

Universitat de Lleida

Individualización judicial de la pena y doctrinas de la pena

Jaime Rodolfo Ríos Arenaldi

Dipòsit Legal: L.405-2014

<http://hdl.handle.net/10803/131999>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

*“A Yacuelin,
mi compañera y amiga,
con infinito amor”*



Universitat de Lleida

Departamento de Derecho Público
Área de Derecho Penal

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y DOCTRINAS DE LA PENA

Tesis para optar al grado de Doctor
por la Universidad de Lleida

Jaime Rodolfo Ríos Arenaldi

**Director:
Dr. Josep M. Tamarit Sumalla**

Lleida, 1 de septiembre de 2013

Atendido el plano legal y teórico pertinente y mediante el análisis de sentencias por delitos graves y/o de connotación pública (v. gr., homicidio, violación, robo con violencia) en que es condenado un infractor adulto a pena privativa de libertad, esta Tesis pretende dilucidar, presupuesto que la imposición de sanción por sí importa retribución y prevención general positiva, correspondiendo considerar todos a efecto de fijar el quantum punitivo, cuál(es) fin(es) otro(s) que los antedichos el juez español y chileno tuvo en vista, determinándose la “tendencia” de las judicaturas.

En cuatro Capítulos, se tratan, entre otros, las doctrinas absolutas o retribucionistas, relativas o prevencionistas y mixtas o de la unión, o sea, los fines de retribución, prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial negativa y prevención especial positiva de la pena (capítulo I), la Jurisprudencia, los sistemas jurisprudenciales, el precedente judicial, la racionalidad de la decisión judicial (capítulo II), el catálogo penal español para personas naturales, la determinación legal y judicial de la pena, las sanciones aplicables a personas jurídicas y reglas para imponer aquéllas, el catálogo penal chileno para personas naturales, las reglas de determinación legal y judicial de la pena, las sanciones previstas para entes colectivos y regulación establecida para decretar aquéllas (capítulo III), precisándose en definitiva -con fallos que detalladamente se anexan-, planteado por qué toda condena importa retribución y prevención general positiva y cuándo el juez español y chileno dispuso pena privativa de libertad conforme la prevención especial positiva o, en su defecto, prevención especial negativa y, en su caso, prevención general negativa, y conocida la metodología empleada, la “tendencia” resultante en relación a los mentados fines (capítulo IV).

Atès el plànol legal i teòric pertinent i mitjançant l'anàlisi de sentències per delictes greus i/o de connotació pública (v. gr., homicidi, violació, robatori amb violència) en que és condemnat un infractor adult a pena privativa de llibertat, aquesta Tesi pretén esbrinar, pressuposant que la imposició de sanció per si mateixa comporta retribució i prevenció general positiva, a més considerar tots a efecte de fixar el quàntum punitiu, quin(s) fi(ns) a més dels anteriorment esmentats tenen en compte els jutges espanyols i xilens, determinant així la tendència de les respectives judicatures.

En quatre Capítols, es tracten, entre altres, les doctrines absolutes o de la retribució, relatives o de la prevenció i mixtes o de la unió, o sigui, les finalitats de retribució, prevenció general negativa, prevenció general positiva, prevenció especial negativa i prevenció especial positiva de la pena (capítol I); la Jurisprudència, els sistemes jurisprudencials, el precedent judicial, la racionalitat de la decisió judicial (capítol II); el catàleg penal espanyol per a persones naturals, la determinació legal i judicial de la pena, les sancions aplicables a persones jurídiques i regles per imposar-les, el catàleg penal xilè per a persones naturals, les regles de determinació legal i judicial de la pena, les sancions previstes per a ens col·lectius i regulació establerta per decretar aquelles (capítol III), i es planteja en definitiva -amb resolucions que detalladament s'annexen-, per què tota condemna suposa retribució i prevenció general positiva i quan el jutge espanyol i xilè imposa una pena privativa de llibertat d'acord amb la idea de prevenció especial positiva o, en defecte d'això, prevenció especial negativa i, si escau, prevenció general negativa, i coneguda la metodologia emprada, la “tendència” resultant en relació a les esmentades finalitats (capítol IV).

Considering the pertinent legal and theoretical perspectives, according to the sentences for grave crimes and / or of public notoriety (i.e., homicide, rape, and robbery) of condemned imprisoned adult offenders, this thesis aims to elucidate, presuppositions that every sanction imposed means retribution and general positive deterrence and having to estimate every purpose in fixating the quantum punitive, which purpose (s) other (s) than above mentioned the Spanish and Chilean judges had in mind, thus allowing to establish the judiciary " tendency ".

Within four chapters, addressed, among others, absolute or retributivists doctrines, relative, based on prevention rationales or mixed, that is to say, the purpose of retribution, general negative deterrence, general positive deterrence, negative special deterrence and positive special deterrence of punishment (chapter I), Jurisprudence, the jurisprudential systems, judicial precedent, and rational of judicial decision making (chapter II), the Spanish penal catalog for natural persons, the legal and judicial determination of punishment, the sanctions applicable to legal entities and norms to be applied, the Chilean penal catalog for natural persons, the legal and judicial determination of punishment, the foreseen sanctions applicable to collective legal entities and norms to be applied (chapter III), finally -resolutions that are annexed in detail- establishing, why every prison sentence matters with retribution and general positive deterrence and when the Spanish and Chilean judge ordered imprisonment considering positive special deterrence or, otherwise, negative special deterrence and, if appropriate, negative general deterrence, and the known methodology utilized, the resulting " tendency " to the mentioned purposes (chapter IV).

Índice

	Pág.
Abreviaturas	6
Introducción	9

Capítulo I “Las Doctrinas de la pena”

1.1. Del porqué doctrinas y no teorías de la pena	22
1.2. Pena y sanción	27
1.3. Medidas de Seguridad	35
1.4. La Reparación	56
1.5. Fundamentación, función y fines de la pena	74
1.5.1. Caracteres de la pena	80
1.5.2. Principios de la pena	82
1.6. Doctrinas de la pena	84
1.6.1. Doctrinas Absolutas o Retribucionistas	88
1.6.2. Doctrinas Relativas o Prevencionistas	102
1.6.2.1. Prevención General Negativa	105
1.6.2.2. Prevención General Positiva	111
1.6.2.3. Prevención Especial Negativa	126
1.6.2.4. Prevención Especial Positiva	134
1.6.3. Doctrinas Mixtas o de la Unión	137
1.7. Insuficiencias de las Doctrinas	141
1.8. Doctrinas de la pena y legislación española	147
1.9. Doctrinas de la pena y legislación chilena	184
1.10. Antinomias entre fines de la pena y vías de solución posibles	191
Conclusión del Capítulo	208

Capítulo II “La Jurisprudencia”

Introducción	213
2.1. Las diversas acepciones y conceptos de la Jurisprudencia	215
2.2. Sistemas Jurisprudenciales	225
2.2.1. Sistema Continental o Normativista	227
2.2.2. Sistema Anglosajón o Judicialista	234
2.2.2.1. El Common Law en Inglaterra	237
2.2.2.2. El Common Law en Estados Unidos	245
2.3. El precedente judicial	251
2.3.1. El precedente judicial en España en Tribunales ordinarios de Justicia	261
2.3.2. El precedente judicial en Chile en Tribunales ordinarios de Justicia	271
2.4. Algunas valoraciones de la Ciencia Jurídica y su incidencia en la interpretación del Derecho	282
2.4.1. Escuela del Derecho Libre	283
2.4.2. Realismo Jurídico	292
2.4.3. Jurisprudencia de Conceptos	297
2.4.4. Jurisprudencia de Intereses	301
2.4.5. Jurisprudencia de Valores	305
2.5. La Jurisprudencia y las fuentes del Derecho	307
2.6. Jurisprudencia y conceptos jurídicos indeterminados	324

2.7. La Racionalidad de la decisión Judicial	334
2.8. La Jurisprudencia y el Tribunal Constitucional en el Derecho español y chileno	360
Conclusión del Capítulo	381

Capítulo III

“El Sistema de penas en el Derecho penal de España y de Chile”

Introducción	383
3.1. Sistemas de determinación de la pena	385
3.1.1. Aspectos generales del Sistema de determinación de la pena en España	389
3.1.2. Aspectos generales del Sistema de determinación de la pena en Chile	392
3.1.3. Teorías de la individualización judicial de la pena	394
3.1.3.1. Teoría de la pena exacta o puntual	394
3.1.3.2. Teoría del espacio de juego	395
3.1.3.3. Teoría del acto de gestación social	397
3.1.3.4. Teoría del valor jerárquico del empleo	397
3.1.3.5. Teoría de la proporcionalidad con el hecho	399
3.1.3.6. Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho	399
3.2. La pena en la legislación española	401
3.2.1. Penas privativas de libertad	402
3.2.2. Penas privativas de (otros) derechos	407
3.2.3. Pena de multa	431
3.2.4. Penas accesorias	434
3.2.5. Clasificación de la pena en función de su naturaleza y duración	450
3.3. Determinación de la pena	451
3.3.1. Determinación legal de la pena	455
3.3.1.1. Sistema de marcos penales o pena abstracta del tipo	457
3.3.1.2. Determinación cualitativa de la pena por grado de ejecución del delito	467
3.3.1.3. Determinación cualitativa de la pena por la forma de intervención en el delito	469
3.3.1.4. Determinación cualitativa de la pena por concurrencia de causas de eficacia extraordinaria	471
3.3.1.5. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de circunstancia(s) ordinaria(s) modificativa(s) de la responsabilidad penal	473
3.3.2. Determinación judicial de la pena	477
3.3.2.1. Reglas especiales de determinación de la pena	481
3.3.2.1.1. Determinación de la pena de multa	482
3.3.2.1.2. Determinación de la pena en las faltas	483
3.3.2.1.3. Determinación de la pena en los delitos imprudentes	484
3.3.2.1.4. Determinación de la pena en concurso de delitos	484
3.3.2.1.4.1. Determinación de la pena en concurso real	485
3.3.2.1.4.2. Determinación de la pena en concurso ideal	486
3.3.2.1.4.3. Determinación de la pena en delito continuado	486
3.3.2.1.4.4. Determinación de la pena en delito masa	487
3.4. Penas aplicables a las personas jurídicas	488
3.4.1. Reglas para la aplicación de la pena a las personas jurídicas	502
3.5. La pena en la legislación chilena	508
3.5.1. Penas de crímenes	514
3.5.2. Penas de simples delitos	526
3.5.3. Penas de faltas	532
3.5.4. Penas comunes a crímenes, simples delitos y faltas	533
3.5.5. Penas accesorias	535
3.5.6. Pena sustitutiva por vía de conversión de la multa	539

3.6. Determinación de la pena	541
3.6.1. Determinación legal de la pena	542
3.6.1.1. Pena asignada al delito	543
3.6.1.2. Determinación cualitativa de la pena por concurrencia de causas de eficacia extraordinaria o “circunstancias calificantes o privilegiantes especiales” que alteran la pena prevista por la ley para el delito	543
3.6.1.3. Forma de realizar aumentos y rebajas del marco penal	547
3.6.1.4. Determinación cualitativa de la pena por grado de ejecución del delito	553
3.6.1.5. Determinación cualitativa de la pena por situación de concurso ideal o medial de delitos	554
3.6.1.6. Determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito	555
a. Regla especial de determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito: encubrimiento por favorecimiento personal habitual	557
b. Regla especial de determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito: encubrimiento por favorecimiento personal no habitual (excepción aparente)	557
3.6.1.7. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de circunstancia(s) ordinaria(s) modificatoria(s) de la responsabilidad penal: Atenuante(s) o Agravante(s)	558
a. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito es un grado de una divisible	563
b. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito es un grado de una divisible	566
c. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito consta de dos o más grados	567
d. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito consta de dos o más grados	568
e. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito es una indivisible	568
f. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito es una indivisible	569
g. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles	569
h. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles	569
i. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de una atenuante muy calificada	570
j. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito es un grado de una divisible	573
k. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más agravantes y pena asignada al delito es un grado de una divisible	573
l. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito consta de dos o más grados	574
m. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más agravantes y pena asignada al delito consta de dos o más grados	574
n. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de agravante (s) y pena asignada al delito es una indivisible	575
ñ. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles	575
3.6.2. Determinación judicial de la pena	576
3.6.3. Determinación judicial de la pena de multa	578

3.7. Penas aplicables a las personas jurídicas	580
3.7.1. Penas de crímenes y de simples delitos de las personas jurídicas	585
3.7.2. Penas accesorias de las personas jurídicas	585
3.7.3. Determinación de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	586
3.7.3.1. Determinación legal de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	586
3.7.3.1.1. Determinación cuantitativa de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	587
3.7.3.1.1.1. Determinación cuantitativa de la pena de crimen en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	588
a. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo una atenuante y ninguna agravante	588
b. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante	588
c. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo agravante única que prevé la ley y ninguna atenuante	588
3.7.3.1.1.2. Determinación cuantitativa de la pena de simple delito en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	589
a. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo una sola atenuante y ninguna agravante	589
b. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante	589
c. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo agravante única que prevé la ley y ninguna atenuante	589
3.7.4. Determinación judicial de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	589
3.8. Reflexiones acerca de los sistemas de penas español y chileno	591
Conclusión del Capítulo	600

Capítulo IV

“Los fines de la pena en su individualización judicial en España y en Chile”

4.1. Planteamiento de la investigación	602
4.2. Metodología	618
4.3. Resultados de la investigación	623
Conclusión del Capítulo	650
Conclusiones	655
Bibliografía	670
Anexos:	717
Anexo I: Sentencias españolas y chilenas muestra de doctrinas de la pena	
Anexo II: Las doctrinas de la pena en las sentencias españolas y chilenas	
Anexo III: Estadísticas sentencias muestra de doctrinas de la pena	
Anexo IV: Índice de sentencias muestra de doctrinas de la pena	

Abreviaturas

<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
A.	Artículo [de Revista, periódico, etc.]
Art. / art.	artículo
AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CA	Corte de Apelaciones
Cap[s]. / cap[s].	Capítulo[s]
CRS	Centro de Reinserción Social [de Gendarmería de Chile]
cit.	citado[s]
Cc	Código Civil
CcCh	Código Civil de Chile
CcE	Código Civil de España
CcIt.	Código Civil de Italia
CcP	Código Civil de Portugal
CcS	Código Civil de Suiza
CjmCh	Código de Justicia Militar de Chile
Cot	Código Orgánico de Tribunales [Chile]
Cp	Código Penal
CpCh	Código Penal de Chile
CpC	Código Penal de Colombia
CpE	Código Penal de España
CpF	Código Penal de Francia
CpP	Código Penal de Portugal
CpPR	Código Penal de Puerto Rico
Cprp	Código de Procedimiento Penal [Chile]
CpcCh	Código de Procedimiento Civil de Chile
Cpp	Código Procesal Penal [Chile]
CtCh	Código del Trabajo de Chile
cfr.	confróntese, compárese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CUE	Consejo de la Unión Europea
C.	Considerando
C.j.	Considerando jurídico
CE	Constitución Española
CCh	Constitución Política de la República de Chile
CIt.	Constitución de la República Italiana
CM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPort.	Constitución de la República Portuguesa
CPR	Constitución Política del Estado Libre Asociado de Puerto Rico
CGR	Contraloría General de la República [Chile]
Coord[s].	Coordinador[es]
CA	Corte de Apelaciones
CS	Corte Suprema
<i>CuCGPJ</i>	<i>Cuadernos Consejo General del Poder Judicial</i>
<i>CPC</i>	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
DFL	Decreto Fuerza Ley
DL	Decreto Ley
DS	Decreto Supremo
DO	Diario Oficial

Dir[s].	Director[es]
<i>DPC</i>	<i>Diritto Penale Contemporaneo</i>
Ed[s].	Editor/a[es]
ed.	edición
<i>ERAE</i>	<i>Emblemata Revista Aragonesa de Emblemática</i>
<i>et al.</i>	otros autores
fasc.	fascículo
f.a.	fecha aproximada
F.j.	Fundamento jurídico [en Chile, Considerando jurídico]
<i>G</i>	<i>Gaceta de los Tribunales</i>
<i>GJ</i>	<i>Gaceta Jurídica</i>
<i>ibid.</i>	en el mismo lugar [misma obra y misma página]
inc[s].	inciso[s]
<i>infra</i>	más adelante
JCr	Juzgado del Crimen
JG	Juzgado de Garantía
JL	Juzgado de Letras
JLG	Juzgado de Letras y Garantía
JP	Juzgado en lo Penal
L	Ley
Lib.	Libro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTIC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOCTC	Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional
MF	Ministerio Fiscal [España]
MP	Ministerio Público [Chile]
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N° / n° / núm. / num.	número
Of.	Oficio
<i>op. cit.</i>	obra citada
p[p].	página[s]
§[§]	parágrafo[s]
párr.	párrafo
<i>Polít. Crim</i>	<i>Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales</i>
P. ej. / p. ej.	por ejemplo
PL	Proyecto de Ley
RDL	Real Decreto Legislativo
<i>R</i>	<i>Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales</i>
<i>RDPUCV</i>	<i>Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso</i>
<i>RCP</i>	<i>Revista de Ciencias Penales</i>
<i>ReCrim</i>	<i>Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penales de la Universitat de València</i>
<i>RECPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
<i>REIC</i>	<i>Revista Española de Investigación Criminológica</i>
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Penitenciarios</i>
<i>RGDP</i>	<i>Revista General de Derecho Penal</i>
<i>RIPJ</i>	<i>Revista Internauta de Práctica Jurídica</i>

<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>RPJ</i>	<i>Revista del Poder Judicial</i>
RIT	Rol Interno Tribunal [Chile]
RUC	Rol Único de Causa [Chile]
sem.	semestre
Sec. / sec.	sección
S[S]	sentencia[s]
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCA	Sentencia Corte de Apelaciones
SCS	Sentencia Corte Suprema
SJCr	Sentencia Juzgado del Crimen
SJLG	Sentencia Juzgado de Letras y Garantía
SJG	Sentencia Juzgado de Garantía
SJM	Sentencia Juzgado de Menores
SJP	Sentencia Juzgado en lo Penal
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STJ	Sentencia Tribunal del Jurado
STJOP	Sentencia Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
STS	Sentencia Tribunal Supremo
sg[s].	siguiente[s]
sic	así
<i>sine data</i>	sin año ni lugar de edición
s.f.	sin fecha
s.l.	sin lugar de edición
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i> [Cp Alemania]
<i>supra</i>	más atrás en / arriba
Tít. / tít.	título
T. / t.	tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCCh	Tribunal Constitucional de Chile
TCE	Tribunal Constitucional de España
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJOP	Tribunal de Juicio Oral en lo Penal
TJ	Tribunal del Jurado
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
VV.AA.	varios autores
<i>vid.</i>	ver, véase
vol.	volumen

Introducción

El objeto de la Tesis, en relación a adultos que cometen infracciones graves y/o de connotación pública (p. ej., homicidio, violación, robo violento), mediando condena a sanción privativa de libertad, correspondiendo considerarlas todas para la individualización judicial, es determinar qué doctrina(s) de la pena o pena criminal¹, esto es, fin de retribución, de prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial negativa y prevención especial positiva que se atribuyen a aquélla en el sistema continental o normativista, los jueces españoles y chilenos, pertenecientes a dicho sistema, al efecto tuvieron en vista, por tanto la “tendencia” -teniendo presente ser materialmente imposible acceder a todas las resoluciones- de estas judicaturas en un mismo tipo de delito², lo que permitiría pronosticar relativamente la situación de quien más tarde sea juzgado y estimado responsable.

Identificado el marco penal pertinente, conforme a las reglas que prevé la ley (v. gr., *iter criminis*, circunstancias modificativas de responsabilidad penal), y sin perjuicio de la dogmática de la teoría del delito³ (v. gr., culpabilidad,

¹ Así, p. ej., MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 1, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* (C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 7. Auflage, 1987). Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique. Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994, p. 8, quienes señalan que «Las penas reservadas al derecho penal se denominan *penas criminales* [...] La pena criminal se distingue, tanto en sus presupuestos como en su esencia, de las penas o de las intervenciones similares a la pena, propias de otras ramas del derecho; la pena criminal es la expresión de un juicio ético de desvalor».

² La expresión comprende, en su caso y contexto, *delito* y *falta*, o sea, una acción u omisión dolosa o imprudente penada por la Ley (art. 10 CpE), genéricamente *infracciones* y pudiendo ser aquél grave o menos grave (art. 13 CpE), ya *delito* y *cuasidelito*, acción u omisión voluntaria penada por la ley cometida, respectivamente, con dolo o culpa, los que, atendida su gravedad, se dividen en *crímenes*, *simples delitos* y *faltas* y se califican de tales conforme la pena asignada en la correspondiente Escala General (arts. 1, 2, 3 y 4 CpCh).

³ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”. *InDret*. 2 (2007), pp. 1-15, p. 3, señala que no es posible dudar que el desigual desarrollo de la teoría del delito y la teoría de la determinación de la pena se debe, en parte, a que, para un importante sector de la doctrina, la individualización judicial de la pena no se relaciona con el sistema de la teoría del delito sino que, al contrario, con las teorías de la pena, es decir, se supone que la determinación de la medida de la pena para un hecho concreto ha de tener lugar recurriendo directamente a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con tal hecho, y se

error), se trata de comprobar si nuestros jueces un mismo acto delictivo, por los mentados fines, lo sancionan, en general, con una medida de castigo igual o muy parecida, lo que no es irrelevante si priva de libertad la pena impuesta, más aún si ésta en el Ordenamiento español, según prescribe el art. 25.2 de su Constitución Política, ha de ejecutarse orientada hacia la reeducación y reinserción social del penado, pauta que sería vana si por la concreta gravedad del hecho y/o peligrosidad del infractor (v. gr., un delincuente sexual⁴, quien no sería alguien que se inhibe ante la conminación penal ni está llano a “resocializarse” posteriormente⁵) los que juzgan tienden a hacerlo acorde a la prevención especial negativa y/o prevención general negativa⁶, implícito ciertamente en toda condena la vigencia de la norma (prevención

admite, a lo sumo, que la valoración retrospectiva de los elementos del suceso concreto se considere como un elemento más junto a aquellos otros. (A. en: http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf [visitado el 15/07/2008])

⁴ Por tal riesgo de daño, por ejemplo en Francia, aprobado por el Parlamento el 7 de febrero de 2008 la ley sobre «*rétenion de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*», el 21 de febrero de 2008, el Consejo Constitucional (Decisión n° 2008-562) avaló la constitucionalidad de la misma, la que prevé encerrar en un centro especial a los condenados por delitos graves -a más de 15 años- una vez que han purgado su pena y si se considera que siguen siendo un peligro, normativa que, pensada especialmente para elincuentes sexuales, puede aplicarse de forma retroactiva bajo determinadas condiciones. Previamente, en el mundo anglosajón y a comienzos de los años 90 del siglo pasado, específicamente en Estados Unidos, se aprueban, progresivamente, en casi todos los Estados, las denominadas *Sexual Violent Predators-Laws*, pionero en ello el Estado de Washington, que en 1990 aprobó la *Community Protection Act* y que estableció, a más de crear registros para delincuentes sexuales, la medida denominada *civil commitment* o *involuntary commitment*, instrumento que permite que el delincuente sexual que cumplió su condena siga privado de libertad por su peligrosidad para la comunidad, por un tiempo indeterminado y hasta que deje de representar un peligro para aquélla. En Inglaterra, con base en la ideología de la “*incapacitation*“, se establece la *Criminal Justice Act*, en 1991, la que, en la *Criminal Justice Act*, de 2003, da lugar a que, si se cometen dos delitos sexuales y hay riesgo de repetición a futuro, se imponga una *extended sentence*, por la que el individuo es sometido a un período de seguridad cumplida la condena, o bien una *indeterminate sentence*, que se prevé para los supuestos más graves y que importa una *sentence for public protection*, cuya duración mínima no puede ser menor a 10 años, o una *life sentence* o cadena perpetua.

⁵ P. ej., en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica, de 14 de noviembre de 2008, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se señala que «en los casos de delincuentes sexuales [...] las características de los hechos revelan [...] una especial peligrosidad por parte de los autores y una gran dificultad en su tratamiento».

⁶ Por supuesto, podrán hallarse sentencias en línea divergente, en que se resuelve con criterio fundamentalmente preventivo especial positivo, llegando hasta antagonizar con la respectiva política criminal y obligando -como ocurrió en Chile- a volver a legislar. Justamente, como consigna el Oficio FN N° 061, de 28 de enero de 2005, de la Fiscalía de Chile (*Boletín del Ministerio Público*, N° 22, marzo 2005, pp. 187-194, p. 187), la Ley 19.927, de 14 de enero de 2004, introduce una serie de modificaciones en el CpCh, en el CppCh y otras leyes sobre delitos sexuales, siendo modificado el marco penal de la mayoría de estos delitos obedeciendo, a una crítica de los autores de la moción, a la tendencia jurisprudencial de aplicar, en cada caso, el mínimo de la pena, con lo que conductas merecedoras a juicio del legislador de un mayor reproche social se sancionaban con una pena insignificante. [*Boletín* disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/RepositorioMinpu/Archivos/Minpu/boletin22.pdf>]

general positiva) así como un mal consecuencia y en medida del de la ruptura de la convivencia social (retribución⁷).

Es inadecuada una jurisdicción ejercida de forma casi “mecánica”, o sea, que el razonamiento judicial se conciba como un proceso autónomo de deducción lógica pura, básicamente a partir de premisas inmutables, cuales son las normas jurídicas y los hechos que se dan por probados, de modo que la tarea a realizar sea sólo un simple silogismo, ya que, si así fuere, los jueces serían solamente, como exponía MONTESQUIEU, «la boca por donde habla la ley»⁸. Más apropiado es que quien juzga y condena, siempre apegado a la ley, consiga un resultado socialmente práctico: una pena justa y útil. También puede suceder que un delito tenga prevista una pena que el propio sentenciador estime por lo menos “inútil”, como cuando se está ante un comportamiento con el que la sociedad puede perfectamente convivir, siéndole por último relativamente tolerable, por lo que es factible afirmar que se le pune sólo por motivos esencial y estrictamente morales, como sería el caso de la sodomía⁹ y del incesto, a 31 de agosto de 2013 todavía delitos en

⁷ Como señala CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. ampliada. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 65, con arreglo a la teoría de la retribución, la pena, un mal irrogado al autor de un injusto, éste posible de reproche por ser una decisión contraria a los mandatos y prohibiciones legales, es la consecuencia de una conducta culpable, en la cual no sólo se funda sino que, además, constituye la medida de la que se impondrá.

⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *El Espíritu de las Leyes*. Traducido por GARCÍA DEL MAZO, Siro. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906, p. 237.

⁹ El sustento exclusivamente moral en Chile de esta infracción queda de manifiesto en que teniendo ella por objeto impedir la corrupción de menores, resguardando la honestidad sexual, castigándose por ende el acceso carnal a un menor de dieciocho años del mismo sexo, sin que medien las circunstancias de los delitos de violación o el estupro, por lo que el sujeto pasivo es un joven mayor de catorce años, no obstante, no se ha tipificado, ni hay traza alguna de hacerlo, la relación lésbica voluntaria con menor de edad mayor de catorce años. El tinte moral del delito en cuestión queda claro en la discusión parlamentaria de la Ley 19.617, de 12 de julio de 1999, por la que se modifica el texto punitivo y establece la redacción actual del art. 365, en que, para ejemplificar, el Diputado Claudio Rodríguez indica que «[...] la despenalización del delito de sodomía, sobre la base de consideraciones tales como "cuya lesividad es socialmente inexistente" o que "no existe un bien jurídicamente protegido", resulta altamente riesgoso para nuestra sociedad. Su despenalización, basada en criterios pragmáticos, puede abrir una puerta para la aceptación social de conductas contrarias al orden natural e institucionalizar situaciones aberrantes. [...] la sociedad chilena se ha inspirado desde siempre en los valores de la doctrina cristiana, [...] nuestro ordenamiento constitucional, al establecer a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, ha partido de ese supuesto. [...], si dentro del delito de violación sancionamos los actos violatorios cometidos contra natura, parece ilógico que se legitimen los otros cuando existe consentimiento de parte de ambos involucrados. [...] el principio de libertad sexual que estamos defendiendo, al igual que toda libertad, reconoce limitaciones, las cuales no deben ni pueden ser desconocidas por el propio ordenamiento jurídico. Si bien [...] toda persona es libre

Chile, arts. 365 y 375 Cp, respectivamente, lo mismo que en Alemania el último, § 173 StGB¹⁰, pudiendo consiguientemente el juez internamente registrarlo como socialmente admisible y acudir entonces a un determinado fin de la pena, como ser la prevención especial positiva, para imponer ya la sanción en su mínimo o sumamente próximo a éste. Y, al contrario, no es aventurado suponer que muchos jueces comparten el repudio general que despierta un delito muy grave y/o cuyo autor aparece o impresiona como “peligroso”, obrando por lo tanto conforme a ese rechazo. A modo de ejemplo, con penas impuestas y para efectos de goce de beneficios penitenciarios, el Tribunal Supremo español, al menos tratándose de delitos terroristas o de agresiones sexuales, ha estado haciendo primar un criterio de prevención especial negativa, acentuando la prevención general positiva propia de toda imposición de condena, en desmedro de la prevención especial positiva, lo que queda en evidencia en la S 197/2006, de 28 de febrero - conocida como la doctrina “Parot”-, que, acogiendo la petición del recurrente (el etarra Henri Parot Navarro) y determinando que todas las penas impuestas se acumulan en una y no en dos como resolvió la Audiencia Nacional (26 de abril de 2005), de modo que el período máximo de 30 años de prisión a cumplirse es sólo uno, decreta que todas las penas se cumplirán de manera sucesiva y con la aplicación individualizada a cada una de ellas de los beneficios penitenciarios y no respecto a dicho tiempo máximo de cumplimiento¹¹.

para desarrollar su actividad sexual, esa libertad rige en la medida en que los actos ejecutados no se aparten de los cauces ni de las finalidades que la propia naturaleza asigna a los actos de significación sexual. Ignorar esas limitaciones significa desconocer el concepto mismo de la libertad».

¹⁰ «**Beischlaf zwischen Verwandten**

(1) Wer mit einem leiblichen Abkömmling den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer mit einem leiblichen Verwandten aufsteigender Linie den Beischlaf vollzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft; dies gilt auch dann, wenn das Verwandtschaftsverhältnis erloschen ist. Ebenso werden leibliche Geschwister bestraft, die miteinander den Beischlaf vollziehen.

(3) Abkömmlinge und Geschwister werden nicht nach dieser Vorschrift bestraft, wenn sie zur Zeit der Tat noch nicht achtzehn Jahre alt waren».

¹¹ Según expone el TS en esta sentencia 197/2006, de 28 de febrero, F.j. 3 [párr. 4], Recurso de casación, N° Roj: 753/2006, la pena tiene un doble componente, dada sus especiales características, cuales son la finalidad resocializadora que toda pena comporta y la finalidad aflictiva (prevención especial) que está

Los jueces españoles y chilenos desarrollan su quehacer conforme al modelo de la *res iudicata* y la autoridad de sus decisiones se basa en una irrenunciable sumisión a la ley y no en el uso judicial o reiteración de una doctrina determinada. El Derecho¹² al que estos magistrados están sometidos y aplican no es *ideacional*, en que el código jurídico se considera dado por Dios o el Absoluto y por lo cual el Ordenamiento es siempre en gran parte *ius divinum* o *sacrum*¹³, tampoco es *idealista*, sino que es un Derecho *sensitivo*, cuya meta es exclusivamente utilitaria, esto es, que persigue fines tales como la seguridad de la vida, la tranquilidad de la propiedad y la posesión, la paz y

inserta en las razones de política criminal que el legislador ha considerado para incluir el injusto en la ley penal y que justifica su existencia misma (STS 1807/2001, de 30 de octubre), no siendo la reinserción social una finalidad absoluta de las penas privativas de libertad establecida constitucionalmente sino que se trata de una orientación que armoniza con otras finalidades de la pena y con la exigencia de justicia que prevé el artículo 1 de la Carta, de lo que se deriva que no cabe renunciar sin más a la prevención general, dentro de límites compatibles con el principio de proporcionalidad, ni tampoco a la prevención especial frente al propio sujeto que exterioriza una comprobada tendencia al delito (STS 1919/2001, de 26 de octubre). Aunque concierne al tiempo posterior al de individualización judicial de la pena, es significativa esta “opción” del Supremo hispano, la mencionada doctrina “Parot”, ya que importa retardar considerablemente la vuelta a la calle, acentuándose en extremo la prevención especial negativa, de paso reforzándose la prevención general, lo cual para este tipo de ilícitos está, además, constituyendo una “tendencia”, como lo demuestra, para ejemplificar, el caso del llamado “violador del ascensor” (P. L. G.), condenado a 378 años de prisión por 18 violaciones y dos asesinatos, a quien la Audiencia Provincial de Burgos le aplicó esta doctrina (18 de septiembre de 2008), lo que trae consigo, juzgado bajo el antiguo Cp y por lo que podía obtener el tercer grado penitenciario y quedar en libertad en diciembre del 2008 después de 16 años de cumplimiento, que únicamente podría salir de la cárcel en noviembre de 2022. Esta sentencia la confirmó el 11 de diciembre de 2008 el TS, el cual en noviembre del mismo año aplicó la doctrina en cuestión al denominado “violador de la Vall d’Hebrón” (J. R. S.), quien tuvo que volver a la cárcel, de la que había salido el año 2007 cumplido 16 de los 311 años de prisión impuestos. Pero, cual tendencia, la doctrina Parot no es ajena a excepción, y de ello da cuenta la Audiencia Provincial de Madrid (noticia en diario La Vanguardia [www.lavanguardia.es], 19 de noviembre de 2009) mediante sentencia por la que condena a Isaac P.C., más conocido como *el violador del búho*, a un total de 243 años y medio de prisión por 17 delitos de violación, una agresión sexual, cuatro robos con violencia e intimidación, un delito de lesiones y una falta de lesiones, señalando la Sección Decimosexta que fija como pena a aplicar la de cuarenta años y seis meses a efectos de máximo cumplimiento, precisando la Sala que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refiere a la pena de 40 años y seis meses de cárcel, de modo que la Audiencia rechaza aplicarle la *doctrina Parot*, tal y como habían solicitado las defensas de varias de las víctimas.

