

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Prevención general e
individualización judicial
de la pena

P

Segunda edición

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Catedrático de Derecho Penal.
Universidad de Castilla-La Mancha.

Prevención general e individualización judicial de la pena

Segunda edición

Prólogo de
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Prólogo de
IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE

Prólogo de
HANS JOACHIM HIRSCH

2016

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

Julio César Faira - Editor

I.S.B.N.: 978-9974-708-71-6

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (C1431AAP) - Tel./Fax: (005411) 4522-1483.

e-mail: euroseditores@fibertel.com.ar

www.euroseditores.com

En Montevideo, República Oriental del Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11000) - Tel./Fax: (005982) 2916-5238.

e-mail: bdef@netgate.com.uy

www.editorialbdef.com

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en España en el mes de febrero de 2016 por:

Elece Industria Gráfica, S.L.

Pol. Industrial El Nogal, C/Rio Tietar, 24-26

28110 Algete (Madrid)

*A mi mujer, Ágata,
mi compañera de estudios y mi mejor amiga,
por haber “padecido” día a día, “conmigo”,
y también a veces “sin mí”*

ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR A LA PRESENTE EDICIÓN.....	XV
PRÓLOGO DE FERNANDO VELÁSQUEZ V. A LA PRESENTE EDICIÓN...	XIX
PRÓLOGO DE IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE	XXXI
PRÓLOGO DE HANS JOACHIM HIRSCH	XXXV
NOTA PRELIMINAR	XXXIX

INTRODUCCIÓN

I. Objeto de estudio.....	1
1. Importancia y actualidad.....	1
2. Presentación del tema.....	3
II. Alcance de esta investigación y justificación de su estructura.....	15
1. Alcance de la investigación	15
2. Justificación de su estructura	15

PRIMERA PARTE BASES TEÓRICAS

Capítulo I

FINES DE LA PENA E INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Delimitación conceptual y metodológica general	21
1. El concepto “individualización judicial de la pena”.....	21
2. El concepto “factor individualizador de la pena”, y sus tres significados como factor final, real y lógico.....	26

3. Las fases de la individualización judicial de la pena	28
4. Punto de partida lógico-jurídico.....	31
II. Los fines de la pena.....	36
1. Delimitación conceptual y metodológica.....	36
2. Evolución del pensamiento sobre los fines de la pena	46
3. Los fines de la pena a la luz de la constitución española de 1978.....	61
4. La importancia de los fines de la pena en la I.J.P. ...	69
III. Las antinomias de los fines de la pena.....	70
1. Introducción	70
2. Antinomias y sistema penal.....	71
3. Las antinomias entre fines en la individualización judicial de la pena y su vinculación al problema de la culpabilidad	74
4. La antinomia entre prevención y culpabilidad	81
5. La antinomia entre prevención general y prevención especial	91
IV. La relación entre los fundamentos teóricos del Derecho penal y los criterios de la individualización judicial de la pena	95
1. Introducción	95
2. Posiciones teóricas fundamentales.....	96

Capítulo II

ANÁLISIS DEL FIN PREVENTIVO

GENERAL DE LA PENA

I. Importancia de la prevención general en la ciencia penal de nuestros días	105
II. La prevención general negativa.....	110
1. Concepto	110
2. Problemas de la prevención general negativa.....	112
III. La prevención general positiva.....	123
1. Concepto y funciones.....	123
2. Modelos de pensamiento de la prevención general positiva	130
3. Críticas a la prevención general positiva	148

Capítulo III

LA PREVENCIÓN GENERAL COMO FACTOR FINAL
DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Prevención general negativa como factor final de la “individualización judicial de la pena”	157
1. Marco de la discusión	157
2. Aportaciones de la jurisprudencia en Alemania después de 1945	159
3. Objeciones frente a la prevención general negativa como factor de la individualización judicial de la pena	165
II. Prevención general positiva como factor final de la individualización judicial de la pena	175
1. Introducción	175
2. Marco de la discusión	178
3. Prevención de integración e individualización judicial de la pena: sobre la idea de la eficacia preventivo-general de la pena adecuada a la culpabilidad	181
4. Defensa del ordenamiento jurídico e individuali- zación judicial de la pena	186
5. Problemas de la prevención general positiva como factor final de la individualización judicial de la pena	195
III. Clasificación general de perspectivas teóricas	198
1. Introducción	198
2. Clasificación de grupos de puntos de vista por el grado de licitud/ilicitud que se otorga a la prevención general en la individualización judicial de la pena	199
IV. Visiones sistemáticas por autores	206
1. Bruns	206
2. Haag	211
3. Baumann	213
4. Frisch	214
5. Zipf	219

