diferenciada de la gravedad del injusto —y de la culpabilidad del autor referida al mismo— previamente constatada en el examen del delito, o si por el contrario, la pena se concreta más bien en función de los más variados criterios preventivo-especiales (como la peligrosidad o necesidad de tratamiento del autor) o preventivo-generales (como la alarma social).<sup>14</sup> Siendo así, cabría llegar a la conclusión de que, a diferencia de lo que acontece en materia de responsabilidad civil derivada del delito, la pena no puede en realidad compensar lo injusto de acción y de resultado constatado en el marco de la teoría del

---

<sup>12</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 92 ss. [≥ (nota 2), 96 ss.], y las referencias allí citadas a las que me remito.

<sup>13</sup> *Frisch*, GA 9/2014 (nota 4), 489; sobre este concepto, con múltiples referencias, *Demetrio Crespo* (nota 2), 237 ss. [≥ (nota 2), 305 ss.].

<sup>14</sup> Hasta qué punto este procedimiento observable en la praxis puede conducir a vulnerar principios constitucionales vinculados al Derecho penal del hecho en el Derecho penal del Estado de Derecho cuando lleva a fundamentar por esta vía agravaciones de la pena en fase de “individualización judicial de la pena en sentido estricto”, pero también en el marco de la “individualización judicial de la pena en sentido amplio” mediante la denegación de sustitutivos penales, requiere un despliegue argumentativo mucho mayor del que me es posible desarrollar aquí, por lo que me remito a lo expuesto en *Demetrio Crespo* (nota 2), 133 ss., esp. 139 ss. [(nota 2), 157 ss, esp. 165 ss.], con múltiples referencias.

delito que se inflige a la víctima.<sup>15</sup> Para las posiciones teóricas conforme a las cuales hay que determinar la cantidad de pena, bien de modo exclusivo, o bien de modo preferente, por la medida de la culpabilidad, la rectitud de la IJP significa básicamente que el hecho se coloca, según su contenido de culpabilidad, en una *escala de penas ordenada a su vez conforme a diferentes niveles de gravedad*, lo que debería hacerse de acuerdo a determinadas reglas de valoración.<sup>16</sup>

## 2. Orientación a las consecuencias

### a) Teorías de la pena v. teorías de la individualización judicial de la pena

Entre las teorías de la pena y las teorías de la IJP<sup>17</sup> se puede establecer una diferencia con relación a su estatus. Según *Grosse-Wilde* se puede decir que mientras que estas son independientes de la corriente filosófico-jurídica acerca de la fundamentación y validez del derecho que se mantenga, aquellas serían, al menos desde la perspectiva del positivismo jurídico, teorías sobre la fundamentación moral de la pena.<sup>18</sup>

Frente a la justificación típicamente deontológica de la institución de la pena propia del retribucionismo, la estructura general del concepto de la *decisión orientada a las consecuencias* presupone el establecimiento de una finalidad a cuya consecución debe contribuir la decisión sancionadora tanto como sea posible, teniendo en cuenta determinadas restricciones normativas tales como la prohibición de ir por encima de la pena adecuada a la culpabilidad y el vínculo al marco penal típico. Paradójicamente, el retribucionismo deontológico incurre en un dilema cuando no se trata de la *justificación de un acto de penalización concreto*, sino de la *institución de la pena misma*, de acuerdo a la clásica distinción de *Rawls*.<sup>19/20</sup> Lo advierte *Grosse-*

---

<sup>15</sup> Frisch, GA 9/2014 (nota 4), 495.

<sup>16</sup> Demetrio Crespo (nota 2), 92.

<sup>17</sup> Sobre las teorías de la IJP Cfr.: Demetrio Crespo (nota 2), 187 ss. [ $\geq$  (nota 2), 234 ss.].

<sup>18</sup> Grosse-Wilde (nota 4), 21.

<sup>19</sup> Cfr.: Rawls, Two Concepts of Rules, en *The Philosophical Review*, Vol. 64, 1955, pp. 3 ss. [Dos conceptos de reglas, en *Teorías sobre la Ética*, México *et al.*: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210 ss.] y el análisis de *Grosse-Wilde* (nota 4), 21-31, al respecto.