¹² En este punto se procura, al máximo, seguir a ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*. Alicante: ECU, 2000, pp. 161-163, en el sentido que, como él señala, el término “Derecho” es, de manera muy patente, ambiguo, y para evitar confusiones, en castellano, convendría escribir la palabra con mayúscula (‘Derecho’) para designar el concepto de Derecho objetivo, el Derecho como conjunto de normas, y con minúscula (‘derecho’) para designar el contenido, y ello no obstante que esta convención, vigente hasta no hace mucho tiempo, se está perdiendo y hoy se suele escribir la palabra siempre con minúscula.

¹³ Muestra típica de este código de Derecho, p. ej., en *Deut. 4.1-2*: «Y ahora Israel, escucha los preceptos y las leyes que yo les enseño para que las pongan en práctica. Así ustedes vivirán y entrarán a tomar posesión de la tierra que les da el Señor, el Dios de sus padres. No añadan ni quiten nada de lo que yo les ordeno. Observen los mandamientos del Señor, su Dios, tal como yo se los prescribo».

el orden, la felicidad y el bienestar de la sociedad en general¹⁴; un Derecho que no pretende la expiación sino la vindicta, la reeducación del culpable, la seguridad de la sociedad u otros objetivos utilitarios similares, y el gobierno que establece e impone ese código es secular, se apoya en el poder militar o físico, en la riqueza o talento, o en el mandato del electorado¹⁵, pudiendo verse así que son descatalogados criminalmente, por mencionar, la blasfemia, la apostasía, la herejía, la brujería y -más reciente- el adulterio.

La interpretación en base a la cual el juez condena es una actividad práctica cuyo diseño obedece a generar de un modo efectivo amenazas y actos de violencia institucionalizada reales creíbles, teniendo cada país sus propias reglas de determinación de pena, las que, cumplidos los demás requisitos legales (v. gr., estimación de la gravedad de la culpabilidad¹⁶ y principio de proporcionalidad¹⁷), posibilitan un marco sancionatorio inamovible sólo que

¹⁴ Ejemplo se encuentra en las mismas Constituciones Políticas, como la española, que, a través de su art. 9.2, encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida social, económica, cultural, etc., e igual la chilena, que estatuye, en su art. 1 inc. 4 que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible.

¹⁵ Cfr. SOROKIN, Pitrim A. *Sociedad, Cultura y Personalidad: su estructura y su dinámica*. Título original: *Society, Culture and Personality: their structure and dynamics* (Casa Editorial Harper & Brothers Publishers, Nueva York y Londres). Traducción de DEL CAMPO, Aníbal. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1962, pp. 991-996

¹⁶ STS 2493/1991, de 5 de julio (F.j. 1 y único), N° Roj: 7555/1991: «[...] es equivocado afirmar que el límite de la culpabilidad por el hecho en cada caso concreto viene dado por la pena legalmente impuesta en cada precepto de la parte especial. Este punto de vista no toma en cuenta la necesaria diferencia que existe entre la individualización legislativa (obligadamente abstracta, carente de vínculo con un sujeto concreto) y la individualización judicial (en relación esencial al autor de un delito determinado. El marco penal establecido por el legislador, en tanto refiere la amenaza a todos, no puede tener en cuenta el grado de reprochabilidad que merece cada autor por el hecho cometido [...] la culpabilidad por el hecho es la culpabilidad de un autor concreto, respecto de cuya sanción el Tribunal deberá establecer la cantidad de pena, dentro del marco penal establecido en el precepto legal por el Legislador, pero no más allá de su específica reprochabilidad por el hecho cometido».

¹⁷ STC 136/1999, de 20 de julio (F.j. 22), Recurso de amparo, Número de registro: 5459/1997: «[...] es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad. [...] en numerosas Sentencias [...] se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza [...] En materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos 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 (desproporción en sentido estricto)».

la medida exacta del castigo puede variar ostensiblemente según el fin de la pena que se tenga en vista, el que es sumamente trascendente si se establecen sanciones alternativas o se permite suspender o sustituir la que procede decretar.

La discrecionalidad judicial es reglada pero su margen de operación es suficientemente significativo como para indagarla y advertir la realidad que genera, sobre todo si la pena es privativa de libertad, en que un día más o uno menos de cárcel en el existir de una persona no es baladí. En España, la orientación del art. 25.2 de la Carta sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, que introduce el concepto de “resocialización”, expresa la prevención especial, por lo cual, con marco legal concreto apreciable, por ser 10 a 15 años de prisión por un delito consumado de homicidio sin concurrir circunstancias modificativas [en Chile nominadas por doctrina y jurisprudencia “modificadoras”], por lo grave del hecho, el juez podría estimar, al tenor de la norma fundamental, que tal prevención es únicamente para después que él resuelva y que nada impide hacerlo considerando, una o más, la prevención general intimidatoria, la prevención especial negativa -coincidente con la interpretación que del precepto constitucional en cuestión ha hecho el TS¹⁸, incluso el TC¹⁹-, pudiendo en consecuencia fijar la pena en su máximo o a tal muy próximo. Al revés, otro juez podría entender que el cometido de resocialización que ordena el art. 25.2 CE es ilusorio si la sanción se determina en su extremo superior o en la cercanía del mismo y por ello opta aplicarla en el mínimo obligado o lindante a tal, con miras a no

¹⁸ Vid. *infra* Cap. I 1.8. *Doctrinas de la pena y legislación española* y n. 506.

¹⁹ Así, p. ej., la STC 150/1991, de 4 de julio, [F.j. 4.b)], Cuestiones de inconstitucionalidad, Número de registro: 1407/1989, que refiere que el art. 25.2 de la Carta es una disposición que no hace de la prevención especial la única finalidad de la pena ni se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyen una finalidad legítima de la pena, aparte que no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Carta ni tampoco, de entre los posibles (v. gr., prevención general, prevención especial, retribución, reinserción), prefiere por una concreta función de la pena en el Derecho penal, o sea, se trata de una norma que sólo contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad y no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de este tipo de pena.

resultar el ofensor impermeable al tratamiento preventivo especial por haberse destruido su personalidad por el largo encierro, y criterio de prevención especial positiva que, por otro lado, en un momento ha estado presente en la deliberación del TS²⁰.

La tarea perseguida se revela mejor exponiendo algunas resoluciones, cuyas condenas demuestran que existe un cierto e importante espacio de arbitrio y que se contemplan, implícita o explícitamente, las doctrinas de la pena, siendo trascendente no sólo lo que “dice” el Tribunal sino cuál es, en lo sustantivo, el resultado de lo dispuesto, toda vez que generalmente no hay referencia acerca de la(s) doctrina(s) estimada(s) en el dictamen de ser el acusado culpable y responsable criminalmente. Efectivamente, con incuestionable margen, indispensable para mantener la humanización de la justicia y evitar métodos automáticos de determinación de la pena sin reparar en toda la riqueza de matices del hecho y del sujeto, y que la ley por su generalidad no puede prever, con delito de parricidio²¹, punido con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (art. 390 CpCh), el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Linares, Chile, abiertamente falla acorde la prevención especial positiva, afectando formidablemente la prevención especial negativa y decayendo la prevención general intimidatoria, condenando a 5 años de presidio menor en su grado máximo y otorgando el beneficio de la libertad vigilada, porque «La prisión sanciona al delincuente en una variedad de formas que van mucho más allá del simple hecho del encarcelamiento [...] la mayoría de las prisiones dañan más al preso de lo que lo ayuda [...] Si pensamos en el estigma, hacinamiento, promiscuidad, pérdida absoluta de privacidad, miedo, olvido, nostalgia, angustia, abstinencia sexual [...] en definitiva, la cárcel genera un código

²⁰ Vid. *infra* Cap. I 1.8. *Doctrinas de la pena y legislación española* y n. 502.

²¹ El Artículo 1.6) de la Ley 20.480 (DO 18/12/2010) modificó el art. 390 Cp incorporando como sujetos pasivos al ex cónyuge o conviviente del autor (inc. 1) y denominando el delito como “femicidio” si alguno de aquéllos es mujer (inc. 2).

contracultural»²². A la inversa [es sí infracción penal adolescente, fuera del análisis acometido], con delito de homicidio, la CA de Santiago renuncia a la prevención especial positiva en aras de la prevención general y prevención especial negativa -inocuidación-, y confirmando SJG (8°) Santiago [10/11/2008], que impuso al autor, respecto de quien concurren sólo las atenuantes de irreprochable conducta anterior y de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, 2 años de internación en régimen semicerrado, con programa de reinserción social (internación nocturna), declara que (C.j. 6) la pena se eleva a 3 años y 1 día de internación en régimen cerrado, con programa de reinserción social, pues «aún cuando se trate de un menor adolescente, no parece atinado ni ecuánime, particularmente porque provoca una sensación de desprotección no solamente en los deudos de la víctima fatal, sino en la comunidad entera, que advierte -con justa indignación- que hechos de esta clase, impropios de una comunidad moderna y civilizada, quedan en la práctica impunes, por la levedad de determinadas sanciones como la que se impuso en el caso que nos ocupa»²³. Asimismo, aun tratándose de alguien que delinquiró antes, cuya reincidencia importa que debe aplicársele la pena en la mitad superior de la que fija la ley, aunque no se hace mención de ello, el JP (3°) Jaén [01/07/ 2008] claramente tiene sólo en vista la prevención especial positiva ya que a la autora de que se trata, que con otras tres personas, habiendo una quinta que los espera en un vehículo, en un establecimiento comercial comete delito de hurto, de seis jamones por

²² En esta causa, el Ministerio Público solicitó 20 años de presidio mayor en su grado máximo. El crimen ocurrió el 24 de diciembre de 2005, habiéndose acreditado que el victimario apuñaló a su conviviente y esperó algunos minutos para que ésta se desangrara y finalmente falleciera, estando confirmando, por los peritajes médicos realizados, que la víctima podría haber sobrevivido si le hubiera prestado socorro oportuno el autor, quien solamente observó el desenlace. Entre los fundamentos para la concesión del beneficio de la libertad vigilada, el Tribunal hace presente que el individuo contaba con una red familiar de apoyo constituida fundamentalmente por sus hijos y parientes, personas ligadas al mundo del trabajo, quienes naturalmente constituyen el sustrato social inmediato de auxilio.

²³ SCA Santiago, de 28 de noviembre de 2008, Rol N° 2.324-2008 (pronunciada por los Ministros de la Novena Sala, Mario Rojas González, Presidente, Juan Cristóbal Mera Muñoz, y Abogado Integrante Patricio González Marín).

valor cada uno de 150 euros, le impone 1 año de prisión, el mínimo legal aplicable²⁴ (Cp, art. 234 párr. 1 en relación con art. 66.1.3ª).

El juez tiene la responsabilidad de realizar la expectativa de certeza jurídica, pero no basta con apoyarse en la propia posición de autoridad sino que es necesario que dé razones, que es lo que exige la sociedad moderna²⁵, más todavía si el fin de la pena está previsto en la legislación²⁶, cual acontece en España -como se ha dicho- con el art. 25.2 de la Constitución. A manera de ejemplo, fuera del ámbito español y chileno de observación, en Alemania, donde hay amplio consenso en que la elección y medición de la sanción es una decisión jurídicamente vinculada, debiendo seguir el Tribunal las reglas que para ello da la Ley²⁷, como hacen ver JESCHECK y WEIGEND, la existencia de sentencias diferentes para supuestos semejantes²⁸ se explica, en parte, en que se está ante delitos perpetrados con distinta frecuencia en las respectivas circunscripciones judiciales, de modo que son consideraciones de carácter preventivo-general las que pueden justificar las desviaciones de la *praxis* en la determinación de la pena²⁹, motivos que por sí son notables al tenor de la normativa germana porque en ésta, acorde preceptúa el § 46 StGB³⁰, prefiere la prevención especial.

²⁴ Este fallo fue confirmado por SAP Jaén 236/2008, de 16 de octubre, N° Roj: 1266/2008.

²⁵ Cfr. AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Título original: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (D. Reidel Publishing Company, 1987). Versión castellana de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 28-29.

²⁶ No sólo la legislación española refiere un fin de la pena, lo hace también el art. 4 incs. 1 y 2 del Cp de Colombia y los arts. 47 y 74 a) del Cp de Puerto Rico [*vid. infra* Cap. I n. 537].

²⁷ Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Título original: *Strafrechts: Allgemeiner. Teil* (Berlín: Duncker u. Humblot, 1996). Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. 5ª ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002, pp. 938-939.

²⁸ Señalan JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 943, que en el período 1985/86, de los autores de delito de hurto, en un caso especialmente grave (§§ 242, 243 StGB), que poseían antecedentes penales, se beneficiaron con una suspensión de la pena un 7,9 % en la jurisdicción del LG Hanau mientras que en el cercano de LG Limburg este beneficio alcanzó a un 56,1 %.

²⁹ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *ibid.*

³⁰ «**Principios de la fijación de la pena**

(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

[...].».

Acá, en que *teoría* connota *doctrina*, la preocupación está centrada en poder demostrar que la pena tiene o puede tener un sentido positivo que permite superar su dolor y evitar hacer de ella un cruel instrumento de política criminal dirigido a un mejor y mayor control sobre las personas, más que salvaguardar la convivencia social, como así puede ser con un legislador que proclama, por ejemplo, la huida, selectiva, al Derecho penal, al señalar que «[...] se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia [...]»³¹.

Al objetivo pretendido, la Tesis consta de cuatro Capítulos. En el I, *Las Doctrinas de la pena*, explicando *del porqué doctrinas y no teorías de la pena*, se distingue entre *pena y sanción*, se exponen las *medidas de seguridad y la reparación*. Se examina la *fundamentación, función y fines de la pena*, sus *caracteres y principios*. Se ve, en general, las *doctrinas de la pena* y, en particular, las *doctrinas absolutas o retribucionistas, relativas o prevencionistas y mixtas o de la unión*, o sea y comprendidos en las primeras y segundas, los fines de *retribución, prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial negativa y prevención especial positiva* de la pena. Se señalan, resumidamente, las *insuficiencias de las doctrinas* y, con amplitud, las *doctrinas de la pena en la legislación española y chilena*, se sigue con las *antinomias entre fines de la pena y vías de solución posibles* y cierra con una *Conclusión del Capítulo*.

³¹ Así en la “Exposición de Motivos” del CpE de 1995.

Preocupa sí el discurso legislativo hispano pues, sin duda, da pie al denominado *Derecho penal simbólico*, éste precisamente, como bien señala DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 147-172, p. 168, una intervención penal que, si bien tiene virtualidad para prevenir comportamientos delictivos, sólo pretende dar confianza en la sociedad que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos y por ende va más allá del efecto de confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva, como cuando, por medio de las que para este “Derecho” han sido llamadas “leyes *activistas*”, se ha criminalizado, ignorándose las exigencias del principio de subsidiariedad, el impago de pensiones familiares (art. 227 CpE).

En el Capítulo II, *La Jurisprudencia*, visto ya sus *diversas acepciones y conceptos*, se exponen los *sistemas jurisprudenciales*, el sistema *continental o normativista*, que es el propio, y el *anglosajón o judicialista*, de éste el *common law en Inglaterra y Estados Unidos* y el *precedente judicial*, y, porque pudiera acogerse en la práctica, el *precedente judicial en España y Chile en Tribunales ordinarios de Justicia*. Se refieren *algunas valoraciones de la Ciencia jurídica y su incidencia en la interpretación del Derecho*, de aquéllas específicamente la *Escuela del Derecho libre*, el *Realismo Jurídico*, la *Jurisprudencia de Conceptos*, *Jurisprudencia de Intereses* y *Jurisprudencia de Valores*. Se da cuenta de *la Jurisprudencia y las fuentes del Derecho*, la *Jurisprudencia y conceptos jurídicos indeterminados*, la *racionalidad de la decisión judicial*, la *Jurisprudencia y el Tribunal Constitucional en el Derecho español y chileno* y finaliza con una *Conclusión del Capítulo*.

En el Capítulo III, *El Sistema de penas en el Derecho penal de España y de Chile*, se señalan los *sistemas de determinación de la pena*, con sus *aspectos generales en España y Chile*, las diferentes *teorías de la individualización judicial de la pena*, en concreto las de *la pena exacta o puntual*, *del espacio de juego*, *del acto de gestación social*, *del valor jerárquico del empleo*, *de la proporcionalidad con el hecho* y *de la retribución de la culpabilidad por el hecho*. Se refiere *la pena en la legislación española* para personas naturales, las *penas accesorias*, la *clasificación de la pena* y su *determinación legal y judicial*, y expone, para en propiedad describir un sistema, por eso lo más sucinto que se pueda, las *penas aplicables a las personas jurídicas* y las *reglas para la aplicación de las penas a las personas jurídicas*, aludiendo -si bien breve y principalmente en nota a pie de página- a las distintas posiciones acerca de los fines de la pena en cuanto a dichos entes. Se muestra el catálogo punitivo chileno para personas naturales, esto es, *penas de crímenes*, *simples delitos* y *faltas*, las *penas comunes* a estas infracciones, las *penas accesorias*,

la nueva (de texto diferido) sustitutiva de la de multa, la *determinación legal y judicial de la pena*, y, lo más somero posible, las *penas aplicables a las personas jurídicas* y la *determinación legal y judicial de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, se consignan después *reflexiones acerca de los sistemas de penas español y chileno* y culmina con la *Conclusión del Capítulo*.

En el Capítulo IV, *Los fines de la pena en su individualización judicial en España y en Chile*, hecho el *Planteamiento de la investigación* y señalada la *Metodología* empleada, se revelan los *Resultados de la investigación*, basados en importante cantidad de fallos -de Tribunales de diversas jerarquías-, los que, recayendo sobre delitos graves y/o de connotación pública (p. ej., asesinato, agresiones sexuales, robo con violencia o intimidación), se registran detalladamente en *Anexo I: Sentencias españolas y chilenas muestra de doctrinas de la pena* indicándose qué fin(es) otro(s) que retribución y prevención general positiva, propuesto que toda imposición de sanción privativa de libertad los importa, recogen las resoluciones condenatorias, cerrando con la *Conclusión del Capítulo* y poniendo término a la investigación con las pertinentes *Conclusiones*. Además del mentado *Anexo I*, hay un *Anexo II: Las doctrinas de la pena en las sentencias españolas y chilenas*, que agrupa las resoluciones por delito y según aquéllas responden a “retribución”, “prevención general negativa”, “prevención general positiva”, “prevención especial negativa” o “prevención especial positiva”, un *Anexo III. Estadísticas sentencias muestra de doctrinas de la pena*, que tabula y grafica el resultado que arroja el Anexo que precede, y un *Anexo IV: Índice de sentencias muestra de doctrinas de la pena*, que enumera todos los fallos en que se funda la tarea emprendida.

Capítulo I

“Las Doctrinas de la pena”

1.1. Del porqué doctrinas y no teorías de la pena

Bajo el rótulo genérico de teoría de la pena, dice MAPELLI CAFFARENA, se recoge el conjunto de teorías que han tratado de dar una respuesta a la pregunta acerca de cuál es el fin o cuáles son los fines de las penas³². Sin embargo, hay que convenir que si se dice de algo que es una teoría, se da, sin reservas, por universal lo que en nombre de la teoría se afirma, lo que hace prudente antes acordar si cabe hablar realmente de teorías o bien de doctrinas.

Primariamente, el vocablo teoría significa contemplación, por lo que la teoría puede ser definida como una visión inteligible o una contemplación racional³³, o sea, como una explicación general o universal, lo que confirma KANT cuando dice que «Se denomina teoría incluso a un conjunto de reglas prácticas, siempre que tales reglas sean pensadas como principios, con cierta universalidad, y, por tanto, siempre que hayan sido abstraídas de la multitud de condiciones que concurren necesariamente en su aplicación»³⁴.

³² MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª ed. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson-Civitas, 2005, p. 45.

³³ Cfr. FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. 27ª reimpresión de 1ª ed. 1976 (1ª ed. 1962, Editorial Sudamericana). Barcelona: Edhasa, 2004, p. 348.

³⁴ KANT, Immanuel. *En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica»*. Título original: *Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793). Traducción de PÉREZ LÓPEZ, M. Francisco; RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto (traducido directamente de *Kant's gesammelte Schriften*, herausgegeben von der Königlich Preussischen Academie der Wissenschaften, Walter de Gruyter, Berlín u. Leipzig, 1923, vol. VIII, pp. 273-313). En: KANT, Immanuel. *Teoría y Práctica*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 3-60, p. 3.

En el mismo sentido, GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND UTNE, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Principios de Criminología*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 154, señalan que una teoría es una explicación de algo, pero, de manera más técnica, es un conjunto más o menos explícito de hipótesis o proposiciones dirigidas a explicar un fenómeno natural mediante su relación con otro u otros iguales, y por esto, en la labor científica, ella asume el integrar y resumir los principales conocimientos acumulados en una materia y funciona como guía, marcando pautas para la investigación futura. La teoría define y estructura el cuerpo conceptual que vincula entre sí las observaciones de un cierto fenómeno social, al cual explican analizando sus causas y sus relaciones con otros fenómenos próximos, y

En el ámbito jurídico también se diferencia entre doctrina y teoría, tal como hace RÖDER diciendo que «Entiéndese por Teoría de Derecho penal la consecuente deducción de las más generales verdades fundamentales de la Ciencia del Derecho sobre la pena y la criminalidad, desde una primera verdad que puede designarse como principio de esta esfera, y que [...] resulta pura y exclusivamente de la aplicación de la idea del Derecho á la relación de la Sociedad jurídica con los transgresores y perturbadores de aquél. Si para determinar el concepto de la Ciencia del Derecho penal no se quieren presuponer determinadas opiniones sobre éste, sino aspirar á un general asentimiento, puede sólo definirse como la Doctrina del delito y la pena»³⁵.

Luego, si se tuviera que hallar explicación a por qué se habla comúnmente de teoría y no de doctrina para referirse a la pena, la respuesta es que se confunde el *ser* con el *deber ser*³⁶ de la pena, confusión que se produce, dice FERRAJOLI, al responder a la pregunta ¿por qué castigar?, porque no se

sus evoluciones o ciclos periódicos, razón por la que, al menos en su forma ideal, una teoría está integrada por proposiciones claramente establecidas que plantean relaciones, con frecuencia de carácter causal, entre sucesos y objetos estudiados, siendo su consistencia lógica y su verificabilidad empírica las dos condiciones básicas que debe cumplir una teoría científica.

Una opinión distinta CANARIS, Claus-Wilhelm. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Título original: *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien* (publicado en revista *Juristenzeitung*, 1993, pp. 377-391). 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995, pp. 27-28, para quien, si bien es característica de la teoría una cierta universalidad, por razones prácticas, no se debe ser muy exigente respecto de esta condición de “universalidad” ya que, en este punto, no sólo debemos orientarnos por las “grandes” teorías, como la Física, pues en el concepto de teoría debe darse cabida a las “pequeñas” ya que también ellas tratan de cumplir una función explicativa mediante la integración en un orden de cosas “más general”. Además, agrega CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas, op. cit.*, p. 121, la teoría siempre está presente pues «es una ilusión ingenua creer que, como jurista, puede uno arreglárselas sin teorías. Quienquiera que aplica, o que desarrolla, el Derecho, y no está practicando la simple justicia del cadí, *tiene* una teoría, aunque ésta sea muy rudimentaria y aunque, con frecuencia, permanezca inadvertida».

³⁵ RÖDER, Carlos David Augusto. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Traducido por GINER DE LOS RÍOS, Francisco. 3ª ed. revisada y corregida. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876, p. 35.

³⁶ Indica FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía Abreviado, op. cit.*, p. 87, «El deber expresa la forzosidad; lo que debe ser es lo que no puede ser de otra manera. Pero este “no poder ser” no significa una necesidad de tipo natural o de tipo lógico-ideal, sino más bien la necesidad derivada de la obligatoriedad, que nace de un “mandato”. [...]. No es lo mismo [...] el deber según que la fuente del mandato sea la Naturaleza, el mundo inteligible, la Persona divina, la existencia humana, o el reinado de los valores. [...]. Suele distinguirse en filosofía entre el ser y el deber ser. [...] en un sentido general, esta distinción es ontológica. Pero tiene su paralelo lingüístico en la existencia de dos tipos de lenguaje: el [...] indicativo y el [...] prescriptivo, respectivamente. Con frecuencia se supone que mientras el ser corresponde al reino de la realidad en cuanto tal (y a veces sólo al reino de la Naturaleza), el deber ser corresponde al reino de la moralidad».

entiende que esta interrogante se puede comprender como “por qué existe la pena”, es decir, se castiga, y como “por qué debe existir la pena”, es decir, se debe castigar, en que el sentido del “por qué” de la pena es un problema científico que admite respuestas de carácter empírico expresadas mediante proposiciones asertivas verificables y refutables o de las que es posible creer que son verdaderas o falsas, mientras que el “por qué debe existir” la pena es un problema filosófico que permite respuestas de carácter ético-político expresadas por medio de proposiciones normativas ni verdaderas o falsas sino tan sólo aceptables o inaceptables como justas o injustas³⁷.

³⁷ Cfr. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Traducido por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *et al.* 7ª ed. Madrid: Trotta, 2005, pp. 321-322. Según expone FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 322-323, el problema “científico” del “por qué” existe la pena se puede entender como “por qué existe el fenómeno de la pena”, o sea que de hecho se castiga, que es un problema histórico o sociológico cuyas respuestas “verdaderas” o “falsas” lo son sobre la base de los efectivos comportamientos humanos, o entenderse en el sentido de “por qué existe el deber jurídico de la pena”, o sea que se castiga de derecho, que es ya un problema jurídico que admite respuestas creíbles como “verdaderas” o “falsas” pero ahora sobre la base de lo que prescriben las normas de derecho positivo. Para designar estos tres significados de la expresión “por qué”, se pueden utilizar tres palabras distintas: función, para indicar sus usos descriptivos de tipo histórico o sociológico, motivación, para indicar sus usos descriptivos de tipo normativo, y fin, para indicar sus usos normativos de tipo axiológico y, correlativamente, han de usarse dos palabras distintas para designar el diferente estatuto epistemológico de las respuestas admitidas por los distintos órdenes de pregunta, por una parte, teorías o explicaciones, jurídicas o sociológicas, que responden a las preguntas acerca de las motivaciones jurídicas de las penas y a las que versan acerca de las funciones que éstas cumplen de hecho, y por otra, doctrinas axiológicas o de justificación, que responden a las cuestiones ético-filosóficas acerca del fin o fines que el Derecho penal y las penas deben o deberían perseguir. Por lo tanto, cuando se da respuesta a ¿por qué castigar? se incurre en una confusión entre la función o motivación con el fin, o del ser (de hecho o de derecho) con el deber ser (axiológico) de la pena, y que alcanza también a la consiguiente consideración de las explicaciones como justificaciones o viceversa. Al referir sus fines, se habla de “teorías” absolutas o relativas, retribucionistas o utilitaristas, de la prevención general, de la prevención especial, etc., pero sugiriéndose la idea que la pena tiene un “efecto” (v. gr., retribuir o reparar, prevenir, etc.) pero no que tiene un “fin” (se dirá que la pena previene pero no que debe prevenir, que reeduca pero no que debe reeducar, etc.), aunque, eso sí, se trata de la misma confusión en la que incurren quienes producen o sostienen teorías jurídicas o sociológicas de la pena presentándolas como doctrinas de justificación, quienes, opuestos de los anteriores, conciben como fines las funciones o los efectos de la pena o del Derecho penal averiguados empíricamente o prescritos jurídicamente, concepción que lleva a afirmaciones tales como que la pena debe satisfacer los deseos de venganza o las exigencias sistémicas de estabilidad institucional, o que debe aislar o neutralizar a los condenados. Las tesis axiológicas como los discursos sobre el fin que justifica (o no justifica) la pena, o más en general el Derecho penal, no son “teorías” en el sentido empírico o asertivo comúnmente asociado a esta expresión sino doctrinas normativas, o más sencillamente normas, o modelos normativos de valoración o justificación, que se formulan o rechazan en referencia a valores, por el contrario, son teorías descriptivas pero no doctrinas, si consisten en afirmaciones empíricas verificables y falsables, sólo las explicaciones de las funciones de la pena ofrecidas por la historiografía y la sociología de las instituciones penales, así como las de sus motivaciones formuladas por la ciencia del derecho positivo. Por lo mismo, son asimétricas entre sí las doctrinas normativas del fin y las teorías explicativas de la función o de la motivación, ya en el plano semántico, por el significado distinto de “fin”, “función” y “motivación”, ya en el plano pragmático, por las finalidades meramente directivas de las primeras y descriptivas (de hechos) de las segundas y (de normas) de las terceras, o en el plano sintáctico, porque las unas no son derivadas de las otras.

En síntesis, doctrinas y teorías son solamente “ideologías” si en aquéllas se confunde entre modelos de justificación y esquemas de explicación, esto es, ideología es cualquier tesis o conjunto de éstas en que se confunde el deber ser y el ser, o las proposiciones normativas y las proposiciones asertivas, contraviniendo el principio meta-lógico (conocido como ley de Hume) según el cual no se puede lógicamente desprender conclusiones prescriptivas o morales de premisas descriptivas o fácticas, o viceversa³⁸.

Así, es más correcto hablar no de teorías sino que de *doctrinas*³⁹ de la pena, en que con esta expresión se manifiestan sólo opiniones o pareceres, en un intento de explicar razonable y convincentemente el por qué y cuál es la fundamentación, función y fin de toda pena, la que, en su dimensión de “castigo”, se revela, en el acaecer del ser humano, desde épocas inmemoriales⁴⁰, aún en colectivos sociales en los que, formalmente al menos, no puede decirse que existe y rige el Derecho⁴¹.

³⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 323.

³⁹ Además, hablar de doctrinas y no de teorías se explica también por el carácter polisémico del término teoría pues, como señala SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 187-188, las teorías son conjuntos de hipótesis o conjeturas organizadas más o menos sistemáticamente que pueden someterse a contrastación mediante la observación de hechos empíricos, pero una teoría no se limita a *describir* la realidad sino que aspira a *definir y explicar* las relaciones y los procesos que tienen lugar en su seno, y en este sentido existen teorías más o menos acabadas según se acerquen a dicho fin, por lo cual puede hablarse de *teorías formales*, que se aproximan a un sistema completo y cerrado de hipótesis perfectamente definidas y lógicamente relacionadas entre sí, de *explicaciones más o menos amplias y precisas*, que aspiran a proponer deductivamente hipótesis claras y consistentes entre sí que puedan someterse a intentos de refutación y superarlos con éxito, de *enfoque, perspectiva, aproximación*, etc., que podría considerarse como teoría pero sólo en un sentido muy débil, y por último de meras *descripciones* de fenómenos pero sin aspirar a ofrecer explicaciones.

⁴⁰ P. ej., en *Gn. 4.8-11* se relata que Caín es desterrado por haber dado muerte a su hermano Abel: «[...] Caín [...] se abalanzó sobre su hermano y lo mató [...] el Señor preguntó a Caín: «¿Dónde está tu hermano Abel?». «No lo sé», respondió Caín [...] el Señor le replicó: [...] La sangre de tu hermano grita hacia mí desde el suelo. Por eso maldito seas lejos del suelo que abrió sus fauces para recibir la sangre de tu hermano derramada por ti».