SEGUNDA PARTE
**FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS
 Y SU PROYECCIÓN NORMATIVA**

Capítulo IV

PREVENCIÓN GENERAL Y TEORÍAS
 DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Importancia y requisitos de una teoría de la “individualización judicial de la pena”	225
II. ¿Hacia la racionalización de la individualización judicial de la pena?	226
1. Introducción	226
2. Proyectos de una individualización judicial de la pena formalizada.....	227
III. Teorías de la individualización judicial de la pena	234
1. La teoría de la pena exacta o puntual	234
2. La teoría del espacio de juego	235
3. Teoría del acto de gestación social.....	248
4. Teoría del valor jerárquico del empleo	251
5. La concepción del parágrafo 59 del Proyecto Alternativo de Código Penal alemán de 1966.....	254
6. La teoría de la proporcionalidad con el hecho	256
7. Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho.....	267
IV. Los modelos en la dogmática del derecho de la individualización judicial de la pena.....	271

Capítulo V

PREVENCIÓN GENERAL Y CULPABILIDAD
 EN LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

I. Introducción.....	273
II. Consideraciones previas sobre la culpabilidad	275
1. La “encrucijada” de la culpabilidad	275
2. La diversificación de conceptos y funciones de la culpabilidad	284
III. El concepto de culpabilidad en la individualización judicial de la pena	290
1. La exclusión de la culpabilidad de autor.....	290
2. La “culpabilidad por el hecho”.....	294

IV. La estructura de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena	303
1. Marco de la discusión	303
2. Posiciones teóricas.....	317
V. La función de la culpabilidad en la individualización judicial de la pena	326
1. Posiciones teóricas fundamentales.....	326
2. La función de limitación en concreto.....	333

Capítulo VI

ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DEL CÓDIGO PENAL
DE 1995 PARA LA “INDIVIDUALIZACIÓN
JUDICIAL DE LA PENA”

I. Introducción.....	347
II. La protección de bienes jurídicos y el sistema de marcos penales	350
1. El concepto de “marco penal genérico” y “marco penal concreto”.....	350
2. La importancia del marco penal típico (determinación legal de la pena) para la prevención general y la individualización judicial de la pena	352
III. Arbitrio del juez penal e individualización de la pena	353
1. Consideraciones generales y criterios del Tribunal Supremo sobre dosimetría punitiva	353
2. Revisabilidad de la individualización judicial de la pena (doctrina del Tribunal Supremo).....	356
3. El jurado en la individualización judicial de la pena	361
IV. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización judicial de la pena	362
1. Introducción.....	362
2. Compensación racional de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización judicial de la pena [art. 66.1º CP 1995]	363
3. Otras reglas de aplicación de las penas.....	368
4. Fundamento político criminal de las circunstancias atenuantes	374

5. Fundamento político-criminal de las circunstancias agravantes	376
V. El criterio de la gravedad del hecho	378
1. Aproximación al concepto según la doctrina y la jurisprudencia.....	378
2. La gravedad del hecho como factor real de la individualización judicial de la pena.....	379
VI. Las circunstancias personales del delincuente	397
1. Importancia del criterio en el CP 1995	397
2. La personalidad del delincuente como factor real de la individualización judicial de la pena...	398
3. Otras circunstancias personales.....	408
VII. La individualización judicial de la pena <i>lato sensu</i> en el Código Penal 1995.....	411
1. Consideraciones preliminares: crisis de la pena privativa de libertad	411
2. Los “sustitutivos penales”	415
3. Valoración de las novedades del CP de 1995 en esta materia	421
4. Prevención general y “sustitutivos penales”	427
CONCLUSIÓN FINAL	431
BIBLIOGRAFÍA	441

NOTA PRELIMINAR A LA PRESENTE EDICIÓN

Este libro constituye el texto de la que fue mi tesis doctoral, sobre un tema todavía a día de hoy poco estudiado, puesto que, por un lado, aborda el eterno problema de los fines de la pena (en concreto, la prevención general), y por el otro, su papel en el marco de la dogmática del derecho de la individualización judicial de la pena. Fue publicado en el año 1999 por Ediciones de la Universidad de Salamanca, que amablemente ha dado su visto bueno a la presente reedición a cargo de la editorial BdeF, en la que se ha preferido mantener el texto original sin modificación alguna¹.