<sup>20</sup> En esta distinción o “doble nivel” busqué apoyo filosófico-jurídico para defender la tesis de que **entre la teoría de la pena y la teoría de la IJP existe una gradación lógica de más a menos estructurada de este modo** (primer elemento del “punto de partida lógico-jurídico” de mi investigación junto a la limitación teleológica de la prevención general a la fase conminativa de la pena y la relación entre lo axiológico y lo empírico): 1) Lo que no puede fundamentar la pena como institución (primer nivel), tampoco puede fundamentar su medida y diferenciación (segundo nivel); 2) La admisión de un fin de la pena como *fin del Derecho penal* (primer nivel), no implica necesariamente su aceptación como *factor final de la IJP* (segundo nivel); 3) En sentido inverso, no sería posible admitir un fin de

*Wilde* argumentando que cuando se trata de la justificación de un sistema (y praxis) penal real sabemos *ex ante con seguridad* que dicho sistema castiga inevitablemente a algunos inocentes, frente a lo que cabe preguntarse cómo puede una teoría de la pena deontológico-retributiva legitimar una institución tal.<sup>21</sup> Estas y otras muchas objeciones —que no es posible desarrollar en el marco de este breve artículo, tales como la idea de ver algo inherentemente bueno o valioso en la acción de castigar al culpable— llevan a sostener que *no es posible justificar la institución de la pena prescindiendo de consideraciones de tipo consecuencialista* asociadas a los fines de la pena.<sup>22</sup>

### b) Particularismo y los límites de la individualización

En su momento señalé que la opción por la prevención especial como fin de la pena por excelencia en la IJP (“factor final”) encontraba apoyo dentro del marco de la *racionalidad final* por la idea de la *individualización de la medición de la pena* en orden a una mayor humanización del sistema penal.<sup>23</sup> Explicaba que ello obedece a la consideración de que una *medición* que de verdad pretenda *individualizar la pena* ha de estar *orientada al autor* y, por consiguiente, de acuerdo con su lógica inmanente, debe determinarse conforme a la prevención especial, es decir, tomar en consideración los efectos que se derivan de la pena impuesta para la vida del mismo.<sup>24</sup> También especificué que la discusión en este terreno se centraba en saber si por motivos de prevención especial es posible *quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad* para evitar consecuencias negativas relativas a su desocialización.<sup>25</sup> No se me ocultaba que una respuesta afirmativa podía enfrentarse a la objeción de que una justicia penal que se guiara conforme a este criterio podría violar los *principios de igualdad y proporcionalidad* propios del Estado de Derecho, conduciendo, en último

---

la pena como válido en la IJP (segundo nivel) en el plano de la *legitimación interna*, si previamente se ha desechado como elemento integrante de la *legitimación externa del sistema* (primer nivel) (Cfr.: *Demetrio Crespo* (nota 2), 48-50, nota 45 [≥ (nota 2), 31-34, nota 45]).

<sup>21</sup> *Grosse-Wilde* (nota 4), 38; sobre este círculo de problemas Cfr.: *Pérez Barberá*, Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución, en *InDret* 4/2014, pp. 1 y ss.

<sup>22</sup> *Grosse-Wilde* (nota 4), 47; en igual sentido, *Puppe*, Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik, en *Samson et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, 1999, p. 482, para quien cualquier intervención en los derechos e intereses de los ciudadanos por parte del Estado están sujetos al doble postulado de la justicia y la utilidad; de modo que la justicia sin utilidad resulta, en vista de su imperfección, arrogante, mientras que la utilidad sin justicia, dada la pretensión del individuo de no ser tratado como un mero medio, indigno.

<sup>23</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 93 (y las referencias allí citadas a las que me remito) [≥ (nota 2), 98].

<sup>24</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 93 [≥ (nota 2), 99].