⁴¹ En este sentido, señala von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por SALDAÑA, Quintiliano. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, t. I, s.f., p. 19: «Hasta en el más remoto período, accesible a la indagación histórica, entre las razas más duras y degeneradas, hallamos la reacción social, aunque oscuramente presentida, contra el miembro de la sociedad que ha transgredido las normas de la convivencia y, por lo tanto, ha vulnerado o puesto en peligro los intereses de la comunidad. Estamos [...] autorizados para presentar la pena como un hecho histórico primitivo, y no nos equivocamos si concebimos el Derecho penal justamente como la primera y más primitiva capa de la evolución jurídica [...]». Para ATIENZA RODRÍGUEZ, *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 20-21, aunque los juristas suelen repetir el adagio procedente del Derecho romano según el cual donde hay una sociedad hay también un Derecho (*ubi societas ibi ius*), no existe razón convincente para aceptarlo sin más ya que en las sociedades incluso

Las teorías de la pena, manifiesta ZUGALDÍA ESPINAR, son puntos de vista u opiniones, con pretensión de generalidad y fijeza, que intentan explicar racionalmente como legitimar o justificar el Derecho penal u Ordenamiento que permite a algunos ciudadanos, a nombre de toda la sociedad, causar a algunos de sus semejantes el daño o mal que supone el sufrimiento de una pena⁴², esto es, se trata de enfoques o visiones concernientes al propósito o fin de las penas y que es lo que las legitima en el integrado social. Las teorías de la pena son propuestas legitimantes del Derecho penal, teorías de la función de éste y de su legitimación pues a través de ellas se intenta dar respuesta a la pregunta de para qué y bajo qué condiciones es legítima la imposición de una pena. El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación de las leyes penales conforme a la Constitución y su legitimación material viene de la mano de las teorías de la pena⁴³.

poco desarrolladas, y a efectos de su preservación, siempre existen normas y sanciones, como ser respecto de actos violentos, y las que no necesariamente son jurídicas pues pueden perfectamente ser meras costumbres, normas morales o religiosas.

⁴² Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, pp. 59-60.

⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La legitimación del Derecho Penal: las teorías de la pena”. En: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las recientes reformas penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 47-70, p. 48.

1.2. Pena y sanción

La teoría general contemporánea del Derecho concibe a éste primordialmente como represivo, como un sistema que mediante la fuerza obtiene el máximo de respeto para las normas primarias o que hace de la fuerza el contenido mismo de las normas secundarias. El carácter coactivo del Ordenamiento jurídico se explica porque existe un nexo indisoluble entre Derecho y coacción, que pone de relieve la existencia de sanciones negativas si se desobedece el mandato legal, pudiendo la coacción verse como una sanción negativa o como el recurso extremo para hacer eficaces las sanciones que se han dispuesto para conservar el patrimonio normativo⁴⁴.

En el lenguaje común, una sanción significa una “pena que una ley o un reglamento establece para sus infractores”, la primera acepción que nos da el diccionario, pero también significa una “autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre”, la segunda acepción, por lo que es frecuente en la literatura sociológica y filosófica que el término “sanción” sirva para designar las consecuencias que pueden seguirse de un comportamiento frente a las normas, secuelas que serán gratas o desagradables según si, respectivamente, se acata o no la regla jurídica.

En el ámbito jurídico, el término, usado con más precisión, da cuenta sólo de las sanciones *negativas*, porque las *positivas* en el Derecho son muy escasas y sólo en un muy ínfimo número llegan a constituir un auténtico premio, como la *denuncia de especie al parecer perdida*, en la legislación civil, que da al denunciante derecho a lo que a título de salvamento adjudicare la autoridad competente, pudiendo, si el dueño ofreció recompensa por el hallazgo, elegir entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida (v.

⁴⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción y edición a cargo de RUIZ MIGUEL, Alfonso. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1980, pp. 372-373.

gr, art. 632 CcCh)⁴⁵, o como el *desistimiento de cometer delito*, en la legislación penal, que acarrea la exención de responsabilidad para quien se desiste (v. gr., arts. 16.1 CpE y 8 inc. 3 CpCh)⁴⁶.

Como indica MAPELLI CAFFARENA, «Aunque la expresión sanción no se emplee con carácter positivo, en sentido premial, esto no quiere decir que el sistema penal no disponga también de reacciones que tratan de estimular las conductas de las personas respetuosas con los bienes jurídicamente protegidos [...] Mayores ejemplos de institutos premiales encontramos en las normas penitenciarias. Las recompensas, los beneficios y otros institutos tratan de promocionar el respecto al derecho de quienes cumplen una pena, los cuales encuentran un beneficio en el aligeramiento de sus condenas o en premios ajenos a ella»⁴⁷.

Las sanciones más utilizadas son las negativas y en ello, sin duda, incide la función de protección de bienes jurídicos⁴⁸ que cumple el Derecho, en que

⁴⁵ Esta sanción positiva la recoge también la legislación civil española, pues quien halla una cosa mueble se adjudica ésta o su valor, si no se ha presentado el dueño pasados dos años contados desde el día de la segunda publicación del hallazgo (art. 615 párr. 4 Cc), o tiene derecho, a título de premio que debe abonar el dueño aparecido dentro de plazo, a la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada, sin perjuicio de que si el valor del hallazgo excede de 2.000 pesetas el premio se reduce a la vigésima parte en cuanto al exceso (art. 616 Cc).

⁴⁶ Dice GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Fernando. “Penas, distinciones y recompensas: Nuevas reflexiones en torno al Derecho Premial”. *ERAE*, vol. XVI, N° 16 (2010), pp. 203-235, p. 216, en la Parte Especial hay referencias *premiales* en relación a delitos concretos, conformando parte del *Derecho penal premial*, que incorporaría todo comportamiento posterior al delinquir que tenga incidencia favorable en la determinación de la pena, por ejemplo, la rebaja de pena en un grado al infractor que, sin lograr su propósito, libera al detenido ilegalmente o secuestrado en el plazo de tres días (CpE, arts. 163.2 y 164 *in fine*), la exención de pena o rebaja en un grado por retractación de la declaración falsa en causa criminal (art. 462 CpE).

⁴⁷ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 21.

En cambio, para CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta, 1999, p. 83, considerar que la sanción puede consistir en premios son opiniones basadas en la confusión del “juego normativo” con el “juego del compromiso condicionado de la autoridad”, en que el primero es el dictado de normas por las autoridades, con carácter coercitivo, para que los gobernados adapten su comportamiento a ellas (CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico*, *op. cit.*, p. 47), y el segundo, basado en la existencia de instituciones estatales fuertes que desempeñan, entre otras, ciertas funciones necesarias para algunas actividades de los gobernados, consiste en hacer depender la realización de determinadas actividades de los gobernados la ejecución de alguna de esas funciones públicas necesarias (CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico*, *op. cit.*, p. 46).

⁴⁸ En este sentido, señala MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Reimpresión 2ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003, p. 79: «[...] la observación del derecho positivo muestra que a la pena se le asigna una función preventiva, de defensa de bienes jurídicos». Para SERRANO MAÍLLO,

estas sanciones aparecen como la técnica más idónea para tal cometido, lo que tampoco significa que la sola represión agota la función del Orden jurídico por cuanto, en un Estado social de Derecho que procura el desarrollo individual de cada miembro de la sociedad⁴⁹, cumplen las normas legales también una función de estímulo de conductas, estableciendo para ello, si es necesario, sanciones positivas.

La sanción, dice REALE, es un proceso de garantía de aquello que se determina en una norma⁵⁰, siendo lo característico de la sanción jurídica su predeterminación y su organización⁵¹. En el Derecho todo obedece a este principio de sanción organizada de forma predeterminada, de modo que quien es lesionado en sus derechos anticipadamente sabe que puede acudir a un juez para conseguir que las relaciones sean objetivamente apreciadas y se restablezca el equilibrio, pero, actualmente, se estudian técnicas más perfeccionadas que permitan lograr el cumplimiento de las normas jurídicas no ya mediante sanciones intimidativas sino que a través de procesos que puedan influir en la adhesión espontánea de los obligados, propiciando, por ejemplo, incentivos y ventajas⁵².

Alfonso. *Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia: Acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 121, «El Derecho penal puede identificarse asimismo con la ciencia que estudia la regulación legal del delito y sus consecuencias, desde un punto de vista jurídico, con la finalidad de alcanzar un grado adecuado de seguridad jurídica, y también de aseguramiento de bienes jurídicos». En concepto de GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Barcelona: Atelier, 2006, p. 169, el Derecho penal, si bien cumple función de protección de bienes jurídicos, ello, a través de la pena, es solamente subsidiario, realizándose la protección antes que nada mediante las normas de determinación.

⁴⁹ En este aspecto, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. “Derecho Constitucional”. En: VV.AA. PRIETO SANCHÍS, Luis (Coord.). *Introducción al Derecho*. 1ª reimpresión. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 1997, pp. 31-45, p. 34, es de opinión que, al igual que la transformación política del Estado liberal de Derecho en un Estado democrático, también el Estado socialmente abstencionista se transforma en uno preocupado por el bienestar social de los ciudadanos y que interviene activamente para lograrlo, de manera que de una concepción liberal, en la que se espera que el bienestar social se produzca espontáneamente por la libre actuación de las fuerzas sociales, se pasa a un Estado en que el bienestar social constituye una de las tareas básicas del Estado, al punto que, en gran medida, su legitimidad depende de la satisfacción de unos niveles mínimos de riqueza y servicios sociales.

⁵⁰ REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Título original: *Leções preliminares de Direito*. 10ª ed. (corregida y aumentada según la vigésima primera edición brasileña, São Paulo. Ed. Saraiva, 1993). Madrid: Ediciones Pirámide, 1993, p. 111.

⁵¹ REALE, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 113.

⁵² *Ibid.*

La noción de sanción positiva, expone BOBBIO, se recaba, distinto de la negativa, mucho más elaborada. Así como a una mala acción se reacciona con el castigo, el premio es la reacción a una acción buena, o sea, a una acción mala se devuelve mal por mal y a una buena se devuelve bien por bien. De ser efectivo que ejecutar un delito siempre causa un placer como siempre produce un dolor realizar un acto meritorio, en este sentido, en cuanto al agente, podría decirse que el castigo retribuye con un dolor el placer del delito y el premio retribuye con placer el dolor del esfuerzo por el servicio realizado. El mal del castigo puede ser atribuir una desventaja y también privar de una ventaja, y el premio puede consistir en atribuir una ventaja o privar de una desventaja, y por esto las sanciones, negativas como positivas, pueden ser atributivas o privativas. El mal del castigo, igual que el “bien” del premio, puede ser material (v. gr., confiscación), inmaterial (v. gr., reprensión pública, degradación⁵³) o mixto (v. gr., pérdida de un derecho que sirve para procurarse y adquirir ventajas materiales e inmateriales (p. ej., inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena [art. 28 CpCh]). Las sanciones negativas habitualmente son medidas retributivas, que se aplican a acciones no conforme en sí mismas, o son penas propiamente dichas y medidas reparadoras, como el resarcimiento del daño, que se aplican a las consecuencias de las acciones disconformes. Estas diferencias pueden también observarse en las sanciones positivas, como los premios, pues, aunque tienen una función exclusivamente retributiva porque son una reacción favorable a un comportamiento ventajoso para la sociedad, algunas sanciones de este tipo tienden a compensar al agente el esfuerzo y trabajo hechos o los gastos sufridos para procurar una ventaja a la sociedad, teniendo las mismas no sólo valor de mero reconocimiento sino que igualmente de compensación, por lo que pueden ser llamadas, mejor que premios, indemnizaciones⁵⁴.

⁵³ Art. 241 inc. 1 CjmCh: «El condenado a degradación será despojado, a presencia de las tropas que designe la autoridad militar, de su uniforme, insignias y condecoraciones [...]».

⁵⁴ Cfr. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 384-385.

Las sanciones positivas no pueden ser catalogadas como sanciones jurídicas si pura y simplemente se identifican sanción y coacción, salvo que ésta sea estimada como garantía de cumplimiento de la sanción, pues, en esta relación entre sanción y coacción, innegablemente son jurídicas las sanciones que crean en el destinatario del premio una pretensión al cumplimiento, protegida incluso por medio del recurso a la fuerza organizada de los poderes públicos⁵⁵.

Habitualmente, las sanciones jurídicas, que varían de acuerdo a la infracción, son vistas como una concesión de medidas reparatorias que reafirman el derecho quebrantado, ya que se distingue en toda norma jurídica el *precepto*, que expresa el mandato o prohibición, y la *sanción*, que da cuenta de qué sucede si no se observa lo legalmente ordenado o prohibido. Quien vulnera la ley enfrenta generalmente una sanción jurídica cuyo contenido material está determinado por la gravedad y trascendencia del hecho que la origina, por ello, considerada en general, la pena es la más grave de todas las sanciones, esencialmente de enorme repercusión en la esfera de derechos de la persona a quien le ha sido impuesta⁵⁶ además que legislativamente sólo prevista en razón de un crimen que podría intentarse o cometerse. Por su supuesto de aplicación y por su contenido, la pena sólo es una especie de sanción jurídica, ésta un concepto genérico que abarca a todas las consecuencias jurídicas que el Ordenamiento contempla.

Como la pena tiene una función y fin, que la muestran, aunque no se quiera, como un mal⁵⁷ o castigo que responde a un mal previo intentado o realizado,

⁵⁵ Cfr. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., p. 387.

⁵⁶ Como bien advierte ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1977, p. 33, «la pena es más grave que las otras sanciones jurídicas, pero en los casos concretos puede no serlo, como que una multa penal puede ser menos grave que una sanción civil».

⁵⁷ Le reconoce el ser un mal, aunque tampoco niega que ella puede ir más allá de un mero castigo, LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 3ª ed. revisada y aumentada. Barcelona: Bosch, 1972, p. 689: «La pena constituye un mal para el que la sufre: cabalmente por eso se llama tradicionalmente pena y no tiene ningún sentido jurídico considerarla como un bien. La justicia retributiva exige que quien ha cometido un mal sea sancionado con otro equivalente. Esto no debe ser interpretado [...] al modo de una venganza; no

cual es el delito, porque faltan entonces sus notas conceptuales, no son penas las privaciones de derechos impuestas sin previa trasgresión de la ley o que recaen en persona distinta del infractor. Por consiguiente, tampoco pueden ser penas las sanciones cuya naturaleza no es de castigo y cuyo fundamento exclusivo es sólo suprimir las consecuencias de la infracción o que sean reparados los perjuicios causados con ésta, como sucede, respectivamente, con la *nulidad* y la *indemnización de perjuicios*⁵⁸, éstas precisamente consecuencias jurídicas civiles⁵⁹.

Tampoco importan pena los castigos que la ley concibe como inseparables o propios de una situación que ella regula, como ser la *legítima defensa*, que supone que quien se defiende no es persona revestida de la autoridad requerida por el sistema legal para legítimamente poder causar un mal a otro⁶⁰, como sí podrían hacerlo los agentes de policía, a quienes el Ordenamiento jurídico autoriza para ejercer la fuerza que sea necesaria, racionalmente hablando, para la debida realización de sus funciones⁶¹ (v. gr., cumplir una orden judicial de detención, de arresto).

se trata de inferir un mal por el placer de causarlo a cambio del mal primeramente causado; incluso debe pensarse que el mal de la pena, a la larga, puede constituir un bien si, por ejemplo ayuda a la regeneración moral del penado [...]». Al contrario, para CAPELLA, *Elementos de análisis jurídico, op. cit.*, p. 82, es erróneo concebir las sanciones como males que se aplican al contraventor pues al hablar de *bien* y de *mal* entramos en un terreno valorativo subjetivo. Cierto es que determinadas sanciones, las llamadas penas, tratan de significar un mal para un infractor de normas pero, como cuestión de hecho, pueden no resultar tales.

⁵⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 798 y n. nº 16.

⁵⁹ CcCh: art. 1681: «Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes [inc. 1]. La nulidad puede ser absoluta o relativa [inc. 2]», art. 1489: «En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado [inc. 1]. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios [inc. 2]»; CcE: art. 1300: «Los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 [consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca] pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley», art. 1101: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas».

⁶⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 799 y n. nº 17.

⁶¹ Un ejemplo de esta autorización se ve en el art. 330 inc. 1 números 1 a 4 del CjmCh, pues dispone pena para el militar que con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de sus funciones, emplea o hace emplear, sin motivo racional, violencia innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, norma que, conforme al art. 405 Cjm, se aplica también a los funcionarios de Carabineros, la otra policía existente junto con la civil o Policía de Investigaciones (PDI).

Como no presentan tampoco sus notas distintivas, y aún pudiendo claramente afectar derechos, no tienen el carácter de pena la *detención*, la *prisión preventiva* y las demás *medidas cautelares de naturaleza penal* (v. gr., la citación), las *multas* y demás *correcciones* que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados, las *privaciones de derechos*, y las *sanciones reparatoras* que establezcan las leyes civiles o administrativas (art. 34 CpE [similar en Chile, art. 20 Cp]).

Un carácter particular de la pena es la “aflicción” de quien la padece, un rasgo importante que permite diferenciarla de las sanciones civiles y de las demás medidas coactivas estatales, de modo que es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún sufrimiento a su destinatario, lo que no varía, sea que se considere que su finalidad última es la prevención, caso en que dicho sufrir es un medio para desalentar a futuro al condenado u otra gente, o bien se estime que es la retribución, situación en que el padecimiento del que hizo un mal es un fin en sí mismo⁶². Tratándose de las otras medidas coactivas, el sufrimiento del destinatario puede ser una inevitable consecuencia colateral, la cual, como no es parte de la finalidad de las medidas, y sin que éstas pierdan su razón de ser, podría intentarse eliminarla o atenuarla, proveyendo por ejemplo una compensación adecuada a aquel a quien va dirigida, lo que obviamente no es aplicable a la pena pues el sentido de ésta se desvanecería si se compensara a los condenados⁶³.

El concepto de pena se traza desde la concurrencia de cinco características, esto es, la pena necesariamente consiste en un mal que se impone al delincuente, específicamente una privación o restricción de un derecho fundamental, que en cuanto mal o privación de derecho obedece a una previa

⁶² Cfr. NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 12ª reimpresión de 2ª ed. ampliada y revisada 1980, Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 173.

⁶³ Cfr. NINO, *ibid.*

violación de la ley, siendo en este sentido su consecuencia jurídica, aplicándose exclusivamente a la persona responsable⁶⁴ de la trasgresión, debiendo ser impuesta y administrada por las autoridades que fija la ley y tras un proceso legal, y expresando su establecimiento la reprobación y reproche por la contravención de que se trata⁶⁵.

⁶⁴ Ésta ahora no sólo persona natural (v. gr., arts. 27 a 31 CpE y arts. 14 a 17 CpCh y 58 CppCh) sino también jurídica (v. gr., art. 31 bis CpE y, en Chile, art. 1 Ley 20.393, de 25 noviembre 2009 [DO 02/12/2009]).

⁶⁵ Cfr. ORTS BERENGUER, Enrique. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 251. En el mismo sentido, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. “La pena: concepto, fundamentos y fines”. En: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.). SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, t. I, 2005, pp. 435-460, pp. 438-439, para quien son identificables como caracteres de la pena, que permiten distinguirla de otras sanciones procedentes del Estado, la privación de bienes jurídicos, su origen legal, su jurisdiccionalidad, personalidad y sujeción al principio de culpabilidad.

1.3. Medidas de Seguridad

Aunque la sociedad demanda que se imponga y ejecute pena respecto de cualquiera que incurra en un hecho catalogado como delito, en ocasiones esta pretensión de disposición y cumplimiento de condena es impracticable, como cuando el individuo que realiza un hecho típico y antijurídico es un loco o demente, quien, aún penalmente irresponsable, por la naturaleza de su hecho es alguien del cual la sociedad a futuro de alguna manera debe resguardarse, siendo muy apropiado a este objeto las denominadas *medidas de seguridad*, éstas, a principios del siglo XX y después de ser concebidas por Carlos Stoos en 1893⁶⁶, una opción legislativa que se introduce en los Códigos penales, al lado de las penas, y cuya incorporación lleva a distinguir tres sistemas de reacciones penales, a saber: *Dualista*⁶⁷, *Monista*, y *Vicarial o Sustitutivo*⁶⁸.

⁶⁶ En palabras de FRISCH, Wolfgang. “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal: Clasificación de las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho. *Indret*. 3 (2007), pp. 1-52, p. 5, Carl STOOSS en su Anteproyecto para un Código Penal Suizo de 1893, junto con prever como reacción al hecho una pena adecuada a éste y a la culpabilidad, contiene la novedad de las así llamadas medidas de seguridad, conforme las cuales los autores inimputables o seminimputables debían poder ser internados, cuando la seguridad pública lo exigiera, así como los reincidentes múltiples ser colocados en custodia y no ser penados, cuando el Tribunal estuviera convencido de que volverían a reincidir, y los delincuentes cuyos delitos se debieran a falta de afección al trabajo o a ebriedad deberían poder ser enviados a una casa de trabajo o a un establecimiento para cura de ebrios. (A. en: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf [visitado el 10/06/2010])

Indica SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2003, p. 21, en rigor sólo puede hablarse de medidas de corrección y seguridad a partir de la irrupción del pensamiento preventivo especial en el debate relativo a las teorías penales, concretamente desde la discusión originada por los planteamientos de la Escuela positivista italiana en los últimos años del siglo XIX, debiendo por tanto negarse calificar como tales medidas a aquellas técnicas, distintas de la pena en sentido estricto, que se han sucedido a lo largo de la historia con el intento de controlar una más o menos difusa peligrosidad de determinados individuos y que frecuentemente ni siquiera aparecen vinculadas a la comisión de un hecho delictivo previo, muy particularmente las aplicables a mendigos, vagos, ebrios y, específicamente, a los locos, de conformidad con la tradicional presunción absoluta de peligrosidad y consiguiente segregación de los enfermos mentales.

⁶⁷ Dice SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, op. cit.*, p. 27, el punto de partida del planteo de Stoos es el rechazo de la pena-fin (*Zweckstrafe*) de von Liszt y el mantenimiento de una concepción retributiva de la pena, fundada en la culpabilidad del sujeto, lo que obliga a recurrir, complementariamente, a las medidas sólo donde una pena no es posible o una ajustada a la culpabilidad es insuficiente conforme a las necesidades de protección de la sociedad, de modo que las medidas en cuestión, con carácter casi siempre facultativo, aparecen claramente subordinadas a la pena, lo que lleva a afirmar que se trata de un sistema no tanto de “doble vía” sino que de “doble nivel”, además que originalmente Stoos prevé expresamente la sustitución recíproca de penas y medidas.

⁶⁸ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología: Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. 1ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa, 1995, p. 6.

La pena es la sanción tradicional que caracteriza al Derecho penal, y continúa siendo su arma tradicional, mientras que las medidas de seguridad tienen otra naturaleza porque no suponen la amenaza de un mal si se comete un hecho previsto como delito⁶⁹, sino que un tratamiento dirigido a evitar que el sujeto peligroso e infractor, que demostró ya su peligrosidad, contravenga otra vez la ley penal⁷⁰, diferencias entre penas y medidas de seguridad que tampoco pueden ocultar los importantes puntos de contacto entre ambos conceptos, en especial en cuanto a la afcción de derechos básicos que similarmente ambas pueden importar para una persona.

De la manera concebida, puede sostenerse que «*son Derecho penal las normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencias jurídica*»⁷¹. Por lo mismo, igual que la pena⁷², la medida de seguridad también está sujeta a principios, éstos, concretamente, los de *legalidad, irretroactividad y proporcionalidad*⁷³, lo que se traduce, respectivamente, en que se aplica la medida sólo si concurre el presupuesto previamente establecido por la ley (art. 1.2 CpE), carecen -a menos que favorezcan al reo (art. 2.2 CpE)- de efecto retroactivo las leyes que establezca medidas de seguridad (art. 2.1 parte final CpE), y la medida se

⁶⁹ En este sentido, señalan BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Madrid: Trotta, vol. I, 1997, p. 216, el término «delito» contenido en el art. 6.1 CpE significa injusto, esto es, realización antijurídica de un tipo penal.

⁷⁰ Advierte ROCCO, Arturo. *Cinco estudios sobre Derecho Penal*. Título original: *Scritti giuridicci* (Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932). Traducción de NESPRAL, Bernardo. 1ª ed. en castellano. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003, p. 198, desde el punto de vista del fin de tutela, las medidas de seguridad, que son de tutela preventiva y no represiva, son medidas de utilidad, no de justicia, más precisamente, de utilidad social, no de justicia moral, de oportunidad y conveniencia social, no de moral social, de política social, no de justicia social.

⁷¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2004, p. 55.

⁷² *Infra* Cap. I 1.5.2. *Principios de la pena*.

⁷³ Así URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad: Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos a efectos de anomalía o alteración psíquica*. Granada: Comares, 2009, p. 24.

aplica adecuada al fin que persigue a la vez que sea necesaria a él y acorde a la peligrosidad del autor⁷⁴.

El *sistema dualista*, conocido como de *doble vía*, es el establecimiento de medidas de seguridad en los Códigos penales, al lado de las penas, como medio para combatir los delitos. En este sistema, quien juzga resuelve el conflicto que suscita la correspondiente infracción tomando en cuenta la culpabilidad y peligrosidad del inculcado, siendo la culpabilidad merecedora de pena y la peligrosidad de una medida de seguridad⁷⁵. Ambos medios deben aplicarse acumulativamente, con ejecución preferente de la pena porque así lo requiere la imperiosa necesidad de satisfacer la exigencia de justicia que la sociedad reclama⁷⁶, y por esto, cumplida la pena impuesta, se aplica también la medida de seguridad si el condenado sigue siendo alguien peligroso⁷⁷.

⁷⁴ Cfr. URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, *op. cit.*, pp. 31-54.

En cambio, para MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 760, rige como principio de aplicación de las medidas de seguridad el principio de legalidad, que comprende la irretroactividad, extendiéndose a las medidas las mismas garantías jurisdiccional y de ejecución establecidas para las penas; y según PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. "La medida de seguridad: concepto, fundamento y fines". En: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.). SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, t. I, 2005, pp. 491-510, pp. 498-499, los principios aplicables a las medidas de seguridad son los de legalidad, irretroactividad, proporcionalidad e intervención mínima, consistiendo la proporcionalidad en que la medida no puede exceder de la pena abstractamente aplicable al hecho cometido ni tener una mayor onerosidad que aquella, y la intervención mínima en que el límite de la medida ha de ser el necesario para prevenir la peligrosidad, ésta entendida como elevada probabilidad de delinquir en el futuro.

⁷⁵ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 9.

En palabras de WELSEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción por FONTÁN BALESTRA, Carlos, con la colaboración de FRIKER, Eduardo. Buenos Aires: Depalma, 1956, pp. 240-241, «La función de protección jurídica de la pena [...] la cumple plenamente frente a los autores de oportunidad y conflicto, de la clase de población socialmente capaz de convivencia; pero no contempla la peligrosidad de ciertos delincuentes, que sobrepasan la culpabilidad individual. En ellos, la pena debe ser completada con medidas de seguridad, cuya base no es la culpabilidad, sino la peligrosidad. Estas medidas [...] son dictadas [...] para la seguridad futura de la comunidad frente a las violaciones ulteriores del derecho a esperarse de parte de ese autor. El hecho cometido tiene aquí solamente valor de conocimiento y de síntoma de la peligrosidad común del autor, a establecerse también por otros medios. Por eso, la clase y medida de las medidas de seguridad no se determinan según la gravedad del hecho, sino de acuerdo con la clase y peligrosidad del autor».

⁷⁶ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 8.

⁷⁷ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *ibid.*

Para CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, t. I, 2004, pp. 40-41, suprimir las medidas de seguridad postdelictuales supondría un grave error desde el punto de vista político-criminal (piénsese, por ejemplo, en la delincuencia habitual o profesional) e implicaría un retroceso al Derecho penal del siglo XIX, además que si los éxitos obtenidos en el tratamiento han sido

Con base en la peligrosidad⁷⁸ del individuo, la medida de seguridad es preventiva y consiste en un tratamiento para combatir o evitar que el sujeto continúe cometiendo delitos, aunque por su naturaleza encierra el peligro de estimarse que «es obvio que será indeterminada pues sería ilógico que con anterioridad se pudiese fijar un tiempo para decir que el tratamiento debería terminar tal día y tal fecha»⁷⁹.

escasos no por ello a futuro no pueden ser mayores, mediante el desarrollo de nuevas formas o clases de ejecución de las medidas y la creación de centros adecuados, dotados de personal especializado, siendo por tanto censurable que no se incluyan en el nuevo Código penal medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave (internamiento en un centro de terapia social e internamiento en un centro de custodia). Reiterando, señala CERESO MIR, José. “La actual orientación político-criminal del Código Penal Español”. En: VV.AA. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (Coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal: Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*. 1ª ed. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 519-545, pp. 534-538, para delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave hay que descartar el internamiento en un establecimiento de trabajo pues se ha puesto de manifiesto que les es ineficaz y desproporcionada y, por ende, rechazable, aunque pueda ser eficaz para los delincuentes habituales de criminalidad leve (pequeños timadores, carteristas), debiendo haberse previsto en el nuevo Código Penal la posibilidad de aplicar la medida de internamiento en centro de terapia social, para menores de veinticinco años, en quienes se aprecie una grave anomalía en su personalidad que hubiera influido en la comisión del delito y, por último, la de internamiento en un centro de custodia, imprescindible para enfrentar la peligrosidad de estos delincuentes, a quienes no se puede aplicar el internamiento en un centro de terapia social por la edad avanzada, porque no presentan graves anomalías en su personalidad que guarden relación con la comisión delictiva, o que no acepten dicha medida o que en su aplicación no ofrecen serias perspectivas de contribuir a favorecer la reinserción social.

⁷⁸ Al respecto, señalan ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 55, «El concepto tradicional (positivista) de *peligrosidad* es incompatible con la premisa básica del jushumanismo: *todo humano es persona porque está dotado de razón y conciencia* (art. 1º de la Declaración Universal). *Persona* implica autonomía de conciencia (elección autónoma entre el bien y el mal); *peligrosidad* implica determinación (negación de elección autónoma). En este sentido, *peligrosa* puede ser *una cosa, pero no una persona*. Si por *peligrosidad* quiere entenderse algo diferente de *determinación al mal* y, por tanto, se apela a la mera *probabilidad de mal*, no pasa de ser un dato estadístico que, en el caso concreto, no puede asegurar nada».

⁷⁹ RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 8.

Mas, con una medida de seguridad que prive de libertad, es reprochable la indeterminación si se excede el lapso por el cual el hecho de haber sido culpable habría visto afectada su autodeterminación pues el desborde lesiona efectivamente el derecho a la libertad, afección ligada a una conducta futura que, por la propia naturaleza humana, es incierta en su ocurrencia. De esta repulsa dan cuenta los arts. 101.1, 102.1 y 103.1 del CpE, relativos, en ese orden, al exento de responsabilidad penal, por el artículo 20.1, 20.2 y 20.3 del mismo Código. Como prescribe el art. 101.1, la duración de la medida de seguridad de “internamiento”, para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, no puede exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad de haberse hallado responsable el sujeto. En el mismo sentido se pronuncian las dos restantes, el artículo 102.1 respecto de la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, y el artículo 103.1 respecto de la de internamiento en un centro educativo especial; otro tanto sucede con el artículo 104.1 del Código, ya que para condenado a pena privativa de libertad y a cuyo favor corren eximentes incompletas, en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20, dispone que el internamiento no puede exceder de la pena que prevé el Código para el delito.

La fundamentación de un sistema dualista no es obvia ni mucho menos pues una estricta separación entre penas y medidas de seguridad sólo es posible si la pena se entiende desde el punto de vista de las teorías absolutas y, contrariamente, la fundamentación es especialmente discutible cuando la pena se concibe según las teorías de la unión⁸⁰.

El *sistema monista*, y de ahí su nombre, insta por que no se aplique una pena y una medida de seguridad sino que sólo una de ellas, y ello porque presentan rasgos que más las asemejan que las diferencian marcadamente, como, por ejemplo, ambas presuponen un delito, son impuestas vía jurisdicción, son aflictivas -en sentido de privar de libertad a su destinatario- y persiguen el mismo fin de defensa de la sociedad⁸¹. Este sistema propone eliminar los conceptos de penas y medidas de seguridad y utilizar uno común, el de sanción⁸².

En sus posibilidades, para BACIGALUPO ZAPATER, el sistema monista no es uno que se vaya a imponer en lo inmediato, ni aún por las dificultades teóricas y las tendencias hacer muy problemático el futuro del sistema dualista⁸³, y en sus características, en la estimación de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, se trata de un sistema que lleva a una solución que ofrece siempre una alternativa insatisfactoria: o pena retributiva o sistema excluyente de medidas y tratamientos⁸⁴.