Recuerdo perfectamente que mi inquietud inicial por el asunto de los fines de la pena provenía de haber elaborado un trabajo durante mis estudios de licenciatura sobre este tema en las clases de la Parte General de Derecho Penal que impartía en mi grupo el profesor Serrano-Piedecasas, quien a la postre se convertiría en mi codirector de tesis y, tras un largo cruce de caminos, en todo un referente². Pero tan importante como ese punto de arranque fue la concreción del tema que sería objeto de estudio de mi tesis doctoral, preparada en su mayor parte en el *Kriminalwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia, donde recibí el apoyo y estímulo invaluable del profesor Hirsch, al que me unió hasta su fallecimiento, en el año 2011, una estrecha amistad³. Dicha concreción vino de la mano de

¹ DEMETRIO CRESPO, E., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Prólogos de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans-Joachim Hirsch, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.

² DEMETRIO CRESPO, E., "Cruce de caminos. *Laudatio* en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández", en *Revista Penal*, nº 32, 2013, pp. 331-334.

³ DEMETRIO CRESPO, E., "Hans Joachim Hirsch (1929-2011). *In memoriam*", en *Revista Penal*, nº 29, 2012, pp. 272-276.

una conversación con mi querido *Doktorvater*, a la sazón rector magnífico de la Universidad de Salamanca, el profesor Berdugo Gómez de la Torre, quien me sugirió que leyera con detenimiento el libro del profesor Luzón Peña *Medición de la pena y sustitutos penales* (1979), que era uno de los pocos estudios monográficos que existían en español sobre esta materia. Como mínimo, Diego Luzón esbozará una sonrisa cuando sepa que él, en parte, sin saberlo, también “tuvo la culpa”.

Hace algún tiempo recibí una doble sugerencia de que el texto debería reimprimirse para su mejor conocimiento en el ámbito latinoamericano. La primera, del profesor Fernando Velásquez con motivo de mi participación en el IV Congreso Internacional de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, celebrado en Bogotá los días 2 y 3 de octubre del año 2012, para hablar del tema “Constitución y sistema de sanciones”, ponencia repetida en parecidos términos en el XVI Seminario Interuniversitario Internacional de Derecho Penal, celebrado en Alcalá de Henares los días 6 y 7 de junio del año 2013⁴. Lo menciono aquí porque, en gran medida, el libro trata de un problema fundamental de la legitimación del castigo, que debe ponerse en relación permanente con el marco axiológico que lo limita y configura en igual medida en el Estado de Derecho, que no es otro que el que ofrecen los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, constantemente amenazadas tanto en su vertiente material como procesal⁵. De hecho, aquella elección inicial, un trabajo de licenciatura, y mi inclinación por la parte filosófico-jurídica que nos concierne a los penalistas, han marcado en buena medida mi inquietud investigadora hasta la fecha. Es un gran honor, por cierto, que el profesor Velásquez, además de ser responsable de la idea, haya accedido a redactar un prólogo adicional a la presente reedición, que se suma a los que para la primera escribieran los profesores Berdugo y Hirsch, lo que le agradezco profundamente.

⁴ DEMETRIO CRESPO, E., “Constitución y sanción penal”, en *Libertas*, nº 1, 2013, pp. 57-110 y en Velásquez Velásquez, F./Vargas Lozano, R. (comp.), *Derecho Penal y Constitución*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2014, pp. 71-130.

⁵ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./DEMETRIO CRESPO, E. (dir.), *Legalidad y defensa. Garantías constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, Castillo de Luna Ediciones Jurídicas, Madrid, 2015.

La segunda propuesta, al muy poco tiempo, provino de D. Julio Faira, director de publicaciones y responsable de la Editorial BdeF, con quien he tenido la oportunidad de colaborar de modo muy satisfactorio en los últimos tiempos, debido a la publicación en su prestigioso sello editorial de dos libros colectivos⁶. Valga para él mi sincero reconocimiento y gratitud, dado que, además, por el transcurrir del tiempo, algunos archivos ya no pudieron ser cambiados de formato, lo que ha supuesto un mayor esfuerzo.

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
En Toledo, a 8 de julio de 2015

⁶ DEMETRIO CRESPO, E. (dir.)/MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer-BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2013; DEMETRIO CRESPO, E. (dir.)/MAROTO CALATAYUD, M. (coord.), *Crisis financiera y Derecho penal económico*, Edisofer-BdeF, Madrid-Montevideo-Buenos Aires, 2014.