<sup>25</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 94 [≥ (nota 2), 99].

término, a la irracionalidad de la IJP;<sup>26</sup> lo que, sin embargo, no me parecía un argumento decisivo. Argumenté, por el contrario, que se trataba de algo rebatible, por un lado, desde el propio concepto clásico del derecho a la igualdad, que supone tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual;<sup>27</sup> y por el otro, respecto al principio de proporcionalidad, señalando que este no persigue en ningún caso la compensación (en el sentido de “expiación”) del mal causado. Por consiguiente, ambos principios podrían venir, más bien, a apoyar la tesis de la *posibilidad* de quedarse por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad.<sup>28</sup>

Sin embargo, debe reconocerse que el “particularismo” de la praxis de la IJP se sitúa en contraposición al postulado del “universalismo” como consenso básico del discurso jurídico.<sup>29</sup> En este sentido, resultan de enorme interés las reflexiones vertidas por *Grosse-Wilde*, quien parte de la cita de distintos fragmentos extraídos de la Jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* que ponen de relieve esa dicotomía inevitable.<sup>30</sup> Por lo que se refiere al correlato filosófico del énfasis en la “incomparabilidad” del caso concreto, entraría en consideración el llamado *particularismo ético*, de acuerdo a cuya versión más extrema toda generalización de una situación resultaría irrelevante para su evaluación moral dado que las razones para una decisión de este tipo solo valen para el caso concreto. Llevado a nuestro objeto de estudio, significaría que el juez debe tomar su decisión ponderando todas las circunstancias que entran en consideración en el caso concreto, por lo que cualquier “esquemmatización” o “matematización” en la teoría de la IJP es considerada extraña y estrictamente rechazada.<sup>31</sup> Desde el punto de vista del postulado universalista en su traslación al campo de la argumentación jurídica, en cambio, existiría un amplio consenso en la aspiración a formar una *regla que se pueda abstraer de las personas participantes y de las coordenadas de espacio y tiempo*, bien que la cuestión de hasta dónde alcanzaría la pretendida abstracción/generalización más allá de esto quedaría sin respuesta.<sup>32</sup>

De lo dicho cabe deducir que, en realidad, se trata de un problema general de fundamentación jurídica, en este caso referido a la importancia de la *orientación de acuerdo a reglas (Regelorientierung) en la fundamentación (Begründung) de las*

---

<sup>26</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 94 [≥ (nota 2), 99].

<sup>27</sup> Véase, sin embargo, *Milton Peralta* (nota 4), llamando la atención sobre posibles vulneraciones del principio de igualdad.

<sup>28</sup> *Demetrio Crespo* (nota 2), 94 [≥ (nota 2), 99-100].

<sup>29</sup> *Grosse-Wilde* (nota 4), 149 ss.

<sup>30</sup> Especialmente significativo por su brevedad el siguiente: «Was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist, ist unter Berücksichtigung des Einzelfalls vom Tatrichter zu entscheiden» (BGH NStZ-RR 2012, 336).

<sup>31</sup> *Grosse-Wilde* (nota 4), 150.

<sup>32</sup> Véase *Grosse-Wilde* (nota 4), 153, y las referencias a la obra de *Hare*, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952.

*resoluciones judiciales*.<sup>33</sup> Pues bien, para *Neumann*, esta pauta es una condición de racionalidad de estas últimas, toda vez que solo son imaginables como resultado de la aplicación de una regla jurídica (como mínimo) vigente, lo que se puede fundamentar *normativamente* a partir del principio de justicia de tratar del mismo modo casos iguales, pero que se deduce ya en primera línea en el *plano de la argumentación jurídica* del concepto mismo de fundamentación.<sup>34</sup> Ello obedece a que la motivación de la sentencia debe acreditar que no responde a la “arbitrariedad” del juez, sino que se basa en razones convincentes, esto es, en reglas que no quedan limitadas al caso concreto, sino que necesariamente contienen un “momento de generalización”.<sup>35</sup> De este modo, según *Neumann*, una circunstancia del caso concreto se convierte en relevante para la resolución y con ello en “razón” de la misma solo como *elemento estructural* que también puede darse en otros casos.<sup>36</sup> Para este autor, el principio constitucional de legalidad, aunque es de gran relevancia, resulta secundario desde el punto de vista de la argumentación jurídica porque no se trata de reglas fijadas legalmente, sino de reglas típicamente dogmáticas que salvan la distancia entre el caso y la ley, al tiempo que también entran en consideración la formulación de reglas del derecho judicial o la invocación de normas jurídicas no escritas.<sup>37</sup>

Especialmente relevante es subrayar, en cualquier caso, que el mencionado particularismo en la praxis de la IJP no debe conducir a configurar una especie de “culpabilidad de autor” atendiendo a la personalidad o el carácter, sino que ha de permanecer en el marco de la “culpabilidad por el hecho” propia del “Derecho penal del hecho”.<sup>38/39</sup> Con razón entiende *Grosse-Wilde* que no es correcto ver en el principio de culpabilidad mismo en cierto modo un “mandato de optimización” a fin de divisar una justicia individualizada lo más acabada posible.<sup>40</sup>

---

<sup>33</sup> Sobre “arbitrio del juez penal e IJP”, Cfr.: *Demetrio Crespo* (nota 2), 271 ss. [≥ (nota 2), 353 ss.].