⁸⁰ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. 2ª ed. totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 49.

⁸¹ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 8. Según señalan QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *Parte General del Derecho Penal*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005, p. 130, debe reconocerse que, en las concepciones dominantes en el Derecho penal, hasta hoy, indudablemente las penas y las medidas son diferentes por sus fundamentos, fin y su contenido.

⁸² RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 8-9.

⁸³ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, p. 51.

⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 379.

En el *sistema vicarial* se postula que la pena sea sustituida por una medida de seguridad, la cual, una vez cumplida, y siempre que sea necesario ejecutar la pena, se toma en cuenta para hacer efectiva la pena y fijar su duración. Considerado por la autoridad que no se requiere pena, puede decretarse la suspensión de la ejecución de la pena y que en su reemplazo se aplique una medida de seguridad⁸⁵.

En este sistema destaca el arbitrio excesivo otorgado al juez, en que éste tiene facultad para decidir libremente si se ejecuta o no la medida de seguridad, en detrimento de la certeza e igualdad, además que no es claro si la medida en cuestión es obligatoria o facultativa⁸⁶. A su vez, como pueden intercambiarse o sustituirse y tener un mismo efecto práctico (p. ej., la privación de libertad), parecen desaparecer las diferencias que sí existen entre penas y medidas de seguridad, sin perjuicio de ser distintos sus presupuestos, esto es, la *culpabilidad* en las penas y la *peligrosidad* en las medidas, y que cada una de ellas cumple función y satisface exigencias político-criminales diversas⁸⁷. En tal sentido, señala BACIGALUPO ZAPATER, el distingo entre penas y medidas, la base del sistema dualista, tiende a perder sostén legal en las legislaciones modernas por la aceptación cada vez más difundida del denominado principio vicarial, que hace compatible el período de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad con el cumplimiento de la pena privativa de libertad⁸⁸.

En lo negativo, como no se sujeta al principio de proporcionalidad con el mismo rigor que una pena, la que al ser prevista debe siempre ajustarse estrictamente a la gravedad del hecho, la medida de seguridad tiene una duración proporcional a la de la pena *in abstracto* fijada por ley para el delito

⁸⁵ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁶ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *ibid.*

⁸⁷ Cfr. RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 10.

⁸⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, p. 51.

si es declarado culpable el hechor y por tanto puede ser más perjudicial que la pena porque ésta legalmente dispuesta lo es siempre para el autor de un delito consumado⁸⁹ (v. gr., arts. 61 CpE y 50 CpCh).

También en la práctica, y como es de suponer, la medida afligiría más que una pena si no se aplica bajo las condiciones ambientales y especializadas mínimas requeridas de acuerdo a la situación de aquél a quien va dirigida (v. gr., un demente), como bien ilustra la prensa escrita en un reportaje acerca de enajenados que han realizado hechos típicos y antijurídicos: «[...] el director del psiquiátrico penitenciario -médico de formación- contempla la escena y mueve la cabeza: “Es una pena. Muchos de ellos no tendrían que estar aquí. Hacemos todo lo posible porque esto no huelga a manicomio ni huelga a cárcel, pero lo cierto es que en la puerta pone psiquiátrico y estamos dentro de los muros de la prisión de Sevilla-2. Un enfermo mental no debería estar aquí. Una cárcel no es un sitio para dar salud. Estamos matando moscas a cañonazos”»⁹⁰.

Ahora -antes sí de la última reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio-, trasladando a la legislación penal española el problema de la relación entre pena y medida de seguridad⁹¹, sobre todo siendo ésta privativa de libertad, en opinión de PIÑOL RODRÍGUEZ, se contemplaría un sistema de *dualismo flexible* o *dualismo mitigado*, ya que la respuesta al delito se articula mediante penas y medidas de corrección y de seguridad, en que estas dos reacciones penales no se acumulan al momento de ejecutarse sino que se hace

⁸⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 64.

⁹⁰ Diario El País (www.elpais.es), 11 de noviembre de 2007, suplemento Domingo: “Presos de locura”, pp. 1-5, p. 2.

⁹¹ En Chile, ya en el Cpp, las medidas de seguridad, en un sistema dualista, se aplican sólo al enajenado mental que realiza un hecho típico y antijurídico y siempre que hayan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí u otras personas (art. 455), consistiendo, según la gravedad del hecho, en la internación en un establecimiento psiquiátrico o custodia y tratamiento (art. 457 inc. 1), durando mientras subsisten las condiciones que las hacen necesarias, no pudiendo extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que ha podido imponerse o del tiempo que corresponde a la pena mínima probable, ésta entendida como el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que prescribe la ley para el delito (art. 481 incs. 1 y 2). También son imponibles al condenado que cae en enajenación mental (art. 482).

posible su recíproca sustitución mediante la técnica conocida como “sistema vicarial”, que mitiga o flexibiliza el sistema originario, aparte que ciertas particularidades lo aproximan a uno de carácter monista, sobre todo por cómo se concretan las exigencias del principio de proporcionalidad de las medidas (arts. 6.2, 95.1.2º, 97, 101, 102 y 103 CpE)⁹².

Para SANZ MORÁN, en la evolución del Derecho penal, la rígida acumulación de pena y medida de seguridad, propia del sistema dualista originario, se va reemplazando por el sistema vicarial, y a la luz de este cambio, que tanto ha aproximado a la pena y a la medida, en que en la etapa de ejecución no es posible incluso sustituir una por otra, no es extraño que aumenten las dudas acerca del futuro del modelo de doble vía⁹³, y además, por su doble modo de reaccionar frente al delito, cabría adscribir al Código a un “dualismo mitigado” pues no se acumulan penas y medidas de seguridad y corrección ya que, si ambas vienen en consideración, su ejecución se articula mediante el sistema vicarial⁹⁴, aunque la articulación particular del modelo en el Derecho positivo contiene ciertas peculiaridades que lo aproximan a uno de carácter monista, debido sobre todo al modo en que se concretan las exigencias del principio de proporcionalidad de las medidas⁹⁵.

Con cierta semejanza, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA señala que, por la exigencia del artículo 25.2 de la Carta de que las penas privativas de libertad y medidas de seguridad se orienten hacia la reeducación y reinserción social, cabe pensar que la Ley fundamental ampararía un sistema dualista flexible o el llamado sistema de la “pena-medida”, con la certeza que la prescripción

⁹² PIÑOL RODRÍGUEZ, “La medida de seguridad: concepto, fundamento y fines”, *op. cit.*, p. 498, en: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.). SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*

⁹³ SANZ MORÁN, Ángel José. “Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal”. En: SANZ MORÁN, Ángel José; TORIO LÓPEZ, Ángel (Dirs.). *Revista de Derecho Penal*. nº 1. Valladolid: Lex Nova, 2000, pp. 29-47, p. 31.

⁹⁴ Cfr. SANZ MORÁN, “Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal”, *op. cit.*, p. 33, en: SANZ MORÁN, Ángel José; TORIO LÓPEZ, Ángel (Dirs.), *Revista de Derecho Penal*, nº 1, *op. cit.*

⁹⁵ SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Código penal*, *op. cit.*, pp. 157-158.

constitucional, como se contradice con él, pone fin al modelo tradicional rígido de la doble vía, el que ya no puede afirmarse en toda su pureza conceptual⁹⁶, por lo cual, además, en lo que toca al sistema de relaciones entre penas y medidas de seguridad, el Código de 1995 opta por un modelo dualista flexible, de fuerte inspiración vicarial en el instante de ser ejecutadas las consecuencias privativas de libertad (penas o medidas)⁹⁷.

En cambio, QUINTERO OLIVARES y PRATS MORALES entienden haber un sistema monista, pues, luego de afirmar que la expresa proclamación de un modelo dualista por la que opta el Código penal de 1995, que regula los estados peligrosos y las medidas de seguridad, no importa la aceptación de este sistema sino que se trata sólo de la expresión de una lucha por evitar que la imposición de medidas de seguridad se haga prescindiendo de las garantías penales⁹⁸, hacen presente que, centrada la preocupación hoy en la función reeducadora o rehabilitadora de la ejecución penal, es posible sostener que cada vez más a la pena se le quiere dar contenido de medida de seguridad. Incluso, irrenunciables las garantías del Estado de Derecho social y democrático, con lo que la garantía de la seguridad jurídica significa que en relación a los castigos hay que saber en qué consisten como también cuánto duran, se sigue que a la pena se le quiere dar contenido y función de medida y rodear a ésta de las garantías, incluidas las jurisdiccionales, que en su momento se concibieron para las penas⁹⁹. El principio de alternatividad, pena o medida y no ambas, o el sistema vicarial, intercambio en el abono de la duración de la fase de pena y la previa fase de medida, cuando se decide la imposición de ambas (el sistema que observa el artículo 99 del CpE), obedecen a la finalidad de establecer materialmente un castigo único, pese a sus diferencias formales, lo que implica un acercamiento práctico al

⁹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 384.

⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 389.

⁹⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 129.

⁹⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 132.

monismo, que subyace a esas decisiones como propósito¹⁰⁰. Se concluye que deben rechazarse las medidas de seguridad acumulativas, debiendo ser tratados los delincuentes profesionales y habituales de acuerdo a las particularidades de su personalidad, lo que no puede traducirse en drásticos aumentos de castigo, quedando solamente las medidas de seguridad que se plantearan como sustitutivas o vicariales respecto de las penas, medidas que así formuladas encierran una implícita y justa sumisión a los postulados del monismo, entendido éste a la luz de las corrientes político-criminales modernas¹⁰¹.

Terciando, MARTÍNEZ GUERRA dice que en los artículos 99 y 104 del CpE se regula el sistema vicarial, cuyo presupuesto de aplicación es la concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad¹⁰². Tajante, DEL VALLE SIERRA LÓPEZ refiere que «El sistema vicarial se regula por primera vez en España, cuando en 1983 se produce la Reforma parcial 8/1983 de 25 de junio [...]. Rechazada la estructura alemana para su plasmación en nuestro Código, se articula todo un sistema propio de la vicariedad, reformado por el Código Penal aprobado el 8 de noviembre de 1995. Este sistema vicarial presenta muchas mejoras [...]»¹⁰³.

Sin embargo, ya con la modificación introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, puede afirmarse que el Derecho penal español trasluce propender al sistema dualista, pues, como medida de seguridad, se prevé libertad vigilada (art. 96.3.3ª Cp), de aplicación no sólo a inimputables (Cp, art. 105 en relación con arts. 101, 102 y 103) o semiimputables (Cp, art. 105 en relación con art. 104), hasta entonces únicos destinatarios de medidas, sino también a

¹⁰⁰ QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., pp. 132-133.

¹⁰¹ QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., pp. 134.

¹⁰² MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *Nuevas tendencias polímicriminales en la función de las medidas de seguridad: Su repercusión en la regulación española*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 68 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Nº 22).

¹⁰³ DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, María. *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 399.

imputables (art. 105 párr. 1 *in fine* Cp), específicamente delincuentes terroristas (art. 579.3 Cp) y sexuales (art. 192.1 Cp), a quienes debe el juez o Tribunal en la sentencia imponérselas para cumplirse después de la pena privativa de libertad, casos en los que, dos meses antes de ese cumplimiento, de modo que a continuación pueda iniciarse la libertad vigilada, el Juez de Vigilancia Penitenciaria debe elevar la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, el cual concretará el contenido de la medida, fijando las obligaciones o prohibiciones respectivas (art. 106.2 Cp).

El dualismo a que remite la legislación vigente puede ser visto como contradiciendo el espíritu de la preceptiva constitucional, el artículo 25.2, por cuanto es imposible aspirar a una reeducación y reinserción social del condenado si la medida de seguridad de libertad vigilada dispuesta es de contenido esencial y mayoritariamente dirigido al alejamiento del infractor más que a obtener su mejora, o sea, una configuración que claramente tiende más a medidas puramente asegurativas que terapéuticas.

Como indica URRUELA MORA, una medida meramente inocuizadora, desprovista de toda aspiración rehabilitadora, es contraria al propio mandato constitucional que impone el tratamiento de la peligrosidad criminal del sujeto, y debe ser proscrita, lo que no obsta a que en el plano de la ejecución, y una vez aplicadas, existan medidas que de *facto* se hayan revelado como absolutamente ineficaces para el tratamiento de esa peligrosidad, demostrando entonces sólo haber cumplido funciones asegurativas respecto del sujeto concreto¹⁰⁴. La aceptación de la legitimidad de medidas de seguridad puramente inocuizadoras y desprovistas desde su inicio de pretensión resocializadora o rehabilitadora alguna posibilitaría, en última instancia, la creación de una subcategoría de individuos, a los que, con base en el mal pronóstico que ofrece el tratamiento de su peligrosidad criminal,

¹⁰⁴ URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, *op. cit.*, p. 20-21.

sería admisible aplicarles medidas de naturaleza meramente segregativa, en las que los esfuerzos terapéuticos resultasen nulos o absolutamente inexistentes, normalmente fundado en el argumento del alto costo económico de cualquier acción rehabilitadora de cierta entidad¹⁰⁵.

Sin olvidar que en el Proyecto de Reforma del Código Penal, el año 2007, fue prevista como pena menos grave¹⁰⁶ privativa de derechos¹⁰⁷, sustitutiva incluso de una privativa de libertad¹⁰⁸, y como medida de seguridad¹⁰⁹, y en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, el año 2008, como pena privativa de otros derechos, pudiendo ser grave (tiempo superior a cinco años) o menos grave (de uno a cinco años)¹¹⁰, en todo caso de carácter

¹⁰⁵ Cfr. URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, op. cit., p. 21.

¹⁰⁶ Ley 121/000119, de 15 de enero de 2007 Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Artículo único. Tercero: «Artículo 33. Se modifica la letra j) del apartado 3, se añaden las letras l), m) y n) al apartado 3, se modifica la letra g) del apartado 4 y se añade un apartado 7, con el siguiente contenido: «3. Son penas menos graves: [...] n) La libertad vigilada de seis meses a un año». (Ley 121/000119, de 15/01/2007, BOE nº 119-1, en: www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_119-01.PDF [visitado el 05/11/2010])

¹⁰⁷ Ley 121/000119, de 15 de enero de 2007, Artículo único. Séptimo: «Se añade una letra j) al artículo 39, que tendrá la siguiente redacción: «j) La libertad vigilada»» Esta pena, según establecía el Artículo único. Noveno. de la Ley 121/000119, modificando el apartado 4 del artículo 48, «[...] obliga al penado a facilitar de manera efectiva y constante su localización».

¹⁰⁸ Ley 121/000119, de 15 de enero de 2007, Artículo único. Decimonoveno: «Se modifica el artículo 88, que queda redactado como sigue: «1. Cuando la naturaleza del hecho, las circunstancias personales del reo, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, en la misma sentencia o, posteriormente, en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de dos años, por alguna de las siguientes, aunque la ley no las prevea para el delito de que se trate: [...] d. libertad vigilada de seis meses a un año [...]»».

¹⁰⁹ Ley 121/000119, de 15 de enero de 2007, Artículo único. Vigésimo tercero: «Se añade la regla 12. Apartado 3 del artículo 96, que queda redactada como sigue: «12.a La libertad vigilada»».

¹¹⁰ Anteproyecto de Ley Orgánica, de 14 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Artículo único. Tercero: «Artículo 33. Se añaden las letras j) y k) al apartado 2, se modifica la letra j) y se añade la letra l) del apartado 3, y se añade un apartado 7, con el siguiente contenido:

«2. Son penas graves:

[...]

j) La libertad vigilada por tiempo superior a cinco años.

[...]

«3. Son penas menos graves:

[...]

l) La libertad vigilada de uno hasta cinco años».

(Anteproyecto de LO, de 14/11/ 2008, que modifica la LO 10/1995, del Código Penal, disponible en: www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2008/noviembre/Anteproyecto%20de%20LO%20de%20reforma%20C%F3digo%20Penal%202008%2014-11-08.pdf [visitado el 22/ 10//2010])

accesoria¹¹¹ y con cumplimiento sucesivo a la pena de prisión, de entre diez y veinte años y de entre uno y diez años según se trate, respectivamente, de delitos graves o menos graves¹¹², la libertad vigilada de hoy, en tanto posterior al cumplimiento de una pena privativa de libertad, resulta bastante inconsistente por cuanto se le dice al delincuente que su culpabilidad determina el límite de su pena, la que tiene como fin primordial su reeducación y reinserción social, pero que, a la vez, para tales logros se requiere además una medida superior en extensión a la pena propiamente dicha.

Constitutivas de libertad vigilada y con cumplimiento posterior a la pena, prohibiciones de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 106.1.g) Cp) o de residir en determinados lugares (art. 106.1.h) Cp), pueden implicar una posible inconstitucionalidad pues perfectamente configuran medidas predelictuales en tanto dan respuesta a un hecho anterior ya sancionado penalmente y se imponen para prevenir futuros delitos, o sea, se establecen como sanción acumulativa ante la persistencia de la peligrosidad de un sujeto, quien no ha cometido otra infracción penal, con lo que ellas se corresponden más con un Derecho penal de autor¹¹³ que uno de

¹¹¹ Anteproyecto de Ley Orgánica, de 14 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Artículo único. Octavo:

«Se añade el artículo 49 bis que tendrá la siguiente redacción:

«1. La pena de libertad vigilada tendrá siempre carácter de pena accesoria. [...]».

¹¹² Así según lo que era el nuevo art. 57 bis, apartado 2, introducido por el Artículo único. Decimotercero del Anteproyecto, el que previamente, en su Artículo único. Sexto, establecía que «El actual apartado 5 pasa a ser el apartado 6, y el apartado 5 del artículo 40 queda redactado como sigue: «5. La pena de libertad vigilada tendrá una duración de uno a veinte años.»».

¹¹³ En este aspecto, en el ámbito de las penas, hace presente ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Contrarreforma penal (El *Annus Horribilis* de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1347-1382, pp. 1350-1351, el Cp de 1995 da cuenta de una reprobable culpabilidad por la conducción de la vida, propia del Derecho penal de autor, lo que ocurre cuando la LO 11/2003 eleva a la categoría de delito la reiteración de faltas de lesiones y contra la propiedad, y el lucrarse explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma (art. 188), y cuando la LO 15/2003 castiga la posesión para uso propio de material pornográfico en el que han intervenido menores (art. 189.2).

acto, en que el castigo se hace efectivo no por lo hecho sino por lo que se pudiere hacer, es decir, por tener la persona una predisposición al crimen¹¹⁴.

No se puede obviar que, como señala MUÑOZ CONDE, «Con el sistema dualista se hace cada vez más evidente la sospecha de que en todo este asunto estamos asistiendo a un gran «fraude de etiquetas», en el que el Derecho penal de culpabilidad, con todas sus imperfecciones, pero también con todas sus garantías, tiende a ser completado o sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales y, por eso, no limitados por los principios penales clásicos, pero tremendamente eficaces en su incidencia sobre la libertad de los individuos»¹¹⁵.

Tampoco se puede desconocer que su presupuesto de aplicación, la peligrosidad criminal, esto es, la cualidad de una persona en la que se aprecia la probabilidad de realizar en el futuro una acción socialmente dañosa constitutiva de delito descrito por la ley penal¹¹⁶, es sólo un juicio de pronóstico y que poco tiene que ver con la certeza jurídica¹¹⁷, más claro, como exponen COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, «no es posible aún dar -ni por medio del estudio en equipo criminológico y menos por los restantes métodos empleados- [...] un pronóstico sobre la “probabilidad” de que un sujeto concreto llegue al delito. Tales pronósticos sirven tan sólo para determinar el porcentaje de delincuentes en una muestra determinada [...]»¹¹⁸.

¹¹⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: Parte general*. 5ª ed. actualizada. Barcelona: Bosch, t. I, 2004, pp. 101-102.

¹¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 61.

¹¹⁶ Así el concepto ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986, p. 44.

¹¹⁷ Cfr. DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, op. cit., p. 93.

¹¹⁸ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 992 y n. n° 21.

A la vez, por ejemplo, con delincuentes sexuales, sujetos a los cuales se dirige la medida, el protocolo para la evaluación del riesgo de violencia sexual, el SVR-20, aplicado en población española, arroja una capacidad predictiva de una AUC¹¹⁹ de 0,88, que es una valoración global del riesgo como bajo¹²⁰, o sea, se está ante un grupo infractor que no necesariamente reincide y, lo que es todavía más significativo, presenta tasas por un nuevo delito sexual de un 13,4%, reincidiendo los agresores de mujeres adultas en un 18,9% y los paidófilos en un 12,7%¹²¹, habiendo incluso Estudio con delincuentes sexuales condenados en Catalunya que arroja como tasa de reincidencia un 5,8 %, situándose la tasa de reincidencia de los delincuentes en general en un 37,4 % mientras que la de los delincuentes sexuales es del 19 %, cifra respecto a la cual un 6,2 % reincide en un delito violento y otro 6,2 % en otro tipo de delito¹²². Como bien dice von HIRSCH, determinar para los pronósticos un nivel de certeza sólo tiene sentido si los métodos de predicción existentes son suficientemente fiables, punto en el cual surgen los principales problemas para los modelos que justifican la prolongación de penas para los delincuentes peligrosos, agudizándose los problemas de

¹¹⁹ Este índice AUC (*Area Under Curve*) se obtiene mediante el cálculo de la curva ROC y es un indicador de la capacidad predictiva. Oscila entre 0,50 y 1, y es tanto más adecuado cuanto más cerca está de 1. La curva ROC (*Receiver Operating Characteristics*) optimiza el punto de corte. El análisis y la determinación de esta curva se hace mediante la determinación de la sensibilidad y especificidad, es decir, ver la fiabilidad en distintos puntos de la prueba (máximo número de puntos posibles). Se realiza trazando un diagrama en el que la ordenada es la sensibilidad y la abscisa la especificidad. Cuanto más sensible y específica sea la prueba (representación: puntos más hacia arriba y más hacia la izquierda) más se alejará de la diagonal, el mejor punto de corte es el que más se aleja de la diagonal.

¹²⁰ Así ANDRÉS-PUEYO, Antonio; ECHEBURÚA, Enrique. “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”. *Psicothema*. vol. 22, n° 3 (2010), pp. 403-409, p. 407. (A. en: <http://www.psicothema.com/pdf/3744.pdf> [visitado el 08/01/2011])

¹²¹ Así GARRIDO GENOVÉS, Vicente; ANYELA MORALES, Luz. *Psicópatas y otros delincuentes violentos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 241.

¹²² Según publica el diario La Vanguardia (www.lavanguardia.es), 2 de abril de 2009, p. 24, se trata de Estudio de la Consellería de Justicia, realizado a 315 delincuentes sexuales puestos en libertad entre 1998 y 2003, habiéndose efectuado una serie de entrevistas en profundidad a reincidentes y no reincidentes que constata que el resultado del tratamiento es mejor si se adapta a la heterogeneidad de los delincuentes sexuales y continúa una vez que han sido puestos en libertad. (Estudio disponible en: http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/Delitos_sexuales_y_reincidencia.pdf [visitado el 20/02/2011])

fiabilidad si la predicción no atañe exclusivamente a casos psiquiátricos y se extiende a la peligrosidad criminal en general¹²³.

Asimismo, su propio diseño ejecutivo permite establecerla más como una pena que como medida, pues, advierte ACALE SÁNCHEZ, el Juez sentenciador la puede dejar sin efecto basado en pronóstico positivo de reinserción que haga considerar innecesaria o contraproducente continuar con las obligaciones o prohibiciones que ella impone [art. 106.3.c)], pero esa decisión de cese se adopta desconociendo la vida penitenciaria del condenado, sin otros antecedentes que los que se contengan en la propuesta que en tal sentido formule el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que pone de manifiesto que «no se trata pura y simplemente de una medida de seguridad, sino que se trata de algo que la supera: todo apunta a que no se trata más que de otra pena de cumplimiento posterior a la privación de libertad»¹²⁴.

Todavía más, la medida tiene contenido que es el mismo, en parte, que el de una pena privativa de derechos, específicamente, las prohibiciones de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (arts. 39.g) y 106.1.e) Cp) y de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal (arts. 39.h) y 106.1.f) Cp).

En fin, en la instauración de la medida de seguridad de libertad vigilada el legislador falta tanto por exceso como por defecto pues, en el primer caso, ya que siempre se impone la medida si la condena es a pena de prisión, salvo que se trate de un solo delito menos grave cometido por delincuente primario,

¹²³ Von HIRSCH, Andrew. “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”. En VV.AA. CID, José; LARRAURI, Elena (Coords.). *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 191-210, pp. 205-206.

¹²⁴ ACALE SÁNCHEZ, María. “Libertad Vigilada”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 147-158, p. 157.

en que el Tribunal podrá imponerla o no en atención a la menor peligrosidad del autor (art. 192.2 Cp), iguala, por ejemplificar, al agresor sexual (art. 178 Cp) con el abusador (art. 181 Cp), acosador (art. 184 Cp), exhibicionista (art. 185 Cp) y provocador sexuales (art. 186 Cp), con el corruptor de menores (art. 189.4 Cp), el proxeneta (art. 188.1 Cp) y con quien para uso propio posee material pornográfico en cuya elaboración se han utilizado menores de edad o incapaces (art. 189.2 Cp), y, en lo segundo, excluye individuos que en los hechos presentan peor condición que un delincuente sexual con mal pronóstico, cual es la situación de quien ha sido condenado ya por varios delitos graves contra la vida.

Realmente, no es difícil estimar que la medida de seguridad de libertad vigilada tiende a responder en alguna forma a entendibles clamores ciudadanos por justicia -en que no faltan demandas de aumentos de penas- y más seguridad¹²⁵, aparte que explaya perfectamente el carácter acentuadamente punitivo del legislador¹²⁶, ya que éste, como hace ver SILVA

¹²⁵ P. ej., muerte la niña Mari Luz Cortés y su a la sazón presunto victimario alguien previamente condenado por abuso sexual, sin el diseño actual de la libertad vigilada como medida de seguridad sino que aquélla prevista en Anteproyecto de LO de reforma del Cp como pena accesoria, informa el diario La Vanguardia (www.lavanguardia.es), 11 de septiembre de 2008, p. 17: «**Terroristas y pederastas podrán ser vigilados 20 años tras salir de prisión. Justicia e Interior impulsan medidas para controlar a los delincuentes reincidentes.** [...] El delincuente conocido como segundo violador del Eixample, o Santiago del Valle, presunto asesino de la niña Mari Luz Cortés, reincidieron en sus delitos y causaron grave alarma social después de haber cumplido las primeras penas que les habían sido impuestas. Se trata de que casos así no se repitan con facilidad, [...]» [por SAP Huelva, de 18 de marzo de 2011, N° Roj: 1/2011 (Ponente: Antonio Germán Pontón Práxedes), del Valle fue condenado por asesinato [alevosía], sin concurrir modificativa de responsabilidad criminal, a 19 años de prisión]. Luego, con la muerte de la joven Marta del Castillo, cuyo cuerpo hasta hoy (febrero 2013) no ha sido encontrado, informa el mismo diario La Vanguardia, 25 de febrero de 2009, p. 24: «**El asesinato de Marta reabre el debate sobre la cadena perpetua.** La crueldad en el asesinato de Marta del Castillo, el dolor de sus padres y la profunda indignación social ha despertado una vez más el debate sobre el cumplimiento íntegro de las penas e, incluso, como han reclamado los padres de la joven asesinada, la introducción de la cadena perpetua».

¹²⁶ P. ej., Exposición de Motivos de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela [...] dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, [...]»; Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, de 14 de noviembre de 2008: «la realidad social determina que el ordenamiento esté sometido a un proceso constante de revisión. Las estructuras en el ámbito penal [...] se adaptan con dificultad a la mutabilidad de la dinámica social, a causa de que las garantías fundamentales de la seguridad jurídica y la confianza legítima informan [...] el ordenamiento jurídico criminal, siendo [...] la estabilidad una de las piedras angulares del sistema. Esta última circunstancia puede tener [...] importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad. Varios son [...] los sucesos que motivan la necesidad de emprender una nueva reforma al Código Penal de 1995»; Preámbulo de

SÁNCHEZ, en el CpE 1995 reconoce expresamente -si bien a medias- la tendencia claramente dominante de introducir nuevos tipos penales y de agravar los existentes, pues refiere, en la “Exposición de Motivos”, que hay una antinomia entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja y que esta contradicción habrá de resolverse dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia a la par que eliminando figuras delictivas que han perdido su razón de ser, sólo que «En realidad [...] lo evidente era la acogida de «nuevas formas de delincuencia» y la agravación general de las penas imponibles a delitos ya existentes (sobre todo, socio-económicos); en cambio, la trascendencia de la eliminación de ciertas figuras delictivas resulta prácticamente insignificante»¹²⁷.

la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: «La evolución social de un sistema democrático avanzado [...] determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto de los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos al concepto mismo de Estado de Derecho».

En opinión de LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 55-56, «El actual contexto político y científico de expansión del Derecho penal genera la creación de delitos nuevos, la imposición de penas cada vez más severas y la búsqueda de una mayor eficacia -obviamente, represiva- frente a la criminalidad [...] Dicho fenómeno expansivo está presente en la legislación española, y en otras, y supone una notable restricción de las garantías sustantivas y procesales propias del Derecho penal del Estado de Derecho».

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, pp. 20-21.

En opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, “Contrarreforma penal (El *Annus Horribilis* de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”, *op. cit.*, p. 1348, en: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal...*, *op. cit.*, «el Código Penal de 1995 no era nuevo [...] porque no asumía ninguna línea político-criminal moderna en ámbitos tan elementales como el de la despenalización o el de la renuncia drástica a la pena privativa de libertad; [...] operaba totalmente de espaldas a la realidad criminológica española cerrando los ojos a problemas de gran magnitud (así, por ejemplo, la prisión aparecía como la respuesta prioritaria al problema de las drogodependencias); [...] carecía totalmente de una «teoría de la pena», cuestión básica en un Código Penal y extraordinariamente rica en problemas constitucionales que no se vieron o no se quisieron (colocándose así el CP-95 muy por detrás de lo que ya era jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo)».

Mucho más crítico, dice LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 73-74, «El Código penal “de la democracia [...] constituye un cuerpo legal impropio de un Estado social y democrático de Derecho por el notable debilitamiento que se ha propiciado del fundamental principio de legalidad al acoger muchos tipos abiertos, generadores de arbitrariedad, por el recurso frecuente a cláusulas generales o la proliferación de delitos de peligro, incluso abstracto, y por el abuso de las denominadas normas penales en blanco. También en su texto se burla con frecuencia el principio de intervención mínima, con la invasión criminalizadora de ámbitos civiles, mercantiles, administrativos o laborales y la consiguiente creación de nuevos delitos de muy difícil justificación».

La buena intención del legislador de proteger la seguridad y la libertad de los ciudadanos¹²⁸ mal puede justificarse lograrla limitando la libertad de quien aparece aún como peligroso después de cumplir una pena de prisión y por ende pagado su deuda con la sociedad, pues, en el Cp, el criterio básico de distribución de riesgo entre los individuos y la sociedad es la culpabilidad por el hecho, de modo que, saldada la culpa, el colectivo asume la reincidencia, además que el delincuente de marras nunca deja de ser “persona”, atributo por el cual, purgado el delito, tiene derecho a gozar de libertad como cualquier individuo que no ha infringido ley penal.

La medida de seguridad de libertad vigilada, con esa nominación u otra, es una realidad en el continente europeo, como así lo demuestra la «Decisión Marco 2008/947/JAI del CUE, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas», pero articulada en forma de hacerse efectiva para inmediatamente después de haberse cumplido pena de prisión es una opción inocuizadora para el delincuente peligroso que conlleva riesgos para principios esenciales del Estado de Derecho, como son los de *ultima ratio* del Derecho penal, *non bis in idem*, y de proporcionalidad de la respuesta sancionatoria.

Por su contenido preminentemente asegurativo, además que en su dimensión terapéutica está condicionada al consentimiento del penado (art. 100.3 CpE), la medida de seguridad de libertad vigilada es identificable con el llamado

¹²⁸ Así en el Preámbulo (IV) de la LO 5/2010, de 22 de junio: «Es notorio [...] que en determinados supuestos de especial gravedad ese efecto rehabilitador de la pena se ve dificultado, en la medida en que ésta no resulta suficiente o adecuada para excluir un elevado riesgo de reincidencia. (párr. 1) La opción inocuizadora, que se traduciría en la prolongación ilimitada y/o indiscriminada de la privación de libertad, choca obviamente con principios elementales del Derecho Penal que la Constitución ampara. Se hace necesario [...] contemplar otras soluciones que, sin cejar en el esfuerzo rehabilitador que debe seguir inspirando el tratamiento penitenciario, permitan conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario devuelve a la sociedad».