PRÓLOGO A LA PRESENTE EDICIÓN

El profesor Eduardo Demetrio Crespo, actual catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha, adscrito a su Departamento de Derecho Público y de la Empresa, es licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, donde además obtuvo su título de doctor en Derecho y, desde 2009, recibió su acreditación como catedrático.

Como reputado investigador que es, ha sido becario del Ministerio de Educación y Ciencia, la Fundación Alexander von Humboldt, la Sociedad Max-Planck y el Instituto Hanseático de Estudios Avanzados; gracias a ello ha realizado múltiples estancias en los Institutos de Ciencias Penales de la Universidad de Colonia, Ciencias Penales de la Universidad de Munich, Derecho penal extranjero e internacional de la Universidad de Colonia, Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo, Criminología de la Universidad de Cambridge, Hanseático de Estudios Avanzados de Delmenhorst (Bremen) y Ciencias Penales de la Universidad de Kiel.

Además, es miembro de diversos consejos consultivos o comités científicos nacionales y extranjeros, investigador del Instituto de Derecho penal europeo e internacional de la UCLM y del Instituto de Ciencias Forenses y de la Seguridad de la UAM, director del Curso de Posgrado en Derecho Penal económico y empresarial de la UCLM, y codirector de la Colección “Biblioteca Básica de Derecho Penal y Ciencias Penales”, editada por Iustel. También, se destaca como conferencista y ponente en los más importantes congresos y seminarios llevados a cabo en diversas universidades españolas y extranjeras.

En el campo de su actividad intelectual debe decirse que su principal línea de investigación versa sobre los fundamentos de la Parte general del Derecho penal, con especial atención a las teorías de la pena, el delito y la política criminal; además, ha

incursionado con mucho éxito en las temáticas del Derecho penal empresarial y en la internacionalización del Derecho penal. En épocas recientes, brillan sus trabajos en los que explora la compleja problemática atinente a las relaciones entre la neurociencia y el Derecho penal.

Su producción académica, pese a su juventud, es muy abundante si se tiene en cuenta que ha publicado más de treinta artículos científicos, todos ellos de excelente nivel, en español, alemán, italiano y portugués. Además, es autor de cuatro libros: *Prevención general e individualización judicial de la pena* (1999); *La tentativa en la autoría mediata y en la "actio libera in causa"* (2003); *Culpabilidad y fines de la pena* (2008), y *Responsabilidad penal por omisión del empresario* (2009). Asimismo, es coautor y coordinador de la obra *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito* (2011), y ha editado o colaborado en las siguientes obras colectivas: *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (2008); *Terrorismo y Estado de Derecho* (2010); *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial* (2010); *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo* (2010); *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad* (2013), y *Crisis financiera y Derecho penal* (2014). De igual manera, debe destacarse su tarea como traductor de un buen número de artículos, del alemán al castellano.

De toda su obra, por supuesto, se debe resaltar la investigación sobre individualización de la pena¹ ya mencionada, con

¹ Preferimos denominar a esta problemática *determinación de la sanción penal*. Cfr. VELÁSQUEZ, Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, vol. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 1268, donde apegados al derecho positivo colombiano decimos: "Desde un punto de vista estrictamente técnico parece más coherente emplear la voz *determinación* –la más general y la que aparece en el encabezamiento del Capítulo Segundo del Título IV, Libro Primero: 'De los criterios y reglas para la determinación de la punibilidad'–, y no *individualización* –que, además de ser la más específica, aunque para algunos es la más amplia, es la expresión de un concepto ideológico presidido por la noción de *personalización*, esto es, se emplea para designar el fenómeno mediante el que se examina la adaptación de la pena al ser humano concreto que transgrede la ley penal–". Sin embargo, el derecho penal español vigente habla de "individualización de la pena" (art. 66.1.7.a); véase el texto consolidado a cuatro de diciembre de 2014, www.boe.es.

la cual obtuvo su título de doctor en Derecho y que motiva la confección de este escrito. Todo ello porque, de manera muy merecida y oportuna, la Editorial BdeF la incluye ahora entre sus obras, después de que —con los prólogos de los profesores Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y el ya fallecido Hans Joachim Hirsch— en su momento la editara la centenaria Universidad de Salamanca, en su colección de *Estudios Jurídicos* con el n° 79.