<sup>34</sup> *Neumann*, Das Enthymem in der Theorie der juristischen Argumentation, *Rechtstheorie*, n° 42, 2011, 578.

<sup>35</sup> *Neumann* (nota 34), 578-579.

<sup>36</sup> *Neumann* (nota 34), 579.

<sup>37</sup> *Neumann* (nota 34), 579.

<sup>38</sup> Ampliamente sobre el concepto, estructura y función de la culpabilidad en la IJP, Cfr., respetivamente, *Demetrio Crespo* (nota 2), 227 ss., 236 ss., 251 ss. [≥ (nota 2), 290 ss., 303 ss., 326 ss.], y las referencias allí citadas a las que me remito.

<sup>39</sup> Sobre este círculo de problemas, véase, también, *Weigend*, Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren? Diskussionsbemerkungen, en *Frisch et al.* (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 199-2013; *Demetrio Crespo*, Schuld und Strafzwecke, en *Heinrich et al.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, 689 ss.; *Hörnle*, Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen, en *Hefendehl et al.* (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2014, pp. 93 ss.

<sup>40</sup> *Grosse-Wilde* (nota 4), 158.

### III. CONCLUSIONES

1. Como se ha visto, la IJP solo se comprende bien adoptando una perspectiva transversal con respecto al concepto del hecho punible y a la teoría de la pena, motivo por el que resulta relevante estudiar la relación entre los fundamentos teóricos del Derecho penal y la IJP a la luz de la evolución y las transformaciones que se van produciendo en el marco del sistema penal en su conjunto. La dogmática del Derecho de la IJP, que ocupó tempranamente la atención de nuestro homenajeado, debe seguir cultivándose de una manera más sistemática y pormenorizada.

2. La doble tesis acerca de la comprensión de la IJP como mera *actualización* de la teoría del delito o de su *autonomía* a partir de los fines de la pena que se consideran pertinentes, debe tomarse, en mi opinión, con carácter meramente heurístico u orientador. Por otro lado, el antagonismo entre el modelo teórico de la “compensación de la culpabilidad” y el de la “orientación a las consecuencias” no puede obviar la diferencia de estatus entre las teorías de la pena y las teorías de la IJP. Ni la justificación de la “institución de la pena” ni mucho menos la de su “individualización” pueden prescindir, en todo caso, de consideraciones de índole consecuencialista.

3. Si bien el particularismo característico de la praxis de la IJP se sitúa ciertamente en contraposición al postulado universalista, que reclama un cierto grado de abstracción y consiguiente posibilidad de generalización, se trata en realidad de un problema de argumentación jurídica referido a la orientación de acuerdo a reglas en la motivación de las resoluciones judiciales. El reproche de incurrir en vulneraciones del principio de igualdad o/y proporcionalidad es inevitable, pero en la medida en que la motivación de la sentencia acredite que la decisión sobre la cantidad de pena no es arbitraria, sino que se apoya en razones convincentes y respetuosas con los principios del Derecho penal del Estado de Derecho que no quedan limitadas al caso concreto, sería en parte subsanable.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

*Basso*, Determinación judicial de la pena y proporcionalidad con el hecho, Madrid *et al.*: Marcial Pons, 2019.

*Besio Hernández*, Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

*De la Mata Barranco*, Gravedad de la pena, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa, en *Revista Penal México*, nº 6, 2014, pp. 83-112.

*Demetrio Crespo*, Prevención general e individualización judicial de la pena, 1ª ed., Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, 1999.