Derecho penal del enemigo, por último, por su incidencia relativamente escasa sobre quien es sometido a ella, allana el camino para, con esta fórmula de pena más medida para imputables peligrosos, llegar a soluciones como la custodia de seguridad alemana, o sea, cumplimiento sucesivo de prisión y de medida privativa de carácter inocuizador¹²⁹, y lo cierto es que «La razón jurídica del Estado de Derecho no conoce enemigos y amigos, solamente culpables o inocentes; no admite excepciones a unas reglas que son garantía de verdad y libertad y que [...] no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión y tienen valor tanto en los momentos fáciles como en los difíciles»¹³⁰.

Si se quiere brindar protección eficaz a una víctima, incluso una potencial, qué más adecuado que priorizar la prevención por sobre el tratamiento de la delincuencia, una vía conjunta y coordinadamente complementaria, haciendo de aquélla el fin más importante de la Política Criminal en un Estado Social y Democrático de Derecho, o sea, incidiendo, con aptitud de neutralización o debilitamiento, en los estímulos criminógenos relacionados con las disfunciones de la política socioeconómica, educativa, institucional, familiar, para tratar de impedir que influyan eficazmente en la población propensa (prevención primaria), así como atendiendo a quienes aparezcan dentro del conglomerado social como los más vulnerables a los estímulos criminógenos más nocivos (prevención secundaria) y, finalmente, a través de intervenir profundamente, previo resguardo de sus derechos, sobre los infractores penales o muy próximos al delito, para evitar fundamentalmente la reincidencia, actuación ésta que opera a nivel extraprocesal y, con mucho, judicial preliminar (prevención terciaria)¹³¹.

¹²⁹ Cfr. URRUELA MORA *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, op. cit., pp. 262-263.

¹³⁰ LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho Penal*, op. cit., p. 44.

¹³¹ Cfr. HERRERO HERRERO, César. “La Prevención, principal vía realizadora de la Política Criminal”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*:

Como expone ROXIN, «Debido a la restringida eficacia de la pena y, también, a su nocividad, se debe dedicar mayor atención a la prevención del delito a través de medios de política social, policíacos, legislativos y técnicos»¹³², «si queremos fortalecer la seguridad individual y garantizar la paz social, tanto como sea posible, necesitamos de una ciencia interdisciplinaria de la prevención en la cual esté incluida la cooperación del derecho penal»¹³³; en último término, como refiere ROMEO CASABONA, «los objetivos de resocialización [...] encuentran su cauce adecuado para los imputables en la pena (delincuente habituales, profesionales incorregibles), acentuando los tintes de prevención especial. Para tal cometido sólo podría acudir a la pena adecuada a la culpabilidad (y a la gravedad del hecho) [...] Frente a estos delincuentes sólo parece posible como alternativa el internamiento en centros de terapia social, dentro del marco de ejecución, cuando presenten graves anomalías en su personalidad que hayan influido en la comisión del delito»¹³⁴.

Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1237-1251, pp. 1239 y 1249-1250.

¹³² ROXIN, Claus. “Problemas actuales de la política criminal”. En: VV.AA. DÍAZ ARANDA, Enrique (Ed.). *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2001. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 87-105, p. 94.

¹³³ ROXIN, “Problemas actuales de la política criminal”, *op. cit.*, p. 99, en: VV.AA. DÍAZ ARANDA, Enrique (Ed.), *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*, *op. cit.*

¹³⁴ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, *op. cit.*, p. 96.

1.4. La Reparación

Con un sujeto penalmente responsable, intermediando entre retribución y prevención, podría pensarse en una sanción penal, cual es justamente la *reparación*, con un cometido de composición entre autor y víctima, y que haga factible que pudiera repararse integralmente el daño producido por el delito, esto es, una compensación de las consecuencias del hecho a través de actuar el delincuente en pro del afectado y en aras de restablecer la paz jurídica perturbada por la comisión delictiva. Además, atendidas las penas vigentes, muchos delitos de ordinaria ocurrencia pueden estimarse de mínima lesividad, lo cual facilita que el ofendido sea receptivo a interactuar con el victimario a objeto de solucionar el conflicto originado por la conducta criminal, proceso por sí relevante en cuanto aquél puede perfectamente vivir el ilícito significativa y perdurablemente.

Una solución reparatoria como la expuesta, que se aparta de las clásicas penas, es una postura innovadora, más todavía si puede ser vista no como una pena sino como una “tercera vía” del Derecho penal, junto a las penas y a las medidas de seguridad, enfoque hecho valer por ROXIN, para quien es posible prescindir de la pena pecuniaria con la que se castiga un delito menor si hay una completa reparación del daño, como también disponerse la remisión condicional de la pena o una atenuación obligatoria en delitos mayores, soluciones que no remiten al Derecho civil pues con ellas se favorecen los fines de la pena de resocialización, ya que obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias del hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima, y de prevención integradora, porque ofrece una contribución considerable a la restauración de la paz quebrantada¹³⁵.

¹³⁵ Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)*. Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. (Auflage Beck, München: 1994). Traducción de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier. Madrid: Civitas, t. I, 1997, pp. 108-110.

La reparación se contempló en el Proyecto Alternativo de Código Penal Alemán de 1966, un ideario de la prevención general y especial, el que a través de su § 2, apartado 1, establecía programáticamente que «Las penas y las medidas de seguridad sirven a la protección de bienes jurídicos y a la reinserción del autor en la sociedad». Después, esta cuestión se abordó en 1985, por un grupo de trabajo que, ocupándose de los problemas de la reparación de perjuicios ocasionados por el delito, presentó su informe final en 1988, cuyas consideraciones básicas son tratadas y desarrolladas por Heinz Müller-Dietz, uno de los miembros del grupo. En 1992, redactado por un grupo de trabajo de profesores de Derecho penal alemanes, austríacos y suizos¹³⁶, se presentó el llamado “Proyecto alternativo sobre reparación penal”, en el que se propone, habiéndose reglamentado exhaustivamente todos los aspectos concernientes a la reparación del daño, dispensar de pena para delitos con penas menores de un año de privación de libertad así como la atenuación en los demás. En la Exposición de Motivos se destacó el propósito de evitar la aplicación de penas hasta donde sea posible y darle a la reparación un papel independiente que se aparte de la distinción entre penas e indemnización de daños civiles. En 1994 se sancionó la reforma que agregó al § 46 del StGB¹³⁷ una norma que faculta la supresión o la atenuación de la pena si el autor del hecho se ha esforzado por compensar a la víctima con empeño o sacrificio personal y ha reparado sustancialmente el daño [*vid. infra* Cap. I n. 141].

¹³⁶ En realidad, se trata de una iniciativa privada del mismo grupo que viene trabajando desde la década de 1960 y al cual se debe el Proyecto Alternativo de la parte general del Código penal de 1962. Específicamente, el proyecto sobre reparación pertenece a Jürgen BAUMANN, Anna-Eva BRAUNECK, Manfred BUGSTALLER, Albin ESER, Barbara HUBER, Heike JUNG, Ulrich KLUG, Horst LUTHER, Werner MAIHOFER, Bernd-Dieter MEIER, Peter REISS, Franz RIKLIN, Dieter RÖSSNER, Klaus ROLINSKI, Claus ROXIN, Heinz SCHÖCH, Horst SCHÜLLER-SPRINGORUM y Thomas WEIGEND.

¹³⁷ En lo que atañe, estatuye el § 46 StGB: «**Principios de la fijación de la pena.** [...]»

(2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

[...]

los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima

[...]».

En el CpE la reparación no aparece como una de las consecuencias jurídicas del delito, o sea, no es una pena, ni tampoco asoma como una tercera vía de *sanción*, independiente de las penas previstas (privativa de libertad, de otros derechos y multa), sino que se ha instaurado como un *sustitutivo*, una *suspensión* y una *atenuación* de la pena (que alcanza a toda pena), y constituye, además, una *excusa legal absolutoria*¹³⁸ en delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (arts. 305.4, 307.3 y 308.4 Cp), como también una sanción no muy original de obligación de reconstruir o restaurar en los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (arts. 321, 323 y 339 Cp). Así, aunque no se pueden sustituir penas que son sustitutivas de otras (art. 88.3 Cp), la reparación faculta la *sustitución* de la pena de prisión que no excede de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad, y la de prisión que no excede de seis meses por la de localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente, si las circunstancias personales del reo no habitual, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejan, (art. 88.1 párr. 1 Cp). Incluso, excepcionalmente, con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión ya señalados, la reparación permite sustituir la pena

¹³⁸ Siguiendo a ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 1998, p. 10, se entiende por excusas legales absolutorias toda causal que exime de pena pero que no hace desaparecer el delito mismo, obedeciendo la renuncia a la imposición de sanción por parte del legislador a razones de conveniencia social o política, pese a subsistir todos los caracteres constitutivos y valorativos de la infracción. En igual sentido se pronuncian, p. ej., BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Madrid: Trotta, vol. II, 1999, pp. 235-236, y quienes señalan que, en definitiva, estas comentadas excusas «son circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad en relación a la protección del bien jurídico, excluyen la imposición de pena». Con todo, para SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 8ª ed. Madrid: Dykinson, 2003, p. 560, «Es discutible si en todos estos supuestos estamos ante una excusa absolutoria precisamente por la posibilidad de que el sujeto puede evitar la responsabilidad regularizando su situación». Por su parte, según indica FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 99 y 211, un comportamiento positivo del sujeto realizado después de la ejecución del delito es una causa de levantamiento o anulación de la pena, cual es el carácter de la autodenuncia liberadora de los arts. 305.4, 307.3 y 308.4 Cp.

de prisión que no excede de dos años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, si de las circunstancias del hecho y del culpable se infiere que de cumplirse aquéllas se frustrarían sus fines de prevención y reinserción social (art. 88.1 párr. 2 Cp), y sin perjuicio que, con condena por delito relacionado con la violencia de género, la prisión sólo puede ser sustituida por pena de trabajos en beneficio de la comunidad o de localización permanente en lugar distinto y separado de la víctima (art. 88.1 párr. 3 Cp). A su vez, atendida fundamentalmente la peligrosidad criminal del sujeto así como la existencia de otros procesos criminales en su contra, si el delincuente es primerizo y satisface la responsabilidad civil que ha originado, la reparación autoriza la *suspensión* de la ejecución de las penas privativas de libertad no superior a dos años (Cp, art. 80.1 en relación con art. 81.1^a.3^a), con plazo de dos a cinco años para penas privativas de libertad inferior a dos años y de tres meses a un año para penas leves (art. 80.2 primera parte Cp), asimismo, suspender la ejecución de las penas privativas de libertad que no exceden de cinco años, si el delito lo cometió un drogodependiente, a causa de su dependencia, y ha satisfecho la responsabilidad civil correspondiente, sin importar si es primera vez que delinque (Cp, art. 87.1 en relación con art. 81); en todo caso, insatisfecha de cualquier forma la responsabilidad civil, se puede suspender la pena si el juez o Tribunal sentenciador, oídos antes los interesados y el Ministerio Fiscal, declara la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a tal responsabilidad (art. 81.3 Cp).

La reparación en el CpE es también una *atenuante genérica* de responsabilidad criminal (art. 21.5^a Cp¹³⁹) [se aplica igualmente a personas jurídicas (art. 31 bis 4 c) Cp)] y una *atenuante específica y cualificada* en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente (art. 340 Cp), situación de minorante genérica

¹³⁹ «Son circunstancias atenuantes: [...] La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral».

recogida en otros Ordenamientos punitivos, como ser el chileno¹⁴⁰, alemán¹⁴¹, colombiano¹⁴², portugués¹⁴³.

Pero, la reparación tiene variado trato legislativo, y es, por ejemplo en Chile, hasta una institución procesal, el denominado *acuerdo reparatorio*¹⁴⁴ (art. 241 Cpp), que permite concluir una investigación delictiva sin arribar a juicio, fin de indagación que procede aún siendo grave el hecho pesquisado, como bien pone de manifiesto el Oficio 280, de 7 de junio de 2002, del Fiscal Nacional, que autoriza precisamente a los fiscales adjuntos evaluar la “procedencia y conveniencia” de este acuerdo en casos de robo con fuerza en lugar habitado¹⁴⁵. La reparación del Cpp chileno por cierto que no es

¹⁴⁰ Art. 11 N° 7 CpCh: «Son circunstancias atenuantes: [...] Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias».

¹⁴¹ § 46a. StGB: «**Arreglo entre autor y víctima, reparación del daño.** Si el autor: 1. en su empeño para lograr un acuerdo con el lesionado (arreglo autor-víctima) haya reparado su hecho enteramente o en su mayor parte o este aspirando seriamente a su reparación; o, 2. en el caso en que la reparación del daño haya exigido por él un considerable desempeño personal o una renuncia importante, indemniza a la víctima enteramente o en su mayor parte, entonces el tribunal puede atenuar la pena de acuerdo con el § 49 inciso primero [...]».

En todo caso, el § 46a. StGB tiene un alcance mayor, cual es el que el Tribunal puede no sólo atenuar sino también, como se dispone en la parte final de esta norma, «[...] prescindir de la pena cuando no se ha incurrido en pena grave tal como privación de la libertad hasta un año o multa hasta 360 importes diarios».

¹⁴² Art. 55 N° 6 CpC: «Circunstancias de menor punibilidad. Son circunstancias de menor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera: [...] Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible».

¹⁴³ Art. 72 CpP: «Atenuação especial da pena

1 - O tribunal atenua especialmente a pena, para além dos casos expressamente previstos na lei, quando existirem circunstâncias anteriores ou posteriores ao crime, ou contemporâneas dele, que diminuem por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da pena.

2 - Para efeito do disposto no número anterior, são consideradas, entre outras, as circunstâncias seguintes:

[...];

c) Ter havido actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados [...]».

¹⁴⁴ Este acuerdo es una salida alternativa al proceso penal y para su procedencia y aprobación judicial requiere que imputado y víctima consientan libremente y con pleno conocimiento de sus derechos, que el ilícito afecte bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, o consista en lesiones menos graves o constituya un delito culposo, y que no exista un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal, entendiéndose especialmente que concurre este interés si el imputado ha incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el asunto particular. Si el imputado cumple las obligaciones contraídas en el *acuerdo* o ellas son debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima, el juez debe dictar sobreseimiento definitivo, total o parcial, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo haya celebrado (art. 242 Cpp).

¹⁴⁵ Este delito, conforme dispone el art. 440 CpCh, se castiga con presidio mayor en su grado mínimo (cinco años y un día a 10 años). El Oficio N° 280, que modifica el Instructivo General N° 34, sobre criterios de actuación relativos a los acuerdos reparatorios, puntualmente señala que: «Atendida la experiencia que ha arrojado la aplicación de la Reforma Procesal Penal en las regiones operativas, se ha estimado conveniente que los fiscales puedan evaluar con detención la procedencia y conveniencia de un acuerdo reparatorio

exclusiva y se ve en otros cuerpos legales, como el Cp (StGB) austríaco, cuyo § 167¹⁴⁶, respecto de una serie de delitos patrimoniales (v. gr., daños, daños de datos, perturbación de la marcha de un sistema informático), posibilita evitar el procedimiento penal y obtener la reparación del daño causado, siendo sólo el requisito que el delincuente previa y espontáneamente haya reparado o se haya obligado a reparar. El arrepentimiento activo (*tätige Reue*) del delincuente, en estos casos, excluye la punibilidad. La reglamentación austríaca, diferente que la chilena, tiene raíces muy antiguas, lo mismo la legislación griega, que en su Código penal de 1834 (a esa fecha bilingüe: alemán y griego) prevé esta comentada reparación en sus artículos 114, 378, 393 y 402, preceptos posteriormente recogidos en el Cp griego de 1951, en los artículos 379 y siguientes, aplicables a delitos patrimoniales, como ser hurto y estafa¹⁴⁷.

respecto del delito de robo con fuerza en lugar habitado. En consecuencia, se elimina el delito de robo con fuerza en lugar habitado del punto 4 de la instrucción general N° 34 (oposición a la aprobación de los acuerdos reparatorios) y se incluye en el punto 3 (evaluación con detención sobre la procedencia y conveniencia de los acuerdos reparatorios)».

¹⁴⁶ «Tätige Reue

(1) Die Strafbarkeit wegen Sachbeschädigung, Datenbeschädigung, eine Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Diebstahls, Entziehung von Energie, Veruntreuung, Unterschlagung, dauernder Sachentziehung, Eingriff in fremdes Jagd- oder Fischereirecht, Entwendung, Betrugs, betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs, Erschleichung einer Leistung, Notbetrugs, Untreue, Geschenkannahme durch Machthaber, Förderungsmissbrauchs, Wuchers, betrügerischer Krida, Schädigung fremder Gläubiger, Begünstigung eines Gläubigers, grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, Vollstreckungsverweigerung und Hehlerei wird durch tätige Reue aufgehoben.

(2) Dem Täter kommt tätige Reue zustatten, wenn er, bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein,

1. den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden gutmacht oder

2. sich vertraglich verpflichtet, dem Verletzten binnen einer bestimmten Zeit solche Schadensgutmachung zu leisten. In letzterem Fall lebt die Strafbarkeit wieder auf, wenn der Täter seine Verpflichtung nicht einhält.

(3) Der Täter ist auch nicht zu bestrafen, wenn er den ganzen aus seiner Tat entstandenen Schaden im Zug einer Selbstanzeige, die der Behörde (§ 151 Abs. 3) sein Verschulden offenbart, durch Erlag bei dieser Behörde gutmacht.

(4) Der Täter, der sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat, ist auch dann nicht zu bestrafen, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den im Abs. 2 genannten Voraussetzungen gutmacht».

¹⁴⁷ Cfr. MADLENER, Kart. "La Reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal". En: VV.AA. *Estudios de Derecho Penal y Criminología (En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa)*. 1ª ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, t. II, 1989, pp. 9-32, p. 30.

La reparación es también una pena, así ocurre en Chile, aunque limitada a delitos cometidos por adolescentes¹⁴⁸. Conforme prescribe el artículo 6 f), de la Ley 20.084 (DO 07/12/2005), «[...] En sustitución de las penas contempladas en el Código Penal y en las leyes complementarias, a las personas condenadas según esta ley sólo se les aplicará la siguiente Escala General de Sanciones Penales para Adolescentes: [...] Reparación del daño causado [...]», consistente esta reparación, según reza el art. 10 inc. 1 de la Ley, en «resarcir a la víctima el perjuicio causado [...], sea mediante una prestación en dinero, la restitución o reposición de la cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor»¹⁴⁹.

Sus múltiples opciones (v. gr., atenuante, excusa legal absolutoria, institución procesal) obligan analizar la conveniencia o no de estatuir la reparación en el Derecho penal, así como, en la afirmativa, si debiera serlo como pena o como una tercera vía de sanción, convirtiéndose de paso la víctima en un interlocutor válido para solucionar el conflicto penal, intervención por lo demás, para quien está o se siente realmente afectado en sus derechos, que en cierta forma se hace presente en el Ordenamiento, cual sería el caso de la conciliación (v. gr., arts. 262 a 268 CpcCh), la mediación (v. gr., arts. 352 a 354 CtCh) y el arbitraje (v. gr., arts. 355 a 368 CtCh).

Primero hay que despejar la interrogante acerca de si la víctima puede dejar de jugar un rol meramente procesal, que es el que ordinariamente le asigna el Ordenamiento jurídico¹⁵⁰, o si, por el contrario, es posible otorgarle un papel activo¹⁵¹ en la solución que por sí demanda toda realización delictiva.

¹⁴⁸ Historia de esta Ley, en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20084/HL20084.pdf> (visitado el 19/11/2007).

¹⁴⁹ Este servicio no remunerado requiere, para su imposición, según prescribe el art. 10 inc. 2 de la Ley 20.084, la aceptación previa del condenado y de la víctima, quien, aún cumplida la sanción, puede perseguir la responsabilidad civil por el hecho ajeno, aunque sólo en aquello en que la reparación sea declarada como insuficiente.

¹⁵⁰ Se trata por sí de un rol muy pasivo, en Chile, p. ej., toda víctima tiene derecho a ser “oída”, si lo solicita, por el fiscal, antes de que éste pida o se resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada (art. 109 d), Cpp), o por el tribunal, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa (art. 109 e) Cpp), pero la oposición de la víctima

Siendo varios los instrumentos internacionales que la consideran, los mismos no pocas veces señeros “de” y “para” las legislaciones internas¹⁵², entre aquéllos, por ejemplo, la Resolución ONU 40/34, de 29 de noviembre de 1985, “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder”, que entiende por víctima «toda persona que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados

en nada cambia lo finalmente determinado y, a su vez, si no es querellante, no puede formular la acusación en caso que la fiscalía haya solicitado el sobreseimiento o ejercido la facultad de no perseverar en el procedimiento (art. 258 Cpp).

¹⁵¹ Esta posibilidad no cabe desecharla sin más porque, como bien señala TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La Victimología”. En: TAMARIT SUMALLA, Josep María; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 29-91, p. 29, la figura de la víctima es una rica fuente de paradojas, al momento de ser objeto de su poder de atracción, nos incomoda e interpela, nos exhorta a desarrollar nuevas sensibilidades y a abandonar el discurso académico demasiado monolítico.

¹⁵² P. ej., el Informe de España al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 11 de diciembre de 2007, en cumplimiento del art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Documento ONU CCPR/C/ESP/5, de 5 de febrero de 2008, Quinto informe periódico, párrafos 118-124, p. 24 (http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.SPA.5_sp.pdf [visitado el 20/08/2008]), en cuanto a varias situaciones objeto de regulación legal, como ser el “Derecho a la intimidad”, hace presente y puntualiza que:

«[...]

118. Es destacable que, aun habiendo sufrido España el mayor atentado terrorista de la historia en Europa occidental el 11 de marzo de 2004, no se ha introducido tras el mismo modificación legislativa alguna que altere el sistema preventivo y represivo. En especial, y a diferencia de lo ocurrido en otros países, no se ha dictado norma alguna que implique restricción de la privacidad de las comunicaciones o de protección de datos personales.

119. En relación con la protección de datos de carácter personal, debe dejarse constancia de que la regulación de esta materia se halla contenida en la Ley orgánica N°15/1999, de 13 de diciembre, cuya promulgación estuvo condicionada por la sentencia del Tribunal Constitucional N° 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, que declaraba la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la regulación anterior (véase anexo XXXI).

120. En relación con las intervenciones telefónicas en el ámbito de la instrucción penal, es destacable que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado colmadas por la jurisprudencia las lagunas que en resoluciones anteriores había advertido en la regulación dada a las mismas por la Ley de enjuiciamiento criminal. Se acompaña copia de la decisión de 25 de septiembre de 2006 dictada por dicho tribunal (anexo XXXII).

121. Por último, entre los desarrollos jurisprudenciales cabe mencionar la recepción por los tribunales españoles y, en especial, por el Tribunal Constitucional de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que integra en la protección del derecho a la vida privada y al domicilio la prohibición de inmisiones medioambientales excesivas e injustificadas. Se acompaña a título de ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 2004 (anexo XXXIII).

122. Asimismo se acompañan las sentencias del Tribunal Constitucional, de 27 de marzo y 3 de julio de 2006, respecto al derecho a la intimidad de personas internadas en centros penitenciarios o las sentencias de 20 de septiembre y 15 de noviembre de 2004, sobre derecho a la intimidad en el ámbito laboral, que son igualmente exponente de los desarrollos jurisprudenciales en estas materias (anexo XXXIV).

123. En lo demás damos por reiterado lo expuesto en informes anteriores».

[...], incluida la que proscribe el abuso de poder»¹⁵³, es dable concluir que la existencia de una víctima que legalmente articula la solución del conflicto penal es sólo una cuestión de política criminal o mera voluntad legislativa¹⁵⁴.

Además, un buen motivo para que la víctima juegue mucho más que un rol procesal preponderadamente pasivo y probatorio, que es el que comúnmente le asigna la ley, lo constituye el hecho que el delito y su dimensión de daño que causa, como indica von HIRSCH, dice relación con el estándar de vida de la persona, un concepto que se refiere a la calidad de vida, que no concierne la calidad de vida real o la posibilidad de alcanzar ciertas metas sino a los medios y capacidades que normalmente hacen una buena calidad de vida, lo cual explica, por ejemplo, por qué una mutilación es más grave que un robo¹⁵⁵. Como evidencia GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, la ausencia de la víctima del conflicto penal se debe a su neutralización por parte del moderno Derecho penal, el que erige como protagonistas al Estado y al autor, y siendo la víctima el “convidado de piedra”. Por ende, la

¹⁵³ Apartado A.1 Las víctimas de delitos, Resolución Asamblea General ONU 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Conforme a esta Resolución (Apartado A.2. Las víctimas de delitos), puede considerarse víctima a una persona con independencia de que sea identificado, aprehendido, enjuiciado o condenado el perpetrador e independientemente de la relación familiar que haya entre éste y aquélla, con lo cual, en la expresión “víctima”, se incluye, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. (disponible en: <http://www.un.org/spanish/documents/ga/res/40/list40.htm> [visitado el 10/03/2008])

¹⁵⁴ Justamente, en el Décimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Viena, 10 a 17 de abril de 2000), concerniente a la delincuencia organizada, se plantean para la víctima diversos derechos como principios fundamentales de justicia, específicamente como principios de equidad, entre los que resalta el “derecho a un resarcimiento, tanto por el delincuente como por el Estado” (Documento de Trabajo, Secretaría General Naciones Unidas, Apartado II.B.g “Principios fundamentales de justicia para delincuentes y víctimas. Equidad para la víctima”), reparación que antes, en la ya citada [n. n° 153] Resolución ONU 40/34, es advertida [A.9 Resarcimiento] a futuro como una posible sanción penal, para cuyo efecto se establece que «Los gobiernos revisarán sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales», y prescribiéndose previamente [A.8 Resarcimiento] que «Los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos». (Documento de Trabajo, Secretaría General Naciones Unidas, Apartado II.B.g “Principios fundamentales de justicia para delincuentes y víctimas. Equidad para la víctima”, disponible en: <http://www.uncjin.org/Documents/congr10/8s.pdf> [visitado el 13/11/2007])

¹⁵⁵ Cfr. von HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Título original: *Censure and Sanctions* (Oxford University Press, 1993). Traducido por LARRAURI, Elena. Madrid: Editorial Trotta, 1998, pp. 63-64.

reparación es una inversión de los términos mediante situar a la víctima en el primer plano. Frente a la objeción del concepto de una justicia reparadora, en orden a que ella no se ajusta a un Derecho penal presidido por finalidades de prevención general y de control social y que más bien apunta a una compensación de los males infligidos por el delito, lo que sería como volver a la justicia privada, especialmente a la venganza, no puede desconocerse que la reparación, junto con cumplir una función individual del autor respecto de la víctima, cumple la función de pacificación propia del Derecho penal pues aporta al restablecimiento de la paz jurídica mediante volver a la situación concreta perturbada¹⁵⁶. En opinión de DÍAZ COLORADO, es difícil admitir que se hace justicia si se prescinde del concurso de quienes la reclaman, ya que ello equivale a mantener al Estado adueñándose de las soluciones como único participante, lo cual no produce justicia y agrava el problema pues no es justicia la del vencedor o la del poderoso si no se contempla la voz del vencido ni su sufrimiento y más encima, paradójicamente, se lo aísla y aparta para representarlo y defenderlo. El derecho fundamental del Estado debe construirse observando la responsabilidad que le incumbe por no haber sido capaz de evitar la victimización, debiendo responder tanto ante la sociedad como ante la víctima, y ante ésta según la dimensión compleja del daño padecido. El Derecho penal tradicional no responde ya a las demandas de la situación presente, es un modelo que se agotó en la búsqueda exclusiva de la sanción, olvidando la tarea esencial de hacer justicia. Un derecho reparador, para el delincuente y para la víctima, que permita un acercamiento que genere los sentimientos humanos más profundos, como el reconocimiento, la culpa, el perdón, el arrepentimiento y la comprensión, debe ser la labor más urgente y el reto más importante de nuestra época¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. “La mediación penal en dret comparat”. En: *La Mediación Penal*. 1ª ed. s.l.: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999, pp. 87-106, p. 94 (Artículo también publicado en: *Justiforum*, num. 5, juny de 1996; y *Cuadernos de derecho judicial*, Edita, CGPJ, Madrid, 1996).

¹⁵⁷ Cfr. DÍAZ COLORADO, Fernando. “La expansión del Sistema Penal ante el nuevo milenio”. En: VV.AA. MESSUTTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores), *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 81-85, p. 84.

Aclarado que es sólo decisión del legislativo que sea incorporada la víctima como protagonista en la solución del conflicto que crea la comisión delictiva, a objeto de determinar la conveniencia o no de la reparación, restaría sólo dilucidar si ésta es realmente útil, o sea, si al menos cumple, y satisfactoriamente, algún fin de los que se atribuyen a la pena, como ser retribución, prevención general, etc.

Para comenzar, salvo que se trate de delitos patrimoniales, cuyos efectos hacen lógico y hasta forzoso que tuviere ella un contenido económico, la reparación, en vista de su esencial propósito, debiera consistir en todo aquello que razonablemente posibilite a la víctima lograr una conformidad o una aproximación adecuada con el hecho, o sea, que pueda cargar con la experiencia vivida y continuar adelante con su existencia, lo que tajantemente refuta la idea de una reparación como un mero pago de dinero o su equivalente, como sería restituir la cosa objeto del delito o entregar otra igual, y pone de relieve que ella comprende también la realización de servicios no remunerados a favor de la víctima¹⁵⁸. Como hace presente BONET ESTEVA, «la reparación no es entendida exclusivamente como el pago de una cantidad de dinero a la víctima. Puede consistir también en una prestación tan directa a la víctima como “simbólica” a la comunidad. Esta última se denomina trabajo para la comunidad y sería aplicable preferentemente a aquellos delitos cuyos

¹⁵⁸ Además, esta ejecución, aún pudiendo valorarse económicamente, distinto que el dinero u otra cosa específica que fuere restituida o entregada, tendría un valor sumamente especial porque esencialmente es una cesión de tiempo de vida y de dedicación por otro. Como señalan PERLMAN, Daniel; COZBY, P. Chris. *Psicología Social*. Título original: *Social Psychology* (1983, by Holt, Rinehart and Winston). Traducción y adaptación de la primera edición en inglés de SOTO SUÁREZ, Julia Norma. 1ª ed. en español. México D. F.: Interamericana, 1988, pp. 418-419, «[...] la gente se orienta e *interpreta* su medio en términos de las metas, expectativas e información existente [...]. La gente *opera* en el medio en un esfuerzo para conseguir sus metas y mantener el grado deseado de satisfacción [...] Aunque la gente opere frecuentemente de manera activa para controlar o modificar su medio circundante, también es afectada por las fuerzas ambientales y *responde* a ellas [...] Por último, la gente *evalúa* la calidad de su medio circundante como una base para su actividad futura y la obtención de metas [...], el proceso básico por el cual la gente se relaciona con su ambiente refleja *fases activas o pasivas de transacción con éste*. Cuando la gente participa en forma activa o pasiva con su ambiente, muestra formas de transacción *cognoscitiva* (simbólica o emocional) y *conductual* (o física) con el medio».

bienes jurídicos fueran sociales»¹⁵⁹. Debe sí rechazarse un concepto de reparación consistente en una acepción muy amplia del término, como es la idea que la reparación se produce cuando se restaura la relación vertical, perturbada por el delito, del delincuente con el Derecho, el Estado, la víctima y la comunidad jurídica, pues, si así se entendiere, la reacción penal que es la pena, cualquiera fuere ésta, e incluso las medidas de seguridad, serían simplemente subclases de reparación¹⁶⁰. Un concepto amplio de la reparación es una interpretación de las sanciones penales de corte retributivo, del restablecimiento (*Wiederherstellungstheorien*) o de la satisfacción (*Genugtuungstheorien*), desarrolladas en Alemania en el siglo XIX, que no es útil porque no refiere un instrumento que contenga las sanciones punitivas tradicionales sino que aparece ya como un supraconcepto que engloba todas ellas¹⁶¹. Ahora, si se la limita a un contenido estrictamente financiero, algo muy adecuado con delitos que afectan el patrimonio, la reparación, formalmente, no sería diferente de una multa, como no sea en lo que atañe al destino de los fondos pagados, esto es, el bolsillo de la víctima en la reparación y el erario fiscal en la sanción pecuniaria. Sin embargo, y siempre que su coste recaiga finalmente en el peculio del delincuente, una reparación de contenido monetario, lo mismo que una pena de multa, se adapta fácilmente a las exigencias de la retribución, ya que se puede fraccionar, lo que asegura poder ser proporcionada a la culpabilidad, a su vez, posee eficacia preventivo general más constante que una pena privativa de libertad, posible ésta de perder su valor intimidatorio por la llamada psicología de recluso¹⁶² o adaptación a la estructura de la subcultura

¹⁵⁹ BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*. Tesis Doctoral (GARCÍA ARÁN, Mercedes [Dir.]). Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1997, p. 118.