Antes de adentrarnos de lleno en el asunto, es pertinente dejar muy en claro que este trabajo es a nuestro juicio el mejor que se haya escrito en la lengua de Cervantes sobre la materia en la que, por cierto, no abundan textos monográficos² —aunque sí plurales ensayos, artículos científicos y contribuciones en libros colectivos³—, como también sucede en idioma italiano⁴; esta discusión teórica, recuérdese, ha estado casi siempre ligada a la producción alemana⁵. Es más, debe decirse que esta investigación es el primer gran esfuerzo de conjunto llevado a cabo

² En realidad son pocos, aparte del hoy prologado: SUAZO LAGOS, René Agustín, *La evolución histórica del sistema de determinación de la pena en Alemania y Honduras. Estudio de derecho comparado y reflexiones para una futura reforma del sistema de determinación de la pena en Honduras*, Madrid, Tesis doctoral sin publicar, Universidad Complutense de Madrid, 1979; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y substitutos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, Madrid, 1979; GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de determinación de la pena en el derecho español*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 1982; GALLEGO DÍAZ, Manuel, *El sistema español de determinación legal de la pena*, Ediciones ICAI, Madrid, 1985; ZIFFER, Patricia S., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996. Por supuesto, de forma excepcional, algunos textos de la Parte general le destinan un tratamiento al tema, como lo hace ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. V, Ediar, Buenos Aires, 1988, pp. 270-453; en nuestro caso VELÁSQUEZ, *Derecho Penal*, vol. II, pp. 1266-1374.

³ Un ejemplo de ellos es ROXIN, Claus *et al.*, *Determinación judicial de la pena*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

⁴ Sobresale el trabajo de DOLCINI, Emilio, *La commisurazione della pena*, Cedam, Padova, 1979.

⁵ Entre muchos otros, que pueden verificarse en la abundante bibliografía del libro de Demetrio, son dignos de recordarse por su importancia y concisión los de: STRATENWERTH, Günter, *Tatschuld und Strafzumessung*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1972; ZIPF, Heinz, *Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtpraxis und Ausbildung*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg/Karlsruhe, 1977; BRUNS, Hans Jürgen, *Das Recht der*

en este entorno, que busca estudiar la interrelación entre la fundamentación del Derecho penal y la individualización judicial de la pena, de cara a precisar si es o no lícito tener en cuenta el fin preventivo-general de la misma en la tarea de la individualización judicial⁶, lo cual le brinda una riqueza académica adicional, máxime si el expositor –al hacer semejante exploración académica– se tiene que remontar hasta los cimientos mismos del Derecho penal, esto es, debe indagar en torno al *si* y al *cómo* de la pena⁷.

Pues bien, en este profundo estudio que nunca pareciera perder actualidad –atribuible tanto a su magnífica construcción metodológica como a que se discurre poco sobre esta materia– su autor, en plan de llevar adelante la propuesta esgrimida, después de la introducción en la que señala muy bien cuál es su objeto de estudio (allí presenta el tema, su importancia, los alcances de la investigación y la justificación de su estructura), delinea con precisión los dos grandes segmentos en los cuales la divide:

Strafzumessung, 2ª ed., Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, cuya tercera edición ha sido anunciada hace poco: BRUNS/GÜNTGE, *Das Recht der Strafzumessung*, 3ª ed., 2015, a cargo de la misma editorial; ALBRECHT, Hans-Jörg, *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994, y TATJANA HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999. En época más reciente, FRISCH, Wolfgang, *Grundfragen des Strafzumessungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, que, desde la perspectiva germano-japonesa, destina 16 trabajos de juristas de ambas nacionalidades (correspondientes a las ponencias presentadas en el seminario habido los días 12 y 13 de septiembre de 2009, en la Ritsumeikan-Universität Kyoto) a examinar la materia. Un inventario actualizado de los textos alemanes aparece en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 29ª ed., C. H. Beck, München, 2014, pp. 722-723 y 776-777, actualizaciones a cargo de Stree/Kinzig.

⁶ Sobre este asunto, aunque en un plano más general, debe rememorar el famoso discurso de apertura de curso de 1944-1945, dado por ANTON Y ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Librería Cervantes. Salamanca, 1944, cuyo talante liberal –por cierto– retoma Demetrio Crespo, como bien lo recuerda Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, en el “Prólogo”.

⁷ Sobre ello, es magnífica e irreplicable la exposición de FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 209 y ss.