- Demetrio Crespo*, Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin, Lima: Grijley, 2008.
- , Schuld und Strafzwecke, en Heinrich *et al.* (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, 2011, pp. 689-703.
- , Prevención general e individualización judicial de la pena, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016.
- Feijoo Sánchez*, Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho, en *InDret*, 1/2007, pp. 1-20; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, Köln *et al.*: Carl Heymanns Verlag KG, 1971.
- Frisch*, Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung, en *GA*, 9/2014, pp. 489-503.
- Frisch*, Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel, *GA*, 2/2015, pp. 65-85 [≥ Pena, delito y sistema del delito en transformación, trad. de Ivó Coca Vila, en *InDret*, 3/2014, 1-31].
- Frisch*, Strafwürdigkeit, Strafbedürftigkeit und Straftatsystem, *GA*, 7/2017, pp. 364-382.
- Frisch / von Hirsch / Albrecht* (Hrsg.), Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, Heidelberg: C. F. Müller, 2003.
- Gimbernat*, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1981, pp. 105-130.
- González de León Berini*, Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo, en *Foro FICP*, 2019-1, pp. 439-456.
- Grosse-Wilde*, Erfolgzurechnung in der Strafzumessung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.
- Hare*, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952.
- Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- Hörnle*, Grenzen der Individualisierung von Schuldurteilen, en Hefendehl *et al.* (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bern Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlin/Boston: Walter de Gruyter, 2014, pp. 93-106.
- Jung*, Strafe und Recht, en *GA* 10/2018, pp. 573-579.
- Luzón Peña*, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona: Bosch, 1978.
- Luzón Peña*, Medición de la pena y sustitutivos penales, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.
- Luzón Peña*, Alcance y función del Derecho penal, en *ADPCP*, 1989, pp. 5-55.

- Luzón Peña*, Prevención general, sociedad y psicoanálisis, en *Estudios penales*, Barcelona: PPU, 1991, pp. 261-278.
- Luzón Peña*, Curso de Derecho Penal. Parte General I, Madrid: Universitas, 1996.
- Luzón Peña*, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código penal de 1995, en J. Cerezo Mir *et al.* (ed.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, pp. 161-170.
- Luzón Peña*, Libertad, culpabilidad y neurociencias, en E. Demetrio Crespo (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid: Edisofer / Buenos Aires-Montevideo: BdeF, 2013, pp. 341-402.
- Luzón Peña*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- Luzón Peña*, Comisión por omisión e imputación objetiva sin causalidad: creación o aumento del peligro o riesgo por la omisión misma como criterio normativo de equivalencia a la causación activa, en J. Mª Silva Sánchez *et al.* (coord.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2017, pp. 685-702.
- Luzón Peña*, Schuld und Freiheit, en GA 12/2017, pp. 669-677.
- Luzón Peña*, Kausalität beim unechten Unterlassungsdelikt?, en GA, 9/2018, pp. 520-528.
- Luzón Peña*, El Derecho penal protector de los ciudadanos sin renuncia a sus límites y garantías. *Lectio Doctoralis* (Discurso de investidura como Dr. h.c.) Universidad de León, 18.12.2018, Foro FICP, 2019-1, pp. 85-98.
- Mazzacuva*, Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico, Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- Meier*, Nachtatverhalten und Strafzumessung, en GA, 8/2015, pp. 443-452.
- Milton Peralta*, Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho 31, 2008, pp. 599-624.
- Neumann*, Das Enthymem in der Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie, nº 42, 2011, pp. 573-588.
- Pérez Barberá*, Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución, en InDret 4/2014, pp. 1-44.
- Puppe*, Strafrecht als Kommunikation. Leistungen und Gefahren eines neuen Paradigmas in der Strafrechtsdogmatik, en Samson *et al.* (Hrsg.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, 1999, pp. 469-492.

*Rawls*, Two Concepts of Rules, en *The Philosophical Review*, vol. 64, 1955, pp. 3-32  
[Dos conceptos de reglas, en *Teorías sobre la Ética*, México *et al.*: Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 210-247].

*Silva Sánchez*, La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en *InDret*, 2/2007, pp. 1-15.

*Von Hirsch / Ashworth*, *Proportionate Sentencing. Exploring the principles*, Oxford: Oxford University Press, 2005.

*Von Hirsch / Ashworth / Roberts* (Ed.), *Principled Sentencing*, Portland: Hart Publishing, 2009.

*Weigend*, Sind Sanktionen zu akzeptieren, die sich am Maß der Tatschuld orientieren? Diskussionsbemerkungen, en *Frisch et al.* (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Heidelberg: C. F. Müller, 2003, pp. 199-2013.