¹⁶⁰ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La Reparación a la Víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 61 [también en ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La Reparación en el sistema de consecuencias jurídicas de naturaleza penal*. Tesis Doctoral (CEREZO MIR, José [Dir.]). Universidad de Zaragoza, 1998, p. 37].

¹⁶¹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, *La Reparación a la Víctima en el marco de las sanciones penales*, op. cit., pp. 61-62 (también en ALASTUEY DOBÓN, *La Reparación en el sistema de consecuencias jurídicas de naturaleza penal*, op. cit., pp. 37-38).

¹⁶² Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 752.

penitenciaria¹⁶³, y sirve, por último, a fines de prevención especial, porque impide, al no resultar desvinculado el condenado de su entorno (v. gr., trabajo, familia), consecuencias colaterales destructivas¹⁶⁴ de la personalidad. Pero, así como el máximo legal de la pena de multa no siempre será igual o más que el monto del daño efectivamente causado, paridad o demasía que si se alcanzara tal vez “conformaría” a la víctima porque una pérdida como la suya o todavía mayor habría padecido también quien le afectó, es claro que tampoco cabe pretender que la reparación sea un resarcimiento pleno pues en tal evento se podría perfectamente exceder la culpabilidad del autor¹⁶⁵, quien, bajo tal concepto indemnizatorio, hasta de por vida puede quedar ligado a su víctima, sobre todo si ésta, por la naturaleza misma del delito, experimenta un padecimiento psíquico y/o material permanente (v. gr., una lesión mutilante de miembro importante).

Por tanto, la reparación, ya comporte, por ejemplo, una labor no remunerada en pos de la víctima o bien hacer a ésta un pago, en cuanto se muestra apropiada a fines de retribución, de prevención general y de prevención especial positiva, es factible introducirla en el Derecho penal, pues justamente por ella, lo que justifica plenamente su inserción, el delincuente voluntariamente puede reconocer que ha generado una consecuencia que es

¹⁶³ Así el concepto CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 720. Más aún, como refiere AYUSO VIVANCOS, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Valencia: Nau Llibres, 2003, p. 14, «En la prisión, el sujeto no aprende a vivir en sociedad, sino a proseguir y aun perfeccionar su carrera delictiva».

¹⁶⁴ En realidad, con delitos no muy graves, diversas consideraciones, como económicas y de utilidad, hacen preferir sancionar pecuniariamente más que imponer una pena privativa de libertad, pues, tal como señalan MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*. Granada: Comares, 1998, p. 95, imponer una multa cuesta menos que la imposición de una pena privativa de libertad, estableciéndose de partida el supuesto que el costo de imponer y recaudar una multa es nulo frente el costo de una pena de prisión, y, a su vez, la sanción no pecuniaria, no sólo para el condenado sino además para el resto de la sociedad, genera un volumen importante de desutilidad, la que no es compensada con aumento en la utilidad de algún otro miembro de la sociedad, salvo la que la víctima pueda experimentar al ver cumplir una condena de este tipo a la persona que la victimizó.

¹⁶⁵ Obviamente este “exceso” no es complicado de comprobar si la reparación consistiera en un servicio no remunerado a favor de la víctima ya que, como muchas otras actividades humanas, se está ante una realización susceptible de valuarse económicamente, más aún si ella encaja con un trabajo reconocidamente asalariado, además que si fuera un servicio difícil de llevar a números es posible también consensuar un precio, siendo bastante para ello que los interesados consideren como mínimo parámetros más o menos objetivos, como ser otras labores análogas y gratificadas.

necesario remediar, admisión que supone no sólo que él desaprobe lo hecho (prevención especial) y que envuelve un reproche de la sociedad (prevención general) sino que también, como ha asumido su responsabilidad, satisface la culpabilidad que fundamenta la pena (retribución). Insistiendo, desde la óptica de la prevención especial, una reparación cuya prestación fuere un servicio voluntario podría razonablemente colmar la aspiración o expectativa de la víctima y de la sociedad de que no se reitere el ilícito pues es sabido el importante rol que tienen los factores cognitivos que nos capacitan para la interacción social como reductores de la conducta delictiva, la denominada inteligencia interpersonal o inteligencia emocional, constituida por todas aquellas capacidades que nos hacen tener “éxito en la vida”, como las habilidades para comprender a otras personas y, naturalmente, “atender sus demandas”¹⁶⁶. Quien hace algo por otro denota un aspecto de la *socialización*, el proceso por el cual somos absorbidos por la cultura de nuestra sociedad, y que consiste, fundamentalmente, en un aprendizaje por el que aprendemos a adaptarnos a los grupos sociales y a sus normas, a sus imágenes y valores, una enseñanza de conducta que en sí, particularmente de mayor intensidad en los primeros años de vida, es permanente, porque dura toda nuestra vida y es perenne en la sociedad¹⁶⁷.

Atendiendo a su propósito, la reparación no debiera ser una pena más, junto a las ya existentes, porque entonces no pasaría de ser una imposición del órgano jurisdiccional, lo que se traduce en que la aceptación por el condenado de su establecimiento judicial y posterior ejecución, como ocurriría con los servicios no gratificados en favor de la víctima en el Derecho penal de menores chileno, es muy factible que sea una decisión por sí determinada antes por la conveniencia que por una real y sincera voluntad

¹⁶⁶ Cfr. GARRIDO GENOVÉS / STANGELAND UTNE / REDONDO ILLESCAS, *Principios de Criminología*, op. cit., pp. 767-768.

¹⁶⁷ Así el concepto de socialización GINER, Salvador. *Sociología*. 1ª ed. (Nueva versión revisada y ampliada) [1ª ed. en Ediciones de Bolsillo, febrero de 1969]. Barcelona: Nexos, 1985, p. 78.

de reparar, lo que dificulta o imposibilita superar el conflicto originado por el delito pues la conformidad del infractor en condición de obligación permite razonable y fehacientemente constatar al afectado, máxime con secuelas persistentes de la contravención, que no puede tener una expectativa seria y verosímil que a futuro no se repetirá el hecho.

En definitiva, con una prestación que puede ser más que meramente monetaria o su equivalente, convence decidida y absolutamente como conveniente la integración de la reparación al Derecho penal, eso sí como una tercera vía independiente de sanción, junto a las penas y las medidas de seguridad, y sin perjuicio que de ser establecida (aún como una pena más dentro de las ya existentes) habrá de quedar circunscrita a delitos menores o de bagatela por cuanto infracciones graves inhiben toda posible conformidad de la víctima como de la colectividad, por lo que la reparación podría también extenderse a los delitos sin víctima, de peligro y a los realizados en grado de tentativa. Según señala ALASTUEY DOBÓN, la reparación como pena es una propuesta minoritaria, teniendo mayor aceptación el que sea una tercera vía, en que la reparación se situaría como una consecuencia jurídica autónoma del delito, junto a las penas y las medidas de seguridad, pues no se trataría ya solamente de compensar el daño civil que causa el delito sino que de compensar las consecuencias del hecho por medio de una prestación voluntaria del autor que sirve al restablecimiento de la paz jurídica, es decir, la reparación penal, distinto de la civil, aparte de un componente material, cual es la indemnización, tiene un componente ideal e interactivo que consiste precisamente en recuperar la paz jurídica¹⁶⁸. Es más, cuando ROXIN propone introducir la reparación en el Derecho Penal, su propuesta mira a la reparación como una tercera vía, o sea, una tercera consecuencia jurídico-penal, aún cuando contuviere elementos del Derecho civil, pues «con ella, a

¹⁶⁸ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, *La Reparación a la Víctima en el marco de las sanciones penales*, *op. cit.*, pp. 67-68 (también en ALASTUEY DOBÓN, “La Reparación en el Sistema de Consecuencias...”, *op. cit.*, pp. 43-44).

no ser que se tratara de delitos muy graves, se conjuga de forma airosa los aspectos preventivos generales y especiales con la satisfacción de la víctima»¹⁶⁹.

No obstante que se acepte la reparación, idealmente como una tercera vía, ella presenta aspectos críticos que corresponde comentar. Por ejemplo, en cuanto parte integrante del sistema penal, la reparación podría significar sustituir progresivamente el Derecho penal por formas privadas de arreglo de conflictos sociales pues apelar a sus efectos resocializadores no afecta su orientación esencial consensual o privatista y que contrasta con la del Ordenamiento penal que es de carácter social-conflictual o intervencionista. Ciertamente, hace ver TAMARIT SUMALLA, la mera restitución de la situación anterior al delito no puede cumplir más que las exigencias de una sanción penal ya que ésta tiene su fundamento en el ejercicio de una potestad estatal nacida de la existencia de un interés público en la imposición de una pena que trasciende el de los individuos directamente afectados¹⁷⁰. Igual, como conlleva la existencia de auténticas cláusulas abiertas de sustitución o atenuación indiscriminada de pena, la reparación puede aumentar la prevención general positiva a costa de la pérdida de garantías procesales y peligros para la seguridad jurídica. Asimismo, con un contenido sólo pecuniario, la reparación constituye un riesgo cierto de potenciar en el Derecho penal la desigualdad de trato al poder discriminarse al delincuente menesteroso o falto de caudales frente al delincuente que tiene poder económico (poder que podría haberse consolidado totalmente al margen de la ley), facilitándose un verdadero “comercio” de reacciones penales a la par

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*. Traducción de GÓMEZ RIVERO, Carmen; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 60.

¹⁷⁰ TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La Reparació a la Víctima en el Dret Penal: Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*. 1ª ed. s.l.: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993, p. 153.

que un retorno a la extinta¹⁷¹ prisión por deudas, tratándose del sujeto insolvente¹⁷². Según expone GARCÍA ARÁN, la reparación, como manera de evitar el proceso penal o la pena, puede verse como una difuminación de los contornos que diferencian entre sí al Derecho penal del Derecho privado, lo cual, como petición de principios, equivale a sostener que los límites del Orden penal no son estrictos sino relativos y sus características pueden ceder en beneficio de las que son propias de la legislación privada. Aunque la propuesta de reparación de la víctima no sería un fenómeno aislado de tendencia privatizadora pues se han incorporado ilícitos civiles al Derecho penal¹⁷³ y en ocasiones la posibilidad que judicialmente sea impuesta una pena queda entregado a la iniciativa de la víctima¹⁷⁴, la necesidad del afectado de ser satisfecho económicamente no bastaría para justificar que la reparación se incluya entre las reacciones penales pues sería suficiente la mejora de los instrumentos propios de la responsabilidad civil, además que la responsabilidad subsidiaria del Estado, en mayor número de situaciones de las al presente admitidas, puede responder, y sin que se requiera hacer cambios estructurales en la reacción penal, a satisfacer económicamente a la víctima¹⁷⁵. Pero, como la admisión de un conflicto penal triangular (autor-

¹⁷¹ Esta extinción debiera entenderse no limitada a una legislación en particular sino que como generalizada pues al presente ha sido prevista la prohibición de prisión por deudas en varios instrumentos internacionales, como ser el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 11 dispone que «Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», y la Convención Americana de Derechos Humanos (conocido también como Pacto de San José de Costa Rica), cuyo art 7 N° 7 establece que «Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios».

¹⁷² Cfr. BONET ESTEVA, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*, op. cit., pp. 124-125.

¹⁷³ Así, p. ej., el incumplimiento de pago de cualquier tipo de prestación económica a favor de cónyuge o sus hijos, derivada de convenios judicialmente aprobado o de resoluciones judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de los hijos (art. 227.1 CpE).

¹⁷⁴ Es el caso, p. ej., de delitos relativos al mercado y los consumidores de los arts. 278 a 283, y 286 CpE, y respecto de los cuales, para proceder criminalmente, es necesario que la persona agraviada o sus representantes legales hagan denuncia, sin perjuicio que si aquélla es menor de edad, incapaz o persona desvalida, puede también el ministerio público efectuar la denuncia (art. 287.1 CpE), la cual no es necesaria cuando la comisión del delito afecte los intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 287.2 CpE).

¹⁷⁵ Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias? En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfried; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 191-200, pp. 193-196.

Estado-víctima) supone consecuencias que pueden ser entendidas como tendencias y no como resultados inexorables puede por tanto quedar a salvo de crítica la reparación si se presenta como fenómeno aislado justificable por su excepcionalidad o si los efectos indeseados que se le atribuyen no se van a producir de inmediato¹⁷⁶.

Por todo, no disminuye la convicción de integrar al Ordenamiento sancionador la reparación pues no se divisa que sea contraria a los fines del Derecho penal ni tampoco una “privatización” del conflicto penal ya que no sería primera ni última vez que por razones de política criminal la legislación punitiva dé una solución para el delito que pasa por la voluntad de la víctima, como lo comprueban los llamados *delitos de acción privada*, cuya solución legal, que da relevancia a la voluntad del afectado, es una concesión que hace normativamente el Estado por motivos político-criminales sin que por ello se esté ante una reparación que se entiende, a modo de alternativa global al sistema, con elusión de controles jurisdiccionales y garantías, en que aquí sí la voluntad de la víctima se puede convertir en perversa y nociva expresión de un tratamiento privatizador inadmisibles¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. GARCÍA ARÁN, “Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias?, *op. cit.*, p. 197, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.* Hace presente GARCÍA ARÁN, *ibid.*, la introducción de la víctima en el conflicto penal marca tendencias. Para la posición de la víctima, supone reconocerle un especial ejercicio de la pretensión *punitiva* que alcanza hasta la disponibilidad sobre el proceso penal, en que el afectado, junto a la satisfacción económica, puede pretender o renunciar que el autor ingrese en el proceso punitivo tradicional. Para la posición del autor, su responsabilidad tiende a desplazarse del hecho al perjuicio, con lo que se afecta una de las características tradicionales del Derecho penal actual y que sitúa el límite a la intervención preventiva en la proporcionalidad respecto del hecho. Y, para la posición del Estado, aunque mantenga un cierto control sobre el proceso de mediación, renuncia a parte de su protagonismo en el conflicto penal en beneficio del protagonismo de la víctima, aunque ello acontece manteniendo la decisión político criminal de considerar como delitos supuestos a los que reconoce un grado de solución privada, es decir, mantiene la decisión incriminadora disminuyendo el control sobre su aplicación.

¹⁷⁷ Cfr. ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Madrid: Dilex, s.f. (f.a. 2006), pp. 61-62.

1.5. *Fundamentación, función y fines de la pena*

La pena, que proviene del latín *poena*¹⁷⁸, siempre es algo negativo para el penado pues lo privará de algo valioso para sí, como su libertad, su patrimonio o algunos de sus derechos, pudiendo sólo traerle una consecuencia positiva, un bien, lo que parece un contrasentido, en cuanto se asocian a ella efectos que tiendan a la reinserción social del condenado.

El origen de la pena, sostiene JESCHECK, se halla en la oscuridad de creencias mágicas dominantes en la antigüedad, por las cuales la venganza¹⁷⁹ del ofendido y su clan, frente al delincuente y al suyo, se combinaba con actos simbólicos dirigidos a reconciliarse con los Dioses enojados por la comisión del hecho, apareciendo la pena pública ya documentada con los judíos, en los comienzos de Roma y con los germanos¹⁸⁰.

En opinión de BECCARIA, el inicio de las penas radica en las leyes, pues éstas son las condiciones con las que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en continuo estado de guerra y gozar de una libertad que les era inútil por la incertidumbre de su conservación, siendo precisamente el sacrificio de una parte de la propia

¹⁷⁸ Para LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Madrid: Dykinson, 1992, p. 289, hay divergencias doctrinales sobre el origen etimológico de la pena pues algunos aseveran que procedería del término sanscrito “punya” así como otros que del latín “peno” o “pensus” y finalmente el resto que del griego “poiné”.

¹⁷⁹ Según refieren MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, *op. cit.*, p. 57, aunque el origen del Derecho penal se pierde en la oscuridad de la historia, un hecho seguro es que en la concepción temprana de la pena la idea de venganza era una de las causas determinantes, pero la venganza por sí sola no da forma a la idea del Derecho penal. Señala BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “Nuevo proceso penal desde las víctimas”. En: VV.AA. MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores). *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 17-33, p. 19, los historiadores coinciden en que en tiempos más remotos las víctimas son los únicos protagonistas de la respuesta a los delitos, siendo su reacción y la de sus familiares, que excluye toda otra, generalmente instintiva, irracional, vindicativa, sin frontera alguna, que lograba lo que deseaba, en una frase, la venganza total.

¹⁸⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. completamente aumentada y corregida. Traducida por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Granada: Comares, 1993, pp. 55-56; también JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 69.

libertad necesario para poder gozar de la restante en segura tranquilidad, constituyendo la suma de todas las porciones sacrificadas, al bien de cada uno, la soberanía de una nación, para cuya defensa, de las usurpaciones privadas de cada sujeto en particular, se requerían de motivos sensibles que fuesen bastante para contener el ánimo despótico de quien quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su antiguo caos, siendo tales motivos las penas establecidas contra los infractores de las leyes aquéllas, y cuya denominación de “sensibles” obedece a que ellos inmediatamente hieren los sentidos contrabalanceando las fuertes pasiones de los individuos que se oponen al bien de la comunidad y a los cuales ni argumentos ni verdades frenan sus pasiones, estimuladas éstas sensiblemente por los objetos presentes¹⁸¹.

En lo conceptual, PACHECO señala que la pena, en un sentido común y lato, en la más amplia expresión de la palabra, es toda consecuencia dolorosa, ya de carácter material, moral, interna, externa, del mal que se ha ejecutado¹⁸², y en un sentido jurídico «es un mal impuesto, por quien tiene la autoridad, sobre el autor de un delito, y a consecuencia del mismo delito»¹⁸³, a lo que cabe agregar que ese mal la ley lo extiende a todo responsable criminalmente y por tanto se impone, en su caso, al cómplice y al encubridor¹⁸⁴.

Similarmente, para CARRARA la palabra pena tiene tres distintas significaciones: en sentido general expresa cualquier dolor o cualquier mal que causa dolor, en sentido especial designa un mal que se sufre por causa de un hecho propio, sea malvado o imprudente, comprendiéndose en esta forma

¹⁸¹ Cfr. BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Título original: *Trattato dei Delitti e delle Pene*. Traducción de DE LAS CASAS, Juan Antonio. Madrid: Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., MDCCLXXIV, pp. 6-9 (§ I, Origen de las Penas) (reimpresión, Valladolid: Maxtor, 2004).

¹⁸² PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal: Concordado y comentado*. 5ª ed. corregida y aumentada. Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello, t. I, 1881, p. 292.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Contemplado en el art. 451 CpE el delito de encubrimiento, en Chile, conforme prescribe el art. 14 N° 3 Cp, a más del autor y el cómplice, éstos en igual situación en la legislación hispana (art. 27 Cp), «Son responsables criminalmente [...] los encubridores».

todas las penas naturales, y en sentido especialísimo denota el mal que la autoridad pública le inflige al culpable por causa de su delito¹⁸⁵.

La pena, en la idea de un mal o sufrimiento legalmente dispuesto por ocasionarse previa e ilegítimamente otro mal, ha sido definida conforme a esa noción como «[...] una privación o restricción de bienes jurídicos establecida por la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido un delito»¹⁸⁶, «el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal»¹⁸⁷, «Aquella consecuencia jurídica, característica del Derecho penal, consistente en la privación o restricción de los más relevantes derechos individuales, y que se impone a una persona física que ha cometido o participado en la comisión de un hecho que la ley penal tipifica como delito o falta, y cuya responsabilidad criminal no se halla excluida por la concurrencia de alguna causal de atipicidad, justificación, inimputabilidad, exculpación o absolución»¹⁸⁸.

¹⁸⁵ CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal: Parte General*. Título original: *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Traducción, hecha directamente de la 11ª ed. italiana, bajo la dirección de SOLER, Sebastián y con la colaboración de GAVIER, Ernesto R. y NUÑEZ, Ricardo C. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1944, p. 405 (§ 582).

¹⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español: Parte general*. Reimpresión de 13ª ed. 1990 (revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso). Madrid: Dykinson, 1990, p. 878. En términos casi idénticos GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 231, lo mismo GRACIA MARTÍN, Luis. “El Sistema de Penas”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 55-88, p. 59, y para quien la pena es «privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal». Ya latamente, CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 83, refiere que «La pena es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos a que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes jurídicos, evitar, hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana».

¹⁸⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal (Parte General)*. 18ª ed. Barcelona: Bosch. t. I, vol. 2º, 1981, p. 714.

¹⁸⁸ BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español: El Sistema de la Parte General*. Barcelona: Bosch, t. I, 2004, p. 349.

La pena es un mal que se ejecuta en una determinada manera social y culturalmente reconocida, y dentro de una medida que, prescindiendo del sentir de quien pudo ser afectado por el delito, tiene como criterio de referencia la estimación de la ley¹⁸⁹. Lo determinante es que la pena está prevista por la ley pues si así no fuere habría que denominarla simplemente arbitrariedad o venganza, según proceda de la autoridad o de los particulares, respectivamente¹⁹⁰.

Cualquiera fuere el parecer acerca de sus fines, indiscutiblemente la pena permite responder convenientemente ante los comportamientos que hacen peligrar o lesionan la relación armoniosa dentro de la sociedad. Por su carga o contenido negativo, por ejemplo, la privación de libertad, la pena debe estar suficientemente fundamentada como igual debe estarlo la función que ella cumple y los fines que persigue. La fundamentación se refiere a su justificación, legitimación o esencia, y su función a la finalidad última e ideal para la que ella se impone, y sus fines a los objetivos empíricos e inmediatos a los que para cumplir su función se halla dirigida¹⁹¹, lo que permite afirmar que la función de la pena es tutelar o proteger jurídicamente bienes e intereses y sus fines la prevención general y especial¹⁹², como también, en algún tiempo, la retribución¹⁹³. La pena se legitima por ser necesaria

¹⁸⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 231.

¹⁹⁰ Cfr. PACHECO, *El Código Penal: Concordado y comentado*, t. I, op. cit., p. 293.

¹⁹¹ Así COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 800.

En referencia a la pena, se utiliza a veces como sinónimos los términos “función” y “fines”, así, p. ej., GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 230, a su vez, aún usados de dicha manera, otros reconocen que no significan lo mismo, como MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op. cit., pp. 77-78, quien precisa que «En sentido riguroso, el concepto de “función” no coincide con el de “fin” [...] Pero cuando se habla de “fin” o “fines” de la pena, se hace en muchos casos en sentido sinónimo a “función” de la pena. He elegido este último término porque sirve para expresar que lo que importan no son los eventuales fines que en concreto pretendan conseguirse con la pena o las medidas de seguridad, sino sólo la finalidad esencial de éstas».

¹⁹² Así ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, op. cit., p. 22. En este mismo sentido COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 801, y para quienes «la función primordial de la pena es la tutela jurídica, esto es, la protección de los bienes e intereses cuyo pacífico disfrute ha de garantizar el Derecho en virtud de su propia naturaleza de orden de la coexistencia», y «los fines de la pena, a través de los cuales puede ésta cumplir su función de tutela jurídica, se hallan constituidos por la *prevención general y especial*».

¹⁹³ Señala TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Teoría de la Pena”. En: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, pp.

socialmente, en tanto, aún atribuyéndole una fundamentación ética, es un control social y una institución imprescindible que da una solución efectiva a los conflictos sociales¹⁹⁴. «La justificación general del Derecho penal en su

29-57, p. 35, la limitación o privación de derechos fundamentales que la pena comporta no puede nunca ser una aflicción gratuita, está orientada a fines y, aún a riesgo de simplificar excesivamente, pueden agruparse en torno a la idea de retribución, de prevención o de la unión de ambas.

En todo caso, retribución, prevención general y prevención especial son también fines atribuidos a la pena en el Derecho anglosajón, en el cual, indican CARD, Richard; CROSS, Rupert; JONES, Philip Asterley. *Criminal Law*. 14ª ed. London; Edinburgo; Dublin: Butterworths, 1998, p. 3, hay cuatro principales posibles objetos del castigo (*punishment*) por una ofensa criminal: retribución (*retribution*), disuasión (*deterrence*), incapacitación (*incapacitation*) y rehabilitación (*rehabilitation*). Conforme refieren CARD / CROSS / JONES, *Criminal Law, op. cit.*, pp. 3-4, la retribución puede entenderse como venganza, en que el Estado satisface tal deseo de quien ha sido dañado, o como reprobación, en que el Estado desaprueba el quebrantamiento de la ley imponiendo un castigo proporcionado a la gravedad del delito. A su vez, al decirse que la disuasión (*deterrence*) es uno de los objetos del castigo, el sentido en que ello se comprende es el de disuasión general (*general deterrence*), o sea, que el castigo del ofensor disuadirá a otros de cometer el crimen por el que aquél fue convicto, y si se pretende disuadir a los criminales con la amenaza de un castigo es esencial que tal amenaza sea eficaz, o sea, que ella sea llevada a cabo de acuerdo a la ofensa que se cometa. Igualmente, el castigo tiene también que disuadir al culpable de la ofensa a que no siga cometiendo más crímenes (*individual deterrence*). La incapacitación (*incapacitation*), el tercer objeto del castigo, dice relación con la protección del público, la que se realiza mediante el encarcelamiento, período durante el cual la sociedad está protegida de una nueva ofensa de aquel que está preso. Tuvo creciente importancia durante el siglo XX la rehabilitación (*rehabilitation*) del delincuente como el objeto principal de castigo aunque ya tal importancia ha sido ya bastante relegada. La rehabilitación mira a las necesidades del delincuente. En palabras de DALY, Kathleen. *Gender, crime, and punishment*. Connecticut-New Haven; London: Yale University Press, 1994, pp. 169 y 171, el debate acerca del castigo penal a menudo se da en términos dicotómicos, esto es, o se castiga crímenes pasados o futuros, basándose el referido castigo en principios deontológicos o utilitaristas, lo que importa castigo versus tratamiento. El principio deontológico está basado en la retribución (*retribution*) mientras que el utilitarista en la disuasión general (*general deterrence*) y especial (*special deterrence*), en la rehabilitación (*rehabilitation*) y la incapacitación (*incapacitation*). Por su lado, con algunos otros términos distintos, expresan la misma idea BRODY, David C; ACKER, James R. *Criminal Law*. 2ª ed. Boston; Toronto; London; Singapore: Jones and Bartlett Publishers, 2010, pp. 7-8, señalando que en relación al castigo se puede tener una justificación retributiva, esto es, si alguien viola los derechos de otro debe ser penalizado y el castigo restaura el orden moral violado por el acto original injusto, como también puede tenerse una justificación utilitarista, caso en el cual mediante el castigo se pueden realizar varias consecuencias benéficas, cuales son la disuasión general e individual (*general deterrence, individual deterrence*), el reforzamiento de la norma (*norm reinforcement*), la incapacitación (*incapacitation*), la reforma (*reform*) y la venganza (*vengeance*). Para SPOHN, Cassia Cathleen. *How do judges decide?: the search for fairness and justice in punishment*. 1ª ed. California; London; New Delhi: Sage Publications, 2002, pp. 5-15, la pena tiene una justificación retributiva y una utilitarista, comprendiendo sí esta última no sólo la disuasión (*deterrence*), la incapacitación (*incapacitation*) y la rehabilitación (*rehabilitation*), sino que también la restauración (*restoration*), la cual, enfocada en la víctima y la comunidad e igualmente en el delincuente y participando todos ellos, es un medio de reparar el daño y herida causada por el crimen, reconstruyendo las relaciones por él rotas. Dicen GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. Título original: *Juger en Amérique et en France* (Odile Jacob, 2003). 1ª ed. en español. Bogotá: Legis, 2006, pp. 256, «dos corrientes de pensamiento [...] irrigan la cultura penal americana -el retributivismo y el utilitarismo-, la pena es cada vez considerada como un precio a pagar, pero en un sentido diferente. Para el retributivismo, la pena es el precio moral por la transgresión de la regla por una persona libre. [...]. Por el contrario, para el utilitarismo, la pena es el precio del mercado para la gratificación óptima de los riesgos; ...».

¹⁹⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 230. Afirma el ser socialmente necesaria la pena, p. ej., MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 85; lo mismo BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas, op. cit.*, pp. 9-10 (§ II, Derecho de castigar), y para quien «Todo acto de autoridad [...], que no se derive de la absoluta necesidad, es tyránico. Veis aquí la basa sobre que el Soberano tiene fundado su derecho para castigar los delito: sobre la necesidad

necesidad para el mantenimiento de un sistema social se proyecta sobre el contenido de la pena tanto en abstracto como en concreto»¹⁹⁵. Como hace ver HASSEMER, «la pena es una “amarga necesidad” [...] el origen y fundamento de la actividad jurídico penal no es que una persona sea culpable, sino más bien que se ha producido un conflicto que no puede elaborarse con medios menos intensivos que los del Derecho penal. La justificación éticosocial de la consecuencia jurídico penal no reside en el ámbito individual -en la “culpabilidad” de un individuo-, sino siempre en el ámbito social»¹⁹⁶. La necesidad de la pena, apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, es *política, sociopsicológica y ético-individual*. *Políticamente*, la pena le permite al Orden jurídico la coacción que éste requiere para reaccionar con eficacia frente a las infracciones de que sea objeto¹⁹⁷, es decir, como expone JESCHECK, la pena es indispensable para mantener el Orden jurídico como condición básica para la convivencia social ya que su falta traería consigo que el poder del Estado se aniquile a sí mismo por cuanto no estaría evitando que las infracciones jurídicas insoportables puedan afirmarse abiertamente¹⁹⁸. *Sociopsicológicamente*, la pena satisface los anhelos de justicia de la comunidad por que si no existiera, lo que equivale a que el Estado renuncia a la pena, la colectividad y el afectado por el delito tendrían que hacer de cuentas que jamás la infracción criminal ocurrió o, en su defecto, recurrir, una y otro respectivamente, a la autodefensa y a la pena privada¹⁹⁹. *Éticoindividualmente*, la pena halla su justificación en la persona

de defender el depósito de salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto mas justas son las penas, quanto es mas sagrada é inviolable la seguridad [...]».

¹⁹⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.* *Curso de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004, p. 423.

¹⁹⁶ HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de ZAPATERO ARROYO, Luis (pp. 1 a 215); MUÑOZ CONDE, Francisco (pp. 215 a 402). Barcelona: Bosch, 1984, p. 301. En igual sentido, p. ej., MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 47: «La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es, por consiguiente, una cuestión religiosa ni filosófica, sino una «amarga necesidad»».

¹⁹⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁹⁸ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁹⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 231.

misma del delincuente puesto que le permite, como ser moral que es, liberarse de su sentimiento de culpa²⁰⁰.

1.5.1. Caracteres de la pena

Son caracteres de la pena el ser *personal, necesaria y suficiente, pronta e ineludible, e individualizada*²⁰¹.

El que la pena sea *personal* importa que ella solamente puede afectar a la persona que cometió el delito, carácter relacionado estrechamente con el

Como señala JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 56, es imposible la vida en común si falta la pena ya que su ausencia importa que el Estado se limita sólo a la defensa frente a la comisión inminente de delitos y exige, en consecuencia, a la víctima y al resto de la colectividad que toleren el delito cometido y acepten vivir con el autor como si éste nunca hubiera realizado el hecho, lo que produciría, como derivaciones inmediatas, la justicia del linchamiento y la vuelta a la pena privada.

²⁰⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ibid.*

En opinión de JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 56-57, la pena es necesaria teniendo en cuenta la propia persona de quien delinque, constituyendo la aspiración a liberarse de culpa por medio de una prestación expiatoria una experiencia fundamental del hombre como ente moral, de ahí que crear la posibilidad de una expiación como prestación moral autónoma es una tarea legítima del Estado, aunque el camino de la conversión interna pueda estar cerrado para la mayoría de los delincuentes. En este aspecto, para MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 40, el Derecho penal debe defender a la mayoría del accionar de los delincuentes, respetando la dignidad de éstos e intentando ofrecerles alternativas a su comportamiento criminal.

²⁰¹ Así MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pp. 22-25. En idéntico sentido TERRADILLOS BASOCO, "Teoría de la Pena", *op. cit.*, pp. 47-53, en: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, para quien además es carácter de la pena el que ella es *proporcionada*, esto es, su gravedad se adecua al delito, de modo que es de castigar más la conducta dolosa que la imprudente, o la consumación que las formas imperfectas de ejecución, siendo la búsqueda de proporcionalidad tarea encomendada prioritariamente al legislador.