La *primera parte*, denominada “bases teóricas”, consta de tres capítulos: el primero, titulado “Fines de la pena e individualización judicial de la pena”, en el cual ofrece los rudimentos, las herramientas conceptuales y las claves sobre las cuales se edifica el texto; desde luego, y el autor lo destaca muy bien, el centro de gravedad de este acápite introductorio es la problemática de las antinomias entre los fines de la pena. En el segundo, “Análisis del fin preventivo-general de la pena”, oportunidad en la cual después de destacar la importancia de la concepción preventivo-general en la ciencia penal de finales del siglo pasado –y ello también sucede en nuestros días al inicio del nuevo milenio–, examina los diversos modelos teóricos concebidos en torno a la prevención general negativa y positiva. Y, de la mano de lo anterior, el tercer capítulo se ocupa de “La prevención general como factor de la individualización judicial de la pena”, por lo cual aborda los diversos problemas de licitud que presenta la prevención general en el estadio de la individualización judicial de la pena, esto es, los tópicos constitucional, dogmático y criminológico, lo que implica una clara toma de postura en torno al asunto.

La *segunda parte*, que según el riguroso discurso se denomina “Fundamentos dogmáticos y su proyección normativa”, consta, a su vez, de tres capítulos más muy bien balanceados: el cuarto, destinado a la “Prevención general y teorías de la individualización de la pena”, donde expone las distintas concepciones en materia de la individualización judicial confeccionadas en Alemania con ocasión del desarrollo de una nueva disciplina científica al interior del derecho penal material, para el caso el llamado Derecho de la medición de la pena (*Das Strafzumessungsrecht*⁸); el quinto, en íntima conexión con el anterior, “Prevención general y culpabilidad en la individualización judicial de la pena”, en el cual enseña de modo específico el tema de la relación entre la prevención y la culpabilidad en la individualización judicial de la pena que, dice, “es, en definitiva, la ‘materia prima de discusión’ con que cuentan las diferentes teorías an-

⁸ Este derecho, según Claus Roxin (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, B I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., C. H. Beck, München, p. 5), comprende todas las reglas “decisorias en relación con la clase y la cuantía de la pena que se debe imponer”.

teriormente expuestas”, lo cual lo lleva a adoptar una toma de postura y ofrecer el panorama general sobre las relaciones entre el injusto penal y la estructura de la decisión de la individualización judicial de la pena.

Para culminar, el capítulo sexto –“Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Código Penal español de 1995”– es el lugar del trabajo donde este paciente investigador desciende en sus búsquedas al derecho positivo español, al hacer un magnífico ejercicio bien útil desde la perspectiva del derecho comparado, en especial el latinoamericano, que suele tener como punto de referencia el derecho penal hispano, para el caso cuando se trata de medir los alcances del original art. 66 del estatuto punitivo de 1995 en lo relativo a “la gravedad del hecho” y “las circunstancias personales del autor”. Este último artículo, en su numeral 1, regla sexta, reza de la siguiente manera: “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las *circunstancias personales del delincuente* y a *la mayor o menor gravedad del hecho*”⁹.

Al final (aunque ya lo anuncia desde la introducción) plasma la conclusión de su incursión académica, al afirmar que la prevención general no es un fin que deba perseguirse de manera expresa en la individualización judicial de la pena, para lo cual emite razones de tipo dogmático (por violación de la prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo y por su contradicción sistemática), constitucional (por la posible violación de derechos fundamentales, como la igualdad y la dignidad, así como el derecho a la resocialización) y criminológico (por la ausencia de pruebas empíricas, sobre la eficacia de una agravación por consideraciones preventivo-generales en la individualización judicial de la pena). Por ello, al referirse al derecho positivo en torno a cual reflexiona –en planteo que se puede debatir en atención a los diversos puntos de vista existentes para abordar el fenómeno–, dirá que “el Derecho Penal español en los criterios generales para la I.J.P., a saber, *la gravedad del hecho* y *las circunstancias personales del delincuente*, no plantea la antinomia entre prevención general y prevención especial, sino la antinomia entre retribución y prevención especial. Adopta,

⁹ Véase texto citado, nota 1.

por lo tanto, una teoría mixta de la pena en la I.J.P., que es contradictoria 'a conciencia', y en la que la prevención general no se menciona en ningún momento"¹⁰.

Es que esta difícil problemática suscita diversas reflexiones¹¹. En efecto, pese a los esfuerzos de los legisladores por dotarla de coherencia, al suministrar pautas como las ya expuestas por el profesor Demetrio Crespo de cara a la legislaciones alemana y española, son evidentes las dificultades para llevar a la vida práctica estas exigencias, que más bien –como en otras latitudes– pueden dejar librada la cuantificación penal a consideraciones puramente intuitivas e irracionales¹². Por supuesto, de lo que se trata es de cambiar esa mentalidad y de asumir dicha tarea con criterios justos, en procura del fortalecimiento

¹⁰ DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, pp. 328-329; esta postura, sin embargo, ha sido criticada de forma injusta por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena", en *InDret* 1/2007, pp. 1-20 (11 y ss.), quien dice abanderar *un modelo de determinación de la pena proporcional al hecho* (en el marco de una teoría normativa y comunicativa de la prevención general positiva; ver: *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del derecho penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007, pp. 677 y ss.) que, sólo en parte, asegura se funda en el *neo-proporcionalismo* postulado por Hörnle, Tatjana (véase por ejemplo: "La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena", en *ADPCP* vol. LIV, 2001, pp. 401-429; *Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania*, trad. de María Belén Franchini, María Martín Lorenzo y Luis Reyna Alfaro, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2003). Una respuesta a Feijoo Sánchez por parte de Demetrio Crespo se puede ver en "Culpabilidad y fines de la pena: con especial atención al pensamiento de Claus Roxin", en *RGDP*, n° 8, noviembre 2007, pp. 1-38 (pp. 24-25 y nota 82), también publicado como opúsculo en Lima (2008) y en Costa Rica (2013), con presentaciones de Carlos Caro Coria y Javier Llobet Rodríguez, respectivamente; en este trabajo (por incurrir en un error metodológico "consistente en poner en el mismo plano dimensiones diferentes relativas a la teoría de los fines de la pena, el concepto material del delito, y el sistema del delito"), el autor le redirige a Feijoo Sánchez una crítica que le efectúa SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo", en *InDret* 2/2007, pp. 1-15, especialmente p. 7, nota 19.

¹¹ Cfr. VELASQUEZ, *Derecho Penal*, II, cit., pp. 1371-1374.

¹² Véase ZAFFARONI, *Tratado*, t. V, p. 270.

de la seguridad jurídica, verdadero norte y guía de un Estado de derecho social y democrático, lo que demanda la colaboración profunda entre jueces y legisladores¹³ para que esa tarea no desborde dichos marcos.

Asimismo, en segundo lugar, debe decirse que los inocultables abismos entre lo que la ley penal señala y la realidad no pueden generar en el estudioso la convicción de que una tarea racional como ésta –en todo caso ceñida a los principios propios del ideario demoliberal aquí expuestos– pueda ser reemplazada por pautas mensurables no discutidas como las brindadas por las ciencias exactas¹⁴. No es, pues, posible reemplazar al hombre por una máquina computarizada, como en el célebre relato de Papini¹⁵ en *El libro negro* –‘El tribunal electrónico’–, porque ello llevaría al desastre y a la cosificación de la persona, perdiéndole todo respeto a su dignidad, ahogándose en las náuseas del despotismo y la arbitrariedad.

De igual forma, en tercer lugar, la existencia de vacíos e incongruencias en la ley tampoco puede servir de pretexto para que, en lugar de una pena democrática, se entronice el terrorismo punitivo como a veces se pretende. Por el contrario, se trata de realizar una verdadera tarea hermenéutica que –a partir de disciplinas como la lógica formal y material, las modernas construcciones del lenguaje, la criminología, la política criminal, la dogmática, y los principios constitucionales del Estado democrático– permita dotar de profundo humanismo la tarea de cuantificación penal.

Naturalmente, en cuarto lugar, no debe olvidarse que para poder cumplir de mejor manera la tarea de medición penal es indispensable que el funcionario judicial lleve a cabo, previamente, una adecuada calificación de la conducta o conductas objeto de valoración, mediante la emisión, con rigor y coherencia, de los juicios de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, como lo exigen las construcciones dogmáticas del delito. Pero, más allá de esas elaboraciones, se trata también de impulsar una verdadera dogmática de la tasación de la pena,

¹³ Cfr. GALLEGO DÍAZ, *El sistema español*, p. 93.

¹⁴ Ídem.

¹⁵ Cfr. PAPINI, Giovanni, *Gog. El libro negro*, trad. de Mario Verdaguer, Círculo de Lectores, Barcelona, 1973, pp. 284 y ss.

cuyos principios posibiliten valorar de mejor manera el injusto y la culpabilidad del agente e imponer, de conformidad con ellos, la pena correspondiente en el caso concreto.