En cambio, para RAMÍREZ DELGADO, *Penología...*, *op. cit.*, p. 37, estos caracteres, los que él refiere como principios, entendidos éstos como base o fundamento en que la pena se apoya, son *necesidad, justicia, prontitud y utilidad*. La justicia (p. 39) concierne a que la pena sea proporcionada respecto de la fijación hecha por el legislador y a que quien juzga debe imponerla procediendo con el más recto criterio de que la sanción asignada es la más justa que el delincuente merece. La utilidad (p. 40) significa que a través de la pena el Estado y la sociedad logran un beneficio, un bien para la comunidad que es muy superior al castigo que sufre el condenado.

Va más lejos NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2005, pp. 277-278, pues para él los caracteres de la pena son *humanidad, moralidad, personalidad, igualdad, divisibilidad, economía, revocabilidad, certidumbre, publicidad y prontitud*, debiendo en todo caso ajustarse la pena al que llaman de *mínima suficiencia*, o sea, ella debe alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual.

En su momento, para DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas (1782)*. Edición de MORENO MENGÍBAR, Andrés. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2001, pp. 119-120, las penas impuestas por las leyes deben derivarse de la naturaleza de los delitos, siendo *proporcionadas a ellos, públicas, prontas, irremisibles y necesarias*, además que lo menos rigurosas que fuere posible dadas las circunstancias.

principio de culpabilidad, que garantiza a todos que el Estado sólo puede dirigir el *ius puniendi* contra quien fue declarado responsable del hecho²⁰².

La *necesidad* atañe a que la pena debe no sólo ser merecida por haberse cometido un delito sino que, asimismo, ser necesaria para alcanzar cuales son sus fines, sin que estén en consecuencia justificadas penas inútiles, y la *suficiencia* permite encuadrar las penas en unos contornos que no siempre coinciden con el criterio de necesidad, pudiendo la pena necesaria tener déficit de suficiencia por exceso o bien porque no alcanza una medida determinada²⁰³. «Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía, si hubiera algún hombre sobre la tierra que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias»²⁰⁴.

El ser *pronta* la pena, como es evidente, supone que ella sea dispuesta a la brevedad posible²⁰⁵. La prontitud de la pena es reclamada por la propia Carta mediante reconocer a los justiciables el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (art. 24.2) y prohibir los tratos inhumanos (art. 15), en que precisamente éstos son posibles de configurarse merced a la tardanza, sin perjuicio, además, que constituye atenuante de responsabilidad penal toda «dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa» (art. 21.6ª CpE). El rasgo de ser *ineludible* la pena entraña que bajo pretexto alguno quien fue condenado por un delito puede evitar el castigo²⁰⁶.

²⁰² Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 23.

²⁰³ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 23-24.

²⁰⁴ DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, op. cit., p. 137.

²⁰⁵ En este sentido, para BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit., p. 103 (§ XIX, Prontitud de la Pena), «Tanto más justa y útil será la pena, quanto mas pronta fuere y mas vecina al delito cometido. Digo mas justa, porque evita en el reo los inútiles y fieros tormentos de la incertidumbre [...] mas justa, porque siendo una especie de pena la privación de la libertad, no puede preceder á la sentencia, sino en quanto la necesidad obliga». De la misma idea sólo que más sucinto, p. ej., DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, op. cit., p. 135: «Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa».

²⁰⁶ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 25.

El que la pena sea *individualizada* denota que para cumplir su fin (v.gr., prevención) ella se establece, impone y ejecuta considerando no sólo la gravedad del hecho sino también las condiciones personales del infractor. Cuando el legislador elige determinadamente una pena y su posible duración para castigar al que delinque, comienza la individualización, la cual concluye una vez que la responsabilidad penal ha quedado extinguida por el cumplimiento de la pena²⁰⁷; dicho de otra forma, como la pena no se impone a hechos sino a personas concretas, se exige su individualización, la que consiste en un proceso tendente a tomar la pena abstracta y mediante sucesivas concreciones adaptarla a las necesidades suscitadas por el caso en cuestión²⁰⁸.

1.5.2. Principios de la pena

Son principios informadores de la pena los de *legalidad*, éste en cuanto a las garantías penal, jurisdiccional y de ejecución, *proporcionalidad*, *resocialización* y *humanización*²⁰⁹.

Por el *principio de legalidad*, en virtud de la *garantía penal*, sólo puede el juez disponer pena en tanto esté ella legalmente establecida antes de la comisión del delito (art. 2.1 CpE, art. 19 N° 3 inc. 7 CCh). Acorde la *garantía jurisdiccional*, el Estado tiene la obligación de imponer la pena pero sólo si ésta se contiene en sentencia judicial pronunciada en un

²⁰⁷ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *ibid.*

²⁰⁸ TERRADILLOS BASOCO, “Teoría de la Pena”, *op. cit.*, p. 52, en: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*

²⁰⁹ Así MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, pp. 33-41.

Por su parte, para ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, *op. cit.*, pp. 251-252, la pena sólo estaría sometida al principio de legalidad, en las ya referidas garantías penal, jurisdiccional y de ejecución.

En opinión del GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 11-12, son principios constitucionales los de *humanidad*, *proporcionalidad* y *resocialización*, con base a los cuales el recurso a la pena, siendo esta prisión, habría de limitarse a la delincuencia muy grave y, acompañada de las alternativas posibles, a la delincuencia grave.

procedimiento legalmente establecido y tramitado (art. 3.1 CpE y arts. 19 N° 3 inc. 4 y art. 76 inc. 1 primera parte CCh). Por la *garantía de ejecución*, la pena se ejecuta en la forma prescrita por la ley (art. 3.2 CpE).

Conforme al principio de *proporcionalidad*, la pena debe ser la más idónea para cumplir sus fines, lo que obliga a elegir la que resulte más adecuada como también resolver con igual criterio la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos²¹⁰.

Por el principio de *resocialización*, la pena exige un compromiso de la Administración para favorecer la reinserción pacífica y libre del condenado en la sociedad jurídica o bien, cuando ello no es factible, buscar los medios a través de los cuales se puedan neutralizar los efectos negativos de las penas, lo que se materializa cuando se establecen, por ejemplo, penas alternativas, tiempos mínimos de duración de algunas penas²¹¹.

Por el principio de *humanización*, la pena no tan sólo ha de ser proporcionada sino que ha de ser igualmente lo menos dolorosa para el condenado, requerimiento que recoge la norma fundamental en su artículo 15 a través de la proscripción de los tratos inhumanos y degradantes. En este aspecto, señalaba BECCARIA, «el fin de las penas no es atormentar y afligir a un Ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. [...] El fin [...] es [...] impedir al reo causar nuevos daños á sus Ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas, y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción, hagan una impresión mas eficaz y mas durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo»²¹².

²¹⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 38.

²¹¹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 39-40.

²¹² BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit. pp. 59-60 (§ XII, Fin de las Penas). Justamente, para BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit. pp. 135-136 (§ XXVII, Dulzura de las Penas), «No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la

1.6. Doctrinas de la pena

La lucha entre las distintas Escuelas penales, éstas un «conjunto de doctrinas que tratan de explicar la finalidad que debe guiar al Estado al establecer la sanción delictiva»²¹³, apuntan MAURACH y ZIPF, produjo para la ciencia jurídico-penal como consecuencia de mayor importancia el paulatino surgimiento de las llamadas teorías eclécticas o de la unión, y el reconocimiento del carácter retributivo de la pena, en combinación con fines preventivos, aunque con la consideración de que tal carácter retributivo no se vería afectado por la estimación de la prevención²¹⁴.

Debiendo su nombre a FERRI, que con afán crítico la llama así para diferenciarla con la *Escuela positivista*, un nuevo y radical movimiento²¹⁵,

infalibilidad de ellas [...] La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión, que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad; [...] los males, aunque pequeños, quando son ciertos, amedrentan siempre los ánimos de los hombres [...].

²¹³ PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Nauta, t. I, vol. I, 1959, p. 62.

²¹⁴ Cfr. MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, *op. cit.*, p. 99.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. "Teoría de la Pena". En: CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Bosch, t. I, 2001, pp. 443-466, p. 445, señala que al considerar el problema de por qué la pena, como consecuencia asociada al delito, es el cauce adecuado para cumplir el Derecho penal la misión de protección subsidiaria de bienes jurídicos, a dar respuesta a esta interrogante se dirigen las *teorías sobre el fin de la pena* y «Esencialmente las distintas variantes de las teorías de la pena giran en torno a los conceptos *justicia* y *utilidad* en correspondencia con las teorías absolutas o relativas de la pena. Estas concepciones de la pena están en la base de las distintas escuelas penales y de la llamada «lucha de escuelas» como fruto de la tensión entre las ideas basadas en la justicia y en la utilidad social». BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, p. 30, expone que «la "lucha de escuelas" [...] es [...] una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las "teorías" absolutas de la pena, la Escuela positiva proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las modernas "teorías relativas" de la pena».

²¹⁵ Dice FERRI, Enrico. *Nuevos estudios de Antropología Criminal* (La Escuela Criminalista Positiva: A los estudiantes de la Universidad de Nápoles). Madrid: La España Moderna, sf. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2005), pp. 191-193, «Cuando Lombroso, Garofalo [...] dijeron «hace falta cuidar más del estudio del delito y sus causas», fuimos llamados instigadores de los delincuentes. Hemos soportado esta acusación [...] iniciando una escuela positiva que opone á la escuela clásica diversos propósitos prácticos y científicos [...] La escuela positivista se propone [...] otro objetivo práctico que [...] la escuela clásica debe haber tenido como platónica meta; pero no ha podido realizarlo porque cada época tiene su misión, y la de ésta es la disminución de los delitos. Y tal diferencia de propósitos proviene de que también es totalmente diverso el método científico. La escuela clásica estudia el delito en su objetividad abstracta [...], no se ocupa del delincuente, sino como de un término algebraico para la aplicación de la pena, proporcionada al delito y no al delincuente; y si se ocupa de éste en ciertas condiciones de evidente anomalía, lo ha hecho y lo hace, por el método apriórico y por el menor progreso de las ciencias naturales y psiquiátricas en los tiempos pasados, de un modo tan incompleto y con principios tan peligrosos, que llega a

con la *Escuela clásica*²¹⁶, corriente integrada por diversas tendencias - autónomas y nacionales en muchos casos- que afectan incluso sus propios postulados y al punto de no haber unanimidad a veces sobre extremos tan fundamentales como la teoría de la pena²¹⁷, surgen posiciones tanto distintas como totalmente contrapuestas, cuales son justamente las doctrinas absolutas de la retribución y las numerosas doctrinas de tipo relativo²¹⁸, pudiéndose comenzar a distinguir entre “teoría” *absoluta, relativa y mixta*²¹⁹, esta última conocida también como de la *unión*²²⁰, *unidad*²²¹, *unificadora*²²², *ecléctica*²²³, siendo sí BAUER quien hace esta triple división²²⁴, de lo que da debida cuenta RÖDER²²⁵, para quien -dicho sea de paso-, en las “teorías” *absolutas*,

convertir los motivos de una mayor defensa social (como en los casos de locura, embriaguez, menor edad, etc.) en motivo de impunidad de los malhechores. La escuela positivista [...] considera la criminalidad como un fenómeno natural [...] en vez de la delincuencia estudia el delincuente, adaptando sobre todo á éste las precauciones defensivas y teniendo el delito cometido sólo como un indicio de la potencia maléfica de quien lo ejecuta».

²¹⁶ Como dice PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, t. I, vol. I, *op. cit.*, pp. 62-64, la Escuela clásica se caracteriza por la adopción de un método científico esencialmente especulativo y por considerar que el delito es un ente jurídico, que la imputabilidad se basa en el libre albedrío y la responsabilidad moral, y que la pena es un mal a través del cual se realiza la tutela jurídica.

En opinión de BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal: Curso de lecciones para estudiantes de Ciencias Políticas*. Título original: *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale* (CEDAM, Casa Editrice-Padova, 1973 [1ª ed., Padua, 1966]). Traducción de GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino. 2ª ed. (italiana, de 1973, traducida al español). Barcelona: Bosch, 1977, p. 39, para los clásicos, el delito está en un hecho del hombre, no en su pensamiento (de *internis non curat praetor*) o en su modo de ser (peligrosidad del sujeto que delinque), por lo que el delito se debe manifestar en un comportamiento que produce en el cuerpo social un daño de tal gravedad que debe responderse sólo con una resolución particularmente drástica: la pena, la que es formalmente una reacción del Ordenamiento jurídico y es sustancialmente un castigo retributivo en nombre de aquella exigencia ética que quiere que al bien siga el bien (el premio) y al mal el mal (el castigo), y a la que no le corresponden cometidos especiales por ser ella represión del delito perpetrado, idea de la represión en que el Derecho penal debe basarse.

²¹⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, pp. 609-610.

²¹⁸ Cfr. PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, t. I, vol. I, *op. cit.*, p. 64.

Dice RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general*, *op. cit.*, p. 885 n. n° 42, «La clasificación de las teorías penales en absolutas y relativas se debe a ZACHARIA (*ArchKrimR.*, III, 4, 1801, 2, 6, 40). [...]».

²¹⁹ Así la mención QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 109.

²²⁰ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 239; BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, pp. 37-38.

²²¹ Así, y sin abandonar nombrarla como *mixta*, POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 87.

²²² Así MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 59.

²²³ Así MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado ...*, *op. cit.*, p. 56 y ss.

²²⁴ Así PUIG PEÑA PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, t. I, vol. I, *op. cit.*, p. 64.

²²⁵ RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena...*, *op. cit.*, pp. 41-47, se hace cargo de las teorías penales más importantes según Bauer, y refiere las Teorías *absolutas* (de retribución) y las Teorías *relativas*, indicando (p. 47) que «Finalmente, cuando una teoría parte manifiestamente de diversos principio y fines de la pena, se la llama *mixta, compuesta ó sincrética*, á distinción de las teorías *simples ó puras*».

la pena no está referida a fin alguno y se reputa como mera consecuencia necesaria de una acción ilícita²²⁶, mientras que, en las *relativas*, se estima como medio para un fin jurídico, que consiste, al fin y al cabo, en mantener el orden del Derecho²²⁷, y en una teoría *mixta, compuesta o sincrética*, se consideran manifiestamente diversos principios y fines de la pena²²⁸.

En las teorías absolutas, la pena es legítima si es la retribución de una lesión cometida culpablemente, pues la infracción del orden jurídico, en tanto se comete libremente, presupone un abuso de la libertad que es reprochable y, por lo tanto, culpable, de lo cual se sigue que es sólo la justicia o la necesidad moral el fundamento de la pena²²⁹.

En contraste, en las *doctrinas relativas* el fin de la pena es ser útil para evitar nuevos delitos²³⁰, y satisface ella determinados fines de prevención *general o especial* porque es un medio que no pretende hacer justicia en la tierra sino cumplir una función social de posibilitar la convivencia y evitar la comisión de futuros delitos²³¹. Acá, la pena no se considera un fin en sí misma sino como un medio para un fin, *ne peccetur*, o sea, se pune para que no se peque.

Ideológicamente, las doctrinas absolutas y relativas se diferencian claramente por sus fines, pues, dicen QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, las teorías absolutas defienden propósitos morales, sin perjuicio de que se compatibilicen con garantías, y las relativas buscan una utilidad de futuro a la pena²³².

²²⁶ RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena...*, op. cit., p. 43.

²²⁷ RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena...*, op. cit., p. 44.

²²⁸ RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena...*, op. cit., p. 47.

²²⁹ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, op. cit., p. 31.

²³⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 815; en el mismo sentido ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, op. cit., p. 22.

²³¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 239.

²³² QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 109.

Las doctrinas *mixtas* intentan situarse entre las *absolutas* y las *relativas*, no sumando las ideas básicas de éstas sino que reflexionando acerca de cómo, en lo práctico, la pena puede desarrollar la totalidad de sus fines en su aplicación real frente a la persona interesada y a la colectividad²³³. Estas doctrinas, que tratan de aunar los puntos de vista de las doctrinas anteriores pretendiendo que se castigue *quia peccatum est* y *ut ne peccetur*, al conciliar los conceptos de retribución y el fin de defensa, fundan la pena en la justicia limitada por la necesidad social²³⁴. Estas doctrinas han dado lugar, sobre todo, al *eclecticismo italiano* y el *eclecticismo francés*. Fundado por CARMIGNANI, en el *eclecticismo italiano*, CARRARA, su más genuino representante, concibe justamente la pena como una necesidad de tutela jurídica, en que el derecho de castigar tiene legitimidad en la necesidad de la defensa, pero limitado por las normas de la justicia y teniendo como moderador de su forma a la opinión pública. Según CARRARA, el fin de la pena no consiste en que se haga justicia, o que el ofendido sea vengado o que se le resarza el daño sufrido, o que se atemorice a los ciudadanos o que el delincuente purgue su delito o se obtenga su enmienda, pues todas estas pueden ser consecuencias necesarias de la pena, algunas de ellas incluso deseables, pero la pena continuará siendo un acto inobjetable, aún faltando todos estos resultados. El fin de la pena es restablecer el orden externo de la sociedad, en razón de que el delito no sólo ofende materialmente a un individuo o a una familia o un número cualquiera de personas, para los que el mal que se causa no se repara con la pena, sino que todavía agravia a la sociedad al violar sus leyes y afrenta a todos los ciudadanos al disminuir en ellos el sentimiento de su propia seguridad y al crear el peligro del mal ejemplo²³⁵. El último fin de la pena es el bien social, representado en el orden que se obtiene por la tutela de la ley, siendo el efecto de castigar legitimado por su causa, sólo que para

²³³ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 81. En el mismo sentido, p. ej., ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, op. cit., p. 22; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 239.

²³⁴ PUIG PEÑA, *Derecho Penal: Parte General*, t.I, vol. I, op. cit., p. 68.

²³⁵ CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal...*, op. cit., pp. 438-439 (§§ 614-617).

lograr ese fin es necesario que la pena produzca ciertos efectos, que son, como otros tantos fines más próximos a los que las penas deben dirigirse, fines que determinan los caracteres especiales que indefectiblemente son deseables en ellas, aunque estas condiciones obligan al legislador porque si éste se aparta de ellas comete abuso, pues la ley eterna del orden es ley de leyes²³⁶. En el *eclecticismo francés*, que lo personifica ROSSI, se afirma que el fundamento del derecho de penar radica en la ley moral dictada al hombre por su propia conciencia, que le hace responsable de las infracciones que cometa, y el cual, como ser moral y social, es necesario que se someta a un orden social establecido mediante normas obligatorias en beneficio de la utilidad social.

1.6.1. Doctrinas Absolutas o Retribucionistas

En las *doctrinas absolutas*, la pena se legitima en el delito cometido constituyendo «la condigna retribución de la violación del derecho cometida por el delincuente»²³⁷. La pena no tiene una función social sino una razón de justicia, se castiga *quia peccatum est* o porque se ha delinquido²³⁸. La ocurrencia de un delito basta para que sea aplicada una pena, independientemente de que ésta sea útil o no. La pena no es un medio y se entiende como un fin en sí misma²³⁹, no siendo necesario referirla a objetivos prácticos o resultados concretos para justificarla y, en consecuencia, se

²³⁶ Cfr. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal...*, op. cit., pp. 442-443 (§§ 623-625).

²³⁷ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 810; en igual sentido ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, op. cit., p. 22.

²³⁸ Cfr. GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, op. cit., p. 61, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, op. cit. Como refiere POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, op. cit., p. 73, la pena busca únicamente infligir al delincuente un mal semejante o equiparable al causado y no persigue otra función, preventiva o social, posterior.

²³⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 239. Según expone GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 240, en las doctrinas absolutas tan sólo por razones de justicia o necesidad moral se justifica la pena, la que es fundamentalmente una retribución, divina, moral o jurídica, y no interesa si cumple otros fines porque éstos serían ajenos a su esencia.

retribuye el mal por el mal, *malum propter malum, bonum propter bonum*, y de ahí el nombre de retribucionismo para significar estas doctrinas.

Y como el delito viola un orden, que puede ser religioso, moral, estético, jurídico, etc., KANT plantea una retribución *moral*, HEGEL una *jurídica*, STAHL una *divina*²⁴⁰ y DÜHRING una *vindicativa*, así como LEIBNIZ una retribución *estética*, sosteniendo KÖHLER una *retribución expiatoria*²⁴¹, caracterizada ésta como una personal prestación ética del autor, que le lleva a aceptar la necesidad de la pena y le permite así recuperar su propia libertad moral²⁴².

Entre las teorías absolutas se suele diferenciar entre teorías de la *expiación* y de la *retribución*²⁴³, siendo la pena como expiación, distinto a cuando es concebida como retribución, no una restitución del orden correcto de cosas sino que la reconciliación del infractor penal consigo mismo y con el Ordenamiento que quebrantó y con la comunidad, motivo por el cual la expiación sólo tendrá éxito si el delincuente libremente se arrepiente y su constreñimiento de espíritu es visto como una redención de su culpa en el

²⁴⁰ Manifiestan FALCÓN TELLA, María José; FALCÓN TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 165, para las tesis de la retribución divina existe un orden divino de las cosas que no puede ser infringido pues, si así ocurre, el hombre se opone a Dios y viola su ley, lo que lo obliga a un castigo para expiar el mal realizado.

²⁴¹ PUIG PEÑA, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, vol. I, *op. cit.*, p. 64.

²⁴² JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴³ PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2007, p. 22 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 30); en igual sentido BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Política criminal: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*. Barcelona: Bosch, t. 1, 2007, p. 145.

En palabras de CASTRO MORENO, Abraham. *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*. Madrid: Dykinson, 2008, p. 16, la teoría retributiva presenta dos vertientes, una objetiva, que se dirige al suceso externo, al acto injusto, que sería compensado con ella causación del mal que supone la pena, y una subjetiva, en cuanto la pena opera como medio de expiación del individuo, por lo cual la compensación y la expiación son las dos caras de las teorías retributivas, incidiendo la segunda en el aspecto anímico o moral del sujeto, quien por medio de la pena y gracias a ella se reconcilia consigo mismo. Por ende, no es extraño que la pena retributiva se haya entendido como un bien al que el delincuente tendría derecho, al permitirle expiar su culpa y alcanzar su libertad moral, diferenciándose la expiación de la mera retribución en que a través de aquella quien delinque puede contar con la presunción de volver a ser un miembro más de la sociedad.

conglomerado social²⁴⁴. En tanto estas teorías suponen que se reconcilie con sí y con la comunidad el sujeto que infringe la ley penal, la expiación en realidad se concibe como algo que sucede en lo más interno de la persona autónoma y exige que el mismo sujeto coopere, particularmente en el proceso por el esfuerzo de la resocialización²⁴⁵.

Para BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, en las teorías absolutas, cuya premisa es la existencia de verdades o valores absolutos anteriores al hombre, se trata de hacer justicia con la pena, cuyos fines son alcanzar la justicia o afirmar la vigencia del Derecho, lo que legitimaría al Derecho penal como instrumento eficaz para lograr dichos fines²⁴⁶.

La pena en cuanto retribución, es un mal que se infringe al culpable para compensar el mal que él causó previamente, es pura compensación, valorándose el hecho incriminado sin interferir consideraciones extrañas al mismo, o utilitarias o de diversa índole, y ajenas a la idea de justicia²⁴⁷. En este sentido, señalan ROXIN, ARTZ y TIEDEMANN, «[...] la pena no sirve

²⁴⁴ Cfr. LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. Traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Madrid: Dykinson, 1999, pp. 7-8 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 4).

²⁴⁵ Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 22-23.

En opinión de STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: Parte general I: El hecho punible*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. I. Die Straftat* (4., völlig neu bearbeitete Auflage Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 2000). Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; SANCINETTI, Marcelo A. 4ª ed. totalmente reelaborada. Hammurabi: Buenos Aires, 2005, pp. 33-34, la expiación es problemática porque el que sea una prestación del propio hechor y que le posibilite desligarse de su culpabilidad no es fácilmente trasladable a la pena estatal por cuanto ésta al exteriorizarse de alguna manera hacia la comunidad produce el efecto opuesto, cual es el que el infractor niegue el hecho, recurriendo a técnicas de negación mental y de autojustificación, toda vez que es difícil tener otro camino al ser públicamente condenado, o inclusive sometido a los procedimientos denigrantes de la tradicional ejecución de las penas privativas de libertad. Siendo ella una obra moral sustentada en la libre voluntad del culpable, es un contrasentido en sí mismo querer imponer la expiación coactivamente mediante la pena, porque se contraría el principio elemental del Estado de Derecho de que el cometido del poder público no es elevar la moral del ciudadano sino proteger el Orden social, no pudiéndose desde un comienzo fundamentarse la necesidad de la pena estatal con la expectativa de que quien ha de padecer la sanción podría purificarse moralmente. Por último, «[...] es más que conocido el hecho de que la pena, a los ojos de la sociedad, antes que expiar su delito, más bien estigmatiza al condenado».

²⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, p. 44.

²⁴⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 240.

primordialmente a fines sociales sino a la idea de justicia. La pena ha de existir para que la justicia domine la tierra»²⁴⁸.

Las bases ideológicas de las teorías absolutas, dice JESCHECK, se encuentran en el reconocimiento del Estado como guardián de la justicia y compendio de las nociones morales, en la fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual, se trata de teorías en que coinciden pensamientos idealistas, conservadores y liberales²⁴⁹.

En estas teorías, expresa BETTIOL, la pena encuentra sólo en sí misma su explicación y justificación²⁵⁰. Como señala FERRAJOLI, «Son teorías «absolutas» todas las doctrinas retribucionistas, que conciben la pena como fin en sí mismo, es decir como «castigo», «compensación», «reacción», «reparación» o «retribución» del delito, justificada por su valor axiológico intrínseco; por consiguiente no un medio, y menos aún un coste, sino un deber ser metajurídico que tiene en sí mismo su fundamento»²⁵¹.

Aunque el sentido tradicional de la pena es la retribución, ésta inicialmente una pura reacción frente al delito, cargada de fuertes emociones, hoy, en un cambio de consideración que comienza a partir de la Ilustración del siglo XVIII, la retribución significa que la pena debe equivaler al injusto culpable acorde al principio de justicia distributiva (*quia peccatum est*) y, en consecuencia, es ajena a la venganza o sentimientos ocultos de odio y a las reprimidas tendencias de la sociedad y constituye más bien un principio limitativo²⁵².

²⁴⁸ ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 24.

²⁴⁹ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 61.

²⁵⁰ BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., p. 38.

²⁵¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 253.

²⁵² JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 58.

Con arreglo a la idea de retribución, el hecho cometido es el fundamento y medida de la pena, siendo ésta la respuesta a la infracción y adecuada al grado de injusto y de la culpabilidad, o, en otras palabras, haber sido merecida tanto en su clase como en su amplitud²⁵³.

La retribución descansa sobre tres presupuestos inseparables, esto es, que la facultad estatal para mediante la pena dar al culpable su merecido puede estar plenamente justificada, lo cual ocurre si se reconoce la superioridad moral de la sociedad sobre el delincuente, que existe una culpabilidad posible de medir según su gravedad y, ya en el terreno de los principios, que cabe armonizar el grado de culpabilidad y la gravedad de la pena de modo tal que la sentencia aparece como justa para el autor y para la colectividad²⁵⁴.

Reconocidos exponentes de las doctrinas absolutas son los filósofos alemanes KANT y HEGEL²⁵⁵. Para KANT, «La pena judicial (*poena forensis*) [...] no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele sólo *porque ha delinquido*»²⁵⁶. La ley penal es un imperativo categórico, y no cabe encontrar algo que exonere del castigo o incluso sólo de un grado de éste²⁵⁷, adoptando el tipo y el grado de castigo como principio y patrón la igualdad, pudiendo sólo la ley del talión (*ius talionis*) ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, siempre que éste sea impuesto por un tribunal²⁵⁸. Por eso, el culpable que cometió un asesinato tiene que morir, porque no hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia, pues no

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Opina distinto POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, *op. cit.*, pp. 83-84: «Aunque la concepción de HEGEL presenta cierto *componente retributivo* [...] lo cierto es que no se trata de un retribucionismo ciego [...] sino de una doctrina preventivo-general con un fundamento y contenido racionales».

²⁵⁶ KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción y notas de CORTINA ORTS, Adela; CONILL SANCHO, Jesús. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 166.

²⁵⁷ Cfr. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, *op. cit.*, pp. 166-167.

²⁵⁸ Cfr. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, *op. cit.*, p. 167.

existe equivalencia entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por ende tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque innegablemente con una muerte con dignidad o libre de todo ultraje²⁵⁹. Si por pleno consenso una sociedad se disolviera, por ejemplo, decide disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que vive en una isla, «antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerársele como cómplice de esta violación pública de la justicia»²⁶⁰. La pena se justifica enteramente, pues «Nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una acción punible; en efecto, cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser castigado»²⁶¹. En KANT, la retribución tiene una fundamentación ética, pues su razón de ser es la culpabilidad del sujeto, la cual presupone que éste es un ser que tiene libre voluntad o libre albedrío, con lo que la pena es un pago por el mal uso de la libertad y debe ser justa, proporcionada al mal causado con el delito, y ejecutarse en su totalidad, como imperativo de justicia.

Por su parte, HEGEL concibe el delito como un injusto que no respeta el Derecho en sí ni como se nos aparece²⁶². El hombre puede ser coaccionado, esto es, sometido al poder de otros²⁶³. La voluntad sólo si tiene existencia empírica es idea o realmente libre, y la existencia empírica en la que se ha colocado es ser de la libertad, por ello la coacción o violencia se destruyen inmediatamente a sí mismas en su concepto, en cuanto exteriorizan una

²⁵⁹ Cfr. KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 168.

²⁶⁰ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., 168-169.

²⁶¹ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 171.

²⁶² Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Título original: *Grundlinien de Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grunidse*. Traducción de VÁSQUEZ, Eduardo. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000, p. 164 (§ 90).

²⁶³ Cfr. HEGEL, *ibid.* (§ 91).

voluntad que supera la existencia empírica de otra, y tomadas en abstracto, por tanto, son injustas²⁶⁴. El Derecho es coacción porque lo injusto contra él es una violencia contra la existencia empírica de la libertad²⁶⁵. El delito es una coacción, una violencia libremente practicada contra la libertad en su sentido concreto, o sea, el Derecho en sí. El delito es un juicio negativo infinito en su sentido pleno, que niega no sólo lo particular, como la voluntad de cada uno, que permite tener algo como propio, sino que niega lo universal, la capacidad jurídica, que permite que otros reconozcan lo que es de cada cual²⁶⁶. La vulneración del Derecho en cuanto Derecho es una existencia positiva externa, la que en sí es nula, siendo la manifestación de esta nulidad la anulación de aquella vulneración que entra en la existencia. Es la realidad del Derecho su necesidad de reconciliarse consigo a través de la superación de su vulneración²⁶⁷. Manifiesta HEGEL, «El hecho del delito no es algo primero, positivo, para el cual vendría el castigo como negación, sino que es un negativo, de manera que el castigo solamente es la negación de la negación. El derecho real es, pues, superación de esta vulneración, el cual precisamente en ello muestra su validez [...]»²⁶⁸. La vulneración impuesta al delincuente es por voluntad de éste porque con su hecho manifestó su

²⁶⁴ HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 165 (§ 92).

²⁶⁵ Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 166 (§ 94).

²⁶⁶ Cfr. HEGEL, *ibid.* (§ 95).

²⁶⁷ HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 168 (§ 97).

²⁶⁸ *Ibid.*

Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 242, para HEGEL la pena no es un mandato absoluto de la justicia sino un proceso dialéctico: posición-negación y negación de la posición, y el Ordenamiento jurídico es un querer general que es negado por el delito, por lo que la pena es la negación de la negación y restaura el quebrantamiento a través de la necesaria negación de la voluntad especial o particular del delincuente que antes negó la voluntad general. En el mismo sentido, p. ej., JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 76: «[...] Hegel [...] fundamenta la pena sobre el principio dialéctico según el cual el Ordenamiento jurídico expone la “**voluntad general**”, mientras que la “**voluntad especial**” del delincuente, expresada a través de la infracción del Derecho, es negada por medio de la pena [...]», y QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 109: «La pena, según HEGEL, es la afirmación del Derecho, que fue negado por el delito, negación que sólo se contesta con otra negación, que es la pena».