También, en quinto lugar, debe decirse que en esta tarea judicial –como en todas– se requiere de la más absoluta desprevenición, ecuanimidad y sobriedad en los juicios, para no caer en cuantificaciones penales abusivas o inhumanas, ridículas o insignificantes. La democracia real exige que los jueces, dotados de un inmenso poder, limiten los derechos fundamentales de la persona humana sólo en cuanto ello sea necesario y, por supuesto, dentro de los cánones propios del ideario liberal que la Constitución y la ley han señalado. Desde luego, esto no significa que el fallador se tenga que limitar a ser la boca que pronuncia las palabras de la ley en este ámbito, como lo dijera Montesquieu¹⁶, pues es evidente que él no sólo aplica el Derecho sino que también lo crea¹⁷. Ese margen de creación es el que debe estar sometido a severos controles para que deambule dentro de criterios de racionalidad y ponderación en el marco delineado por la Constitución y la ley¹⁸.

Además, en sexto lugar, si algo debe quedar claro es que urge debatir con profundidad todo el sistema de determinación de las penas con miras a tornarlas, de un lado, en un instrumento más eficaz en la lucha contra la criminalidad, y, del otro, sin que esto excluya lo primero, en un mecanismo respetuoso de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta tarea es todavía más urgente, cuando se piensa en las alambicadas construcciones legislativas confeccionadas por los legisladores –y las plasmadas en la legislación española así lo acreditan–, las que, por su complejidad, están llamadas a generar muchos dolores de cabeza entre los administradores de Justicia y los estudiosos.

Ese replanteamiento, en séptimo lugar, es todavía más urgente en el ámbito latinoamericano, si se tiene en cuenta que, a

¹⁶ Cfr. *El espíritu de las leyes*, t. I, traducción, notas y observaciones de Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906: "...los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor" (p. 237).

¹⁷ Cfr. BRUNS, *ob. cit.*, p. 1.

¹⁸ Véase ZIFFER, *Lineamientos*, p. 28; DEMETRIO CRESPO, *Prevención general*, p. 272.

diferencia de los sistemas de penas adoptados por los países europeos, cuyos textos legales hacen hincapié en los fines preventivos en este ámbito, en naciones como las nuestras los modelos penales siguen aferrados a las penas privativas de libertad de larga duración, y hacen muy pocas concesiones a nuevas especies de sanción e incluso a los sustitutivos penales, con lo que son mayores los riesgos que se corren de cara a la preservación de la seguridad jurídica. Lo anterior es producto de que en Latinoamérica resulta una constante el endurecimiento de penas como única herramienta de lucha contra la criminalidad, cuando no el endurecimiento de la detención preventiva, convertida en verdadera pena privativa de la libertad anticipada, amén de un instituto de alcances marcadamente inquisitivos¹⁹.

De la misma manera, en octavo lugar, el estudioso y el administrador de justicia deben ser muy cuidadosos a la hora de interpretar los textos legales en materia de determinación de la pena —sobre todo a raíz de las encrucijadas interpretativas que ellos generan—, para no caer en el equívoco de creer que los mismos se corresponden con la doctrina hispano-germana en este ámbito, sobre todo porque se trata de codificaciones y de sociedades bien distintas en las cuales la pena privativa de libertad tiene también alcances muy diferentes.

Sean cualesquiera las reflexiones que tan difícil asunto amerite, lo cierto es que esta investigación (que su autor prefiere, de forma modesta, llamar “un estado de la cuestión”) es de una valía innegable; y por ello está muy bien que —así hayan pasado 16 años desde su publicación original, durante los cuales se ha fortalecido y oxigenado el necesario debate— se difunda en el contexto latinoamericano donde, en atención a la poca o escasa circulación de la edición original, poco o nada se conoció por el público especializado.

Ahí queda, pues, en manos de los interesados esta obra fundamental que cualquier penalista o administrador de justicia compenetrado con el debate contemporáneo debe conocer y estudiar, sobre todo si aborda uno de los aspectos más olvidados del Derecho penal, esto es, otro de los “agujeros negros” del sistema penal por donde se cuelan todas las garantías y campea la más absoluta irracionalidad. En fin, como dijera Hassemer,

¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 776.

máxime si se trata de un tema que desde hace tiempo es “un muro de lamentaciones de los penalistas, tanto del campo de la ciencia como del foro”, “lo lamentable es que la dogmática de la determinación de la pena, es decir, la elaboración sistemática de los criterios establecidos por la ley, no haya alcanzado ni con mucho un grado de precisión y transparencia como el de la dogmática de los presupuestos de punibilidad...”²⁰.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Director del Departamento de Derecho Penal,
Universidad Sergio Arboleda

Medellín, 27 de noviembre de 2015.

²⁰ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 137-138.