No obstante, KLUG, Ulrich. “Despedida de Kant y Hegel (*Una crítica jusfilosófica básica*)”. En: KLUG, Ulrich. *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*. Traducción de MALEM SEÑA, Jorge. 1ª ed. Barcelona; Caracas: Editorial Alfa, 1989, pp. 29-34, p. 31, hace presente que esta formulación de HEGEL, de que la pena es “la negación de la negación”, y que es tantas veces citada, no se encuentra en realidad en la obra del filósofo sino que ha sido transmitida a través del libro de su discípulo Eduard Grans, titulado *Notas adicionales a las lecciones de Hegel*.

libertad, que es su derecho, por tanto es justa en sí y un derecho puesto en el que delinque, que consintió en la pena mediante su acto²⁶⁹, siendo con la sanción aquél honrado como racional y libre si el concepto y medida de la misma se toma de tal acto y no en las finalidades de la intimidación o del mejoramiento ni se considera al sujeto solamente como un animal dañino a quien habría que hacer inofensivo²⁷⁰. La medida de la pena no es la igualdad en la consistencia específica del delito sino en la consistencia de la vulneración que es en sí: la igualdad según el *valor* de la misma²⁷¹. Es muy fácil exponer la represalia de la pena como absurda, por ejemplo, robo por robo, ojo por ojo, diente por diente, etc., donde puede representarse al que obra como tuerto o desdentado²⁷². El robo, el hurto, y la pena pecuniaria y de cárcel son desiguales, pero según su valor, su carácter universal de ser vulneraciones, son comparables, y corresponde al entendimiento aproximarse a esa igualdad de valor, pues, si no se concibe la vinculación entre el delito en sí y su anulación, puede ocurrir que en una pena propiamente dicha se vea sólo una vinculación arbitraria de un mal con una acción ilícita²⁷³. Según el aspecto de su existencia externa, que concierne a la representación y a la conciencia de la sociedad civil y no sólo a la del afectado, cambia la naturaleza del delito, que tiene que ser medido conforme diferencias cualitativas y cuantitativas, medición establecida como representación y conciencia de la vigencia de las leyes, por lo que la peligrosidad para la sociedad civil es una determinación de su magnitud, o también una de sus determinaciones cualitativas, pero se trata de una cualidad o magnitud variable según la situación de la sociedad civil²⁷⁴, «y en ella reside la justificación de castigar con la muerte el robo de algunos centavos o el de un nabo, en tanto que castiga un robo cuyo valor asciende a cien veces o incluso

²⁶⁹ Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., pp. 170-171 (§ 100).

²⁷⁰ Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 171 (§ 100).

²⁷¹ Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 172 (§101).

²⁷² HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 173 (§101).

²⁷³ Cfr. HEGEL, *ibid.*

²⁷⁴ Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 279 (§ 218).

más, con una pena moderada. El punto de vista de la peligrosidad para la sociedad civil, aunque parece agravar el delito, es más bien el que ha aminorado especialmente su castigo. Un código penal pertenece, por tanto, particularmente a su época y a la situación de la sociedad civil en ésta»²⁷⁵.

Distinto de KANT, que tiene una visión metafísica y moral, inflexible, de un Estado ideal, HEGEL, que teoriza teniendo como marco histórico político el Estado de la Revolución Francesa, postula una concepción valorativa y simbólica que ve en la pena no una institución metafísica y moral sino una institución estatal, ésta además racional y cuya justicia reside en producir una respuesta adecuada y suficiente al delito, neutralizando simbólicamente el desafío de éste para el Ordenamiento jurídico y restableciendo la vigencia y autoridad del Derecho²⁷⁶. El fundamento de la pena es jurídico porque ella es la negación de la negación del Derecho, el cual cumple un papel restaurador o retributivo, siendo el valor absoluto o trascendente a conseguir con la pena la afirmación de la vigencia del Derecho, siendo la pena lo racional, la pena justa, cuya medida se determina por la intensidad de la negación del Derecho²⁷⁷.

Muy en la senda de KANT, adscrito a la retribución moral, BETTIOL estima que la pena debe entenderse como reacción del Orden jurídico perturbado por la acción del delincuente, pero no una reacción hija o pariente de la venganza sino que una reacción del Estado, comenzando la pena exactamente cuando la venganza y los impulsos que dan razón a ella terminan, siendo la pena fruto de una reflexión, un acto de la razón que determina una “reacción”

²⁷⁵ HEGEL, *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho ...*, op. cit., p. 279 (§ 218).

En pocas palabras, como señala SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Vom Sinn der Strafe*. 2ª ed., p. 22, citado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 242, la justicia de la pena concreta no se da por la ley del talión, sino por un principio valorativo más flexible, que toma en cuenta las características de la lesión misma y las circunstancias de la sociedad civil.

²⁷⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., pp. 243-244.

²⁷⁷ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, op. cit., p. 45.

proporcionada a la entidad o gravedad de la infracción cometida²⁷⁸. Dice BETTIOL, «La razón de la pena está [...] filosóficamente apoyada y ligada a la idea de *justicia* [...] Se castiga porque ello es requerido por una exigencia de justicia; aunque por medio de una pena justa, puedan ser alcanzadas determinadas finalidades, como las típicos de la *prevención general* de los delitos o de la recuperación social o moral del reo (*prevención especial*) [...]»²⁷⁹, «La retribución es una fundamental exigencia ética [...] ella postula que a un bien siga otro bien (*Derecho premial*) y que al mal siga el mal (*Derecho penal*) [...] la pena es el *malum passionis propter malum actionis*²⁸⁰ [...] sin embargo, el término «malum» no se entiende como un no deber ser moral, sino, al contrario, como una exigencia ética, tratándose de un mal sólo bajo el aspecto físico o natural del sufrimiento infligido como castigo al autor de un delito que venga llamado a la expiación»²⁸¹. BETTIOL refuta la prevención, pues, aunque se diga que la pena sirve con la amenaza para disuadir del delito (el contra-estímulo al estímulo-delictivo), realizándose exigencias de prevención general, esta exigencia nunca puede tomarse como la razón misma de la pena ya que quien debe sufrir un rechazo por la amenaza de ella no son los terceros sino el culpable, quien está llamado a expiar su falta con una pena proporcionada a la gravedad de su hecho²⁸². Una consideración dirigida exclusiva o preferentemente a los efectos externos de la pena o respecto de los terceros fácilmente puede conducir a la carencia de una proporción y por ello a un verdadero y propio terrorismo penal²⁸³. Si se vuelve la mirada exclusivamente al reo, en el

²⁷⁸ Cfr. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., pp. 146-147.

²⁷⁹ BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., pp. 147-148.

²⁸⁰ En este sentido, dice FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 255-256, «en otros casos la calificación de algunas teorías como retribucionistas es del todo impropia, y depende de un equívoco en el que han caído sus intérpretes y a veces sus mismos autores. El caso más emblemático es el de Hugo Grocio, que generalmente es clasificado entre los retribucionistas a causa de su conocida definición de la pena como «malum passionis, quod infligitur ob malum actionis» y que por el contrario [...] puede ser considerado el primer sostenedor moderno de una doctrina utilitarista».

²⁸¹ BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., p. 150.

²⁸² Cfr. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., p. 149.

²⁸³ BETTIOL, *ibid.*

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 24, es crítico de la

sentido de considerar la pena como un medio para su recuperación social, el famoso criterio de la prevención especial, se pueden realizar múltiples injusticias, porque tal exigencia puede llevar a un proceso de reblandecimiento del Derecho y de la ejecución penales, lo que no es menos grave que el terrorismo, pues, siendo la justicia la que viene ofendida, se produce igualmente un desequilibrio social²⁸⁴.

Influido por el pensamiento de HEGEL, sin que pueda decirse que sea un hegeliano sino más bien un fiel representante del retribucionismo de los finales del siglo XIX e inicios del XX, para BINDING la pena sólo persigue mostrar al delincuente su impotencia ante la ley y someterlo a la fuerza victoriosa del Derecho, sometimiento coactivo que se realiza en aras de la preservación del señorío del Derecho e imponiéndose un mal, que es la pena, proporcionado a la culpabilidad del autor y a la gravedad de su hecho²⁸⁵.

Ligado al retribucionismo aparece el “*Neoretribucionismo*”, que plantea, así por ejemplo KÖHLER, que la pena no persigue una función contramotivadora o disuasoria sino que restablecer el Derecho, lo que se explica en que el autor se contradice consigo mismo, en cuanto ser racional, desde que realiza un hecho irracional: el delito. El castigo tiene legitimación estrictamente subjetiva, ajena a consideración social y prevencionista²⁸⁶.

En opinión de von HIRSCH, otro representante de la señalada doctrina, una justificación convincente de la existencia de la pena debe fundarse en

consideración de la prevención general como una marcada tendencia al terror estatal e indica que esta afirmación se trata de una prevención general mal concebida y manejada, y por ello ineficaz e incluso contraproducente, pues, al tener la ley mayor interés en evitar las lesiones más graves que las menos graves por que aquéllas, por la mayor importancia del bien jurídico protegido, son más intolerables, en cuanto a desvalor del resultado y de la acción, resulta lógico que sean amenazados con una pena superior los hechos de mayor gravedad que los de menor gravedad, aparte que la equiparación de las penas de los delitos poco graves a las de los delitos más graves supone ya debilitar el efecto inhibitor de la prohibición de estos últimos.

²⁸⁴ Cfr. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal...*, op. cit., p. 149-150.

²⁸⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 245.

²⁸⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 248.

valoraciones morales retrospectivas como en consideraciones atinentes a las consecuencias, tratando y considerando al autor como un actor moral, pudiéndose renunciar a la pena que es inútil o no es suficientemente útil para impedir nuevas agresiones a bienes jurídicos²⁸⁷. La pena implica causar un mal mediante el cual se formula un reproche o desaprobación que cumple funciones morales positivas, por ejemplo, expresar a la víctima que fue dañada injustamente y a través de un comportamiento ajeno culpable, efectuar al autor una comunicación moral que le entrega un mensaje normativo crítico en relación a uno de sus comportamientos, específicamente, haber dañado a otro de modo culpable, y por lo que debe ser reprendido²⁸⁸. Este reproche sólo concierne al autor externamente, o sea, la desaprobación, formulada mediante la sanción, le permite al autor reflexionar sobre su conducta y, según lo estime, adoptar o no alguna actitud por ello, motivo por el cual la reacción de reproche no cabe acomodarla al posible grado de escrúpulo del autor²⁸⁹. La censura ofrece al autor la oportunidad de expresar una preocupación, un reconocimiento del daño o un propósito de enmienda, pero no es una técnica dirigida a evocar determinados sentimientos, pues, si su objetivo primordial fuera inducir a un arrepentimiento, no tiene sentido censurar a actores ya arrepentidos, quienes entienden y lamentan el daño, o desafiantes, los que no aceptarían el juicio de desaprobación que la censura expresa²⁹⁰. El reproche por medio de la pena cumple el cometido de advertir a los terceros que hay razones normativas para omitir el tipo de conductas

²⁸⁷ Von HIRSCH, Andrew. “Retribución y prevención como elementos de justificación de la Pena”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 125-145, p. 126.

²⁸⁸ Von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, pp. 132-133, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

²⁸⁹ Von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, pp. 133, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

²⁹⁰ Von HIRSCH, *Censurar y Castigar*, *op. cit.*, p. 36.

reprendidas, avisa que tales conductas son punibles²⁹¹. Reconocido el papel central del reproche, se fortalece la necesidad de limitar el Derecho penal a través de la culpabilidad del comportamiento, requisito que ha de incluirse entre sus reglas generales y en la medición de la pena, debiendo la medida obtenerse estableciendo una relación adecuada entre la gravedad de la pena y el merecimiento de reproche del comportamiento²⁹². La severidad de la pena es reflejo del grado de reproche, esto es, mientras mayor es la pena mayor es el reproche y viceversa, y el mal de la pena y su imposición muestran que la reprobación de los actos penalmente relevantes debe ser tomada en serio²⁹³.

Dentro del retribucionismo, ya con la mirada puesta sobre el discurso teórico de JAKOBS, afirma LESCH una *teoría funcional de la retribución*²⁹⁴. En concepto de LESCH, la pena sirve para estabilizar las expectativas cognitivas que abrigamos en sociedad, las que por estar jurídicamente garantizadas no decaen si son defraudadas y pueden mantenerse contrafácticamente o en contra de lo sucedido, no siendo del caso adaptarse a la defraudación porque el conflicto se asocia con un comportamiento incorrecto del autor, de modo que la víctima se mantiene en su expectativa contrafácticamente²⁹⁵. La

²⁹¹ Cfr. von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, p. 134, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

²⁹² Von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, p. 135, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

²⁹³ Cfr. von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, pp. 136-137, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

²⁹⁴ Para LESCH, *La función de la pena*, *op. cit.*, p. 42, las teorías de la unión son ambiguas pues no dan a la finalidad de la pena estatal una dirección y un fundamento consistente ni proponen una regla funcional que dé preferencia a una teoría o a otra en los puntos de colisión, se trata de meras propuestas que no pueden fundamentarse convincentemente, perdiendo además el principio de compensación de la culpabilidad su función originaria de la fundamentación de la pena y se reduce sólo a un criterio delimitador de ésta que no puede ser aclarado funcionalmente. Siguiendo a BINDING, señala LESCH, *La función de la pena*, *op. cit.*, p. 43-44 (cfr.), que las teorías relativas no son plausibles y presentan una inconsistencia científica innegable porque en ellas el delito no es un motivo sino sólo presupuesto necesario de la pena la que se impone entonces después que se ha delinquido, o sea, por un hecho que no es su verdadero fundamento, éste la “inseguridad de la sociedad”. Estas teorías degradan al delincuente desde que se le pune con el objeto de impedir males futuros para otros hombres iguales que él, lo que en muchos ocasiones no siempre tiene éxito y, por tanto, la utilidad es el único motivo de la pena.

²⁹⁵ Cfr. LESCH, *La función de la pena*, *op. cit.*, p. 47-48.

función de la pena es atender y canalizar las defraudaciones de expectativas para ante todo lograr la posibilidad de seguir esperando contrafácticamente o de forma normativa, en contra de la defraudación, siendo demostrado a todos que el fallo se produjo en el comportamiento del autor y que en el futuro uno se encuentra siempre en consonancia con el Derecho si atiende a la expectativa garantizada mediante la norma penal, aunque esta expectativa haya sido antes defraudada²⁹⁶. La pena, como reacción al conflicto, tiene el significado concreto de aclarar que el comportamiento del autor contrario a la norma no marca la pauta y que la norma mantiene su vigencia²⁹⁷. La pena resta medios al autor que no ha organizado el mundo adecuadamente y refuta la afirmación de éste de que su acto está permitido, demostrándose, para todos, que la norma siempre tiene vigencia, y que aquel que se orienta de acuerdo con ella actúa correctamente, en consonancia con el Derecho, pudiendo seguir amparando sus expectativas en expectativas de expectativas de terceros²⁹⁸. Concluye LESCH, aquí no se trata de fines preventivos, de evitar futuras formas determinadas de comportamiento, sino que se trata de una *teoría funcional retributiva y compensadora de la culpabilidad*, que supera la oposición entre la fundamentación absoluta y la relativa, en donde se unifican y adquieren una dimensión dialéctico-hegeliana y práctico-utilitarista el fundamento y fin de la pena. Es absoluta porque se pena «*quia peccatum est*» y no «*ne peccetur*» y es relativa porque esa punición no es «absoluta *ab effectu*», no es un fin en sí misma, tiene la función de mantener las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad²⁹⁹.

²⁹⁶ Cfr. LESCH, *La función de la pena, op. cit.*, p. 48.

²⁹⁷ LESCH, *ibid.*

²⁹⁸ Cfr. LESCH, *La función de la pena, op. cit.*, pp. 48-49.

²⁹⁹ LESCH, *La función de la pena, op. cit.*, p. 50.

Pese a que LESCH, *ibid.*, hace presente que su teoría de la pena suele designarse con el nombre de prevención general positiva, ésta una denominación desacertada y poco afortunada, GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, p. 35, indica que «la tesis de la prevención general positiva dista de ser una corriente unitaria y monolítica, existiendo como mínimo una doble orientación sobre el alcance que merece: por un lado se hallan quienes **fundamentan** en ella la pena (WELZEL, Armin KAUFMANN, JAKOBS, LESCH) [...]».

Y si bien no se ignoran sus aspectos críticos, como ser que su presupuesto de partida, el “libre albedrío”, sería falso, porque es indemostrable, es innegable que nunca la pena deja de tener algún carácter retributivo pues ella, para quien la sufre, invariablemente significa una carga negativa, y aunque lo sea una medida inferior al mal del delito (v. gr., no son comparables la pérdida de la libertad del delincuente con la pérdida de la vida de la víctima), en resumen, como indican FALCÓN TELLA y FALCÓN TELLA, pese a que en la actualidad casi nadie mantiene el retribucionismo en sentido fuerte, o sea, una idea de una retribución desprovista de fin, se reconoce a la pena una esencia retributiva³⁰⁰.

1.6.2. Doctrinas Relativas o Prevencionistas

Para las doctrinas relativas, la pena se legitima porque tiende a obtener un fin precisamente “relativo”, cambiante o circunstancial, como lo es el socialmente útil de prevenir, de evitar, el delito³⁰¹. Estas doctrinas, distinto que las absolutas, genuinamente se refieren al fin de la pena y, siempre partiendo de la idea que la pena es un mal, le otorgan a éste un carácter de necesario, más que merecido, para hacer posible la convivencia y evitar la comisión de delitos³⁰². A través de la formulación de estas doctrinas se busca lograr fines que están fuera de la propia pena, en concreto que su imposición evite, a nivel individual como colectivo, la comisión de nuevos delitos³⁰³. Como dice CASTRO MORENO, «Las teorías relativas de la pena, buscan en

³⁰⁰ FALCÓN TELLA / FALCÓN TELLA, *Fundamento y finalidad de la sanción...*, op. cit., p. 177. Según señala ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 184, hoy la retribución es insostenible científicamente porque la finalidad del Derecho penal es servir subsidiariamente a la protección de bienes jurídicos, lo que no permite valerse de una pena que expresamente prescinda de todos los fines sociales, aparte que la idea de retribución, sobre la base de tal protección, exige una pena en donde no es necesaria, lo que hace que la misma deje de servir a los cometidos del Derecho penal y pierda su legitimación social.

³⁰¹ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 71.

³⁰² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 257.

³⁰³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Curso de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 26.

su imposición, frente a las teorías absolutas, utilidades sociales (prevención general) o individuales (prevención especial)»³⁰⁴.

El conflicto que pueda haber entre la retribución y las exigencias de prevención se resuelve a favor de ésta, porque la pena no tiende a la retribución del delito cometido, o sea, mira al futuro y no al pasado. La pena es útil e imprescindible en cuanto eficaz para prevenir el crimen³⁰⁵, eficacia que no significa, pues ello es ilusorio, erradicar de la vida social el fenómeno delictivo sino que, a lo más, mantener los índices de delincuencia dentro de límites tolerables³⁰⁶. Se prescinde de las consideraciones trascendentes para la legitimación de la pena y se fundamenta el castigo en su utilidad, justificándose racionalmente el Derecho penal y la pena porque son útiles para prevenir el delito³⁰⁷.

La prevención lleva a consecuencias contrarias a las que se obtienen desde la retribución, pues el problema de la culpabilidad humana puede ser eludido en tanto lo que interesa realmente es la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la sociedad. El Estado enfrenta la tendencia al delito con penas, que, según su clase y gravedad, han de posibilitar una profunda intervención sobre la persona del delincuente y la comunidad, recibiendo el infractor no lo que merece de acuerdo a su culpabilidad sino lo que precisa para su resocialización. La prevención, en cuanto idea, importa que la pena es un medio para evitar futuros delitos (*ne peccetur*), que el hecho no es el fundamento sino el presupuesto de la pena, y revela que la intervención estatal se hace necesaria porque hay síntomas de estado peligroso, razón por la que la clase de pena y su medida se determinan por la finalidad preventiva y no por la gravedad de la culpabilidad.

³⁰⁴ CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas...*, op. cit., p. 35.

³⁰⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 257.

³⁰⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 71.

³⁰⁷ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, op. cit., p. 45.

La idea de prevención parte de tres presupuestos inmanentes, cuales son la posibilidad de un pronóstico suficientemente cierto de la conducta futura humana, que la pena puede adecuarse con tal exactitud a la peligrosidad que el éxito de la prevención resulte al menos posible y, finalmente, que la inclinación al delito puede enfrentarse eficazmente a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que la pena ofrece, en especial por medio de la labor pedagógica de la ejecución penal³⁰⁸.

Las doctrinas relativas son prevencionistas y según sea que el fin de la pena mira a la generalidad o sólo al delincuente se distingue, respectivamente, una *prevención general* y una *prevención especial*³⁰⁹, cada una de ellas *negativa* y *positiva*, esto es, el objetivo de prevención o evitar nuevos delitos se puede lograr de forma negativa, a través de la intimidación del colectivo social para que sus miembros se abstengan de delinquir (prevención general negativa o intimidatoria) o de quien ya lo hizo (prevención especial negativa), y de forma positiva, fortaleciendo el sentimiento de fidelidad al Derecho de los

³⁰⁸ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 59.

³⁰⁹ Indica PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Alternativas a la prisión: Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003*. Madrid: Dykinson, 2004, p. 13 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 20): «Las teorías de la prevención entienden como fundamento de la pena su propia finalidad. Si la finalidad es que no vuelvan a cometer delitos en la sociedad, hablaremos de la prevención general. Si el fin es que el delincuente no vuelva a delinquir, estaremos ante la prevención especial».

En la línea de la *prevención especial*, señala PUIG PEÑA, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, vol. I, *op. cit.*, p. 67, para GROLMAN, como el delito demuestra que la amenaza del castigo no bastó para impedir una voluntad antijurídica, la aplicación efectiva de la pena es necesaria para “intimidar” al delincuente en lo futuro o para hacerlo inocuo para siempre o por determinado lapso.

En cambio, en la llamada *tesis correccionalista*, como expone PUIG PEÑA, *ibid.*, la pena tiene un fin de *enmienda* del delincuente pues éste no reincidirá una vez reformado, es decir, corregido. En el *correccionalismo*, se distingue un *correccionalismo puro*, llamado *moral*, y uno *civil*, que se formula como la razonable probabilidad de que el delincuente en libertad vivirá sin violar la ley. Los correccionalistas, manifiesta MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch, 1983, pp. 7 y 9, parten de una idea radicalmente individualizada de la resocialización, se trata sobre todo de ayudar, en cuanto sea posible, a quien delinque para que se someta a una metamorfosis total, por lo que no interesa el delito como tal sino que se valora como síntoma de la peligrosidad social del autor, teniendo la pena un efecto de expiación y uno de mejora. Eso sí, entre los críticos del correccionalismo, AMOR Y NEVEIRO, Constante. *Examen crítico de las nuevas Escuelas de Derecho Penal*. Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1899 (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2007), pp. 303-304, sostiene que con la corrección del culpable, para evitar la comisión de nuevos delitos, nada se hace por el delito ya cometido y con ello no se realiza el Derecho, además que, siendo la corrección el fin de la pena y condición indispensable para realizar el Derecho, esta realización ya no dependería de la ley ni del Poder judicial encargado de ejecutarla sino que exclusivamente de los mismos culpables, en cuya mano está corregirse o no.

ciudadanos (prevención general positiva) o reeducando al infractor (prevención especial positiva)³¹⁰. Históricamente, las tesis prevencionistas fueron ya formuladas por SÉNECA y por PROTÁGORAS³¹¹, pero es con FEUERBACH que toma cuerpo nítidamente la diferenciación entre prevención general y especial³¹².

1.6.2.1. Prevención General Negativa

La prevención general negativa supone que la pena, con la amenaza de su mal, coacciona a la generalidad de los ciudadanos que no han delinquido para disuadirlos de hacerlo³¹³, es decir, mediante la amenaza e imposición de la pena se intimida a potenciales infractores de la ley³¹⁴.

³¹⁰ Cfr. CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas...*, op. cit., p. 35.

³¹¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 259. En palabras de STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I...*, op. cit., p. 38 y n.º 22, los orígenes del pensamiento preventivo-especial se pueden remontar a sus comienzos griegos, Platón, Protágoras.

³¹² MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 91, expresa que «Común a todas las teorías relativas es que atribuyen a la pena y al Derecho penal la función de prevención de delitos, pero este punto de partida se concreta de forma muy distinta por las dos corrientes en que se bifurcan, sobre todo a partir de Feuerbach (1775-1833), iniciador de la doctrina penal alemana del siglo XIX: la doctrina de la *prevención general* y la de la *prevención especial*». Es más, expone MIR PUIG, *ibid.*, n.º 17, «Con anterioridad la prevención general y la especial no se distinguían claramente. Así sucede en Platón y Séneca entre los clásicos, y en los siglos XVII y XVIII (Grocio, Puffendorf, Thomasius, Montesquieu, Voltaire y, sobre todo, Beccaria), si bien, según Antón, en la Ilustración predominó la prevención general [...] y en Platón la prevención especial [...]». Según precisa CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*, t. I, op. cit., pp. 24-26, «Teoría relativa de la pena era la de los penalistas de la Ilustración (Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach) que ponían el acento en la prevención general; la de la escuela positivista italiana (Lombroso, Ferri y Garofalo) que vinculaban la pena a la peligrosidad del delincuente y le asignaban como fin primordial el de la prevención especial; la de la escuela correccionalista-positivista (Dorado Montero); la de la tercera escuela o escuela del positivismo crítico italiana (Alimena y Carnevale); la de la escuela sociológica o político-criminal de v. Liszt; la de la nueva defensa social (Gramática, Ancel, Graven); la concepción de la pena del Proyecto Alternativo de Código penal alemán y la de Noll en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana. En la moderna Ciencia del Derecho penal española, Gimbernat, Luzón Peña y Silva Sánchez sustentan una teoría relativa, o utilitaria de la pena».

³¹³ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 71.

³¹⁴ Señala STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I...*, op. cit., p. 42, «La intimidación de potenciales infractores de la ley, a alcanzar mediante la amenaza e imposición de la pena [...] se denomina hoy prevención general “**negativa**”». En el mismo sentido, dice CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. adaptada al Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 64: «la imposición de una pena persigue [...] un fin de **prevención general**: la pena es una amenaza con la que se conmina a los ciudadanos para que se abstengan de delinquir; para que la amenaza funcione es necesaria la efectiva ejecución de la misma».

Es escéptico al carácter intimidante de la conminación penal, p. ej., GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, op. cit., pp. 62-63, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, op. cit., y para quien precisamente «es dudoso que

La prevención general negativa, dice SILVA SÁNCHEZ, constituye un elemento común entre las finalidades del moderno Derecho penal y las propias del Derecho penal previo a la modernidad, Derecho penal privado y medios de control social, de modo que se trata, según parece, de una constante característica del fenómeno punitivo, cual es el efecto de intimidación, el que, no obstante, no siempre se ha ubicado en el mismo momento del *iter* de la pena, siendo tradicionalmente vinculado a la imposición de la pena concreta y, más aún, a su ejecución, normalmente pública y de un gran contenido aflictivo. A este respecto, la gran novedad introducida por el liberalismo es que el cumplimiento de los fines de prevención general pasa a situarse concretamente en el nivel de la conminación penal típica, momento a partir del cual la amenaza de pena abstracta se convierte en el eje de cumplimiento de la misión del Derecho penal así como los momentos posteriores se muestran como manifestaciones de la seriedad del Derecho penal en el cumplimiento de aquel cometido³¹⁵.

Es von FEUERBACH quien modernamente formula la prevención general negativa. Según von FEUERBACH, el principal objetivo del Estado es crear la condición jurídica, que consiste en la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del Derecho, de manera que toda lesión jurídica contradice el fin estatal de que ellas, cualquiera sea, no tengan lugar en el Estado³¹⁶, el que por ende tiene el derecho y el deber de hallar institutos ineludiblemente coactivos que impidan estas lesiones, introduciendo en ello, primordialmente, la coerción física del Estado, que cancela las lesiones jurídicas, ya con anterioridad a la contravención, si impide una lesión aún no

la pena despliegue de *hecho*, es decir: realmente, ese efecto, dado que no existe ninguna verificación empírica fiable acerca de la eficacia de la misma desde el punto de vista de la prevención general».

³¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 212.

³¹⁶ Cfr. von FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Título original: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen, 1801). Traducción, de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847), por ZAFFARONI, Eugenio Raúl; HAGEMEIER, Irma. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, pp. 58-59.

consumada, lo que puede ocurrir coerciéndolo a dar una garantía a favor del amenazado o doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica, o bien con posterioridad, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición³¹⁷. Pero, la coerción física no basta para impedir las lesiones jurídicas, pues la coerción previa es sólo posible con hechos reales que permiten al Estado reconocer la certeza o probabilidad de la lesión, y la coerción posterior es posible solamente si se ha producido una lesión jurídica, siendo su fin obtener un bien como reparación, por lo cual la coerción física es insuficiente para resguardar tanto los derechos irreparables, porque aquí la coerción depende del conocimiento anterior y totalmente eventual de la lesión, como los derechos reparables, porque éstos frecuentemente se vuelven irreparables, además que la coerción previa tiene presupuestos eminentemente accidentales³¹⁸. Por lo tanto, «Si de todas formas es necesario que se impidan las lesiones jurídicas, entonces deberá existir otra coerción, junto a la física, que se anticipe a la consumación de la lesión jurídica y que, proviniendo del Estado, sea eficaz en cada caso particular, sin que requiera el previo conocimiento de la lesión. Una coacción de esta naturaleza sólo puede ser de índole psicológica»³¹⁹. La causa psicológica de toda contravención es la sensualidad, en la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción, pudiéndose este impulso cancelar si cada uno sabe que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho³²⁰. Ahora, la convicción general acerca de la vinculación necesaria entre esos males y los delitos³²¹ sólo puede

³¹⁷ Von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 59.

En todo caso, señala von FEUERBACH, *ibid.*, que «Queda fuera de duda que las instituciones éticas (educación, enseñanza, religión) no están excluidas, puesto que configuran el fundamento último de todas las instituciones coactivas y condicionan su eficacia. *Sed de his non est hic locus*».

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 60.

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ Von FEUERBACH en el *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania* (op. cit.) usa el término “injuria” (pp. 59 y 60), pero con esta expresión en realidad se está refiriendo a los delitos en general, propios de la parte especial del Cp, tal como sobradamente se demuestra en la misma obra (p. 64) en la exposición acerca del “Concepto y clasificación del crimen”, y cuyo tenor es el que sigue: «Quien excede los límites de

tener lugar si la conminación legal es objeto de ejecución, o sea, si la ley establece este vínculo como una necesaria consecuencia del hecho y que se confirma en la realidad, esto es, el mal conectado a la infracción se inflige apenas ella se haya cometido³²². «La coacción psicológica se configura [...] mediante la efectividad armónica de los poderes legislativo y ejecutivo³²³ en el común objetivo intimidatorio»³²⁴. «*El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil (poena forensis)*»³²⁵, pero como la razón general de su necesidad y existencia es la inexcusable preservación de la libertad recíproca de todos, mediante la cancelación del impulso sensual dirigido hacia las lesiones jurídicas, debe entenderse que el objetivo de la conminación legal tan sólo es intimidar a todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas, y el fin de la aplicación de la pena es dar fundamento efectivo a la amenaza de ella, advertencia por sí ineficaz si faltara dicha aplicación³²⁶. Brevemente, «Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley»³²⁷. Para von FEUERBACH, dado que «El fundamento jurídico de la pena es la causa de la que depende su posibilidad jurídica»³²⁸, la pena no tiene por objeto ni fundamento jurídico la

la libertad jurídica comete una *lesión jurídica o injuria*. El que lesiona la libertad garantizada por el contrato social y asegurada mediante leyes penales, comete un *crimen*. Por ende, crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida en una ley penal, o una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal».

³²² Cfr. von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 60.

³²³ Se trata sin duda del Poder Judicial pues, como señaló en su tiempo MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, op. cit., p. 227 (cap. VI), hay tres tipos de poderes en cada Estado: el poder legislativo, que promulga, enmienda o deroga, las leyes; el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, que dispone de la guerra y la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad y previene las invasiones; y, el poder ejecutivo de los que dependen del Derecho civil, que castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. De los dos últimos, cabe llamar simplemente, al primero, poder ejecutivo del Estado y, al segundo, poder judicial.

³²⁴ Von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 60.

³²⁵ Von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 61.

³²⁶ Cfr. von FEUERBACH, *ibid.*

³²⁷ Von FEUERBACH, *ibid.*

³²⁸ Von FEUERBACH, *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*, op. cit., p. 62. A este respecto, señala von FEUERBACH, *ibid.*: «Fundamento jurídico: [...] De la conminación de la pena, es la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado de conminar penalmente [...] El fundamento jurídico para infligir la pena es la previa conminación legal».

prevención contra futuras contravenciones de alguien en particular, como tampoco la retribución o alguna clase de intimidación mediata de otro a través de los sufrimientos inferidos al malhechor, y menos todavía un mejoramiento moral³²⁹.

Antes que FEUERBACH³³⁰, expone la prevención general negativa BENTHAM³³¹, quien ve la pena con un fin neto de beneficio, razón por la cual su razón y fundamento es que ella sirve para prevenir nuevos delitos, una visión utilitarista que, según refiere MIR PUIG, es una versión de la prevención general estrictamente limitada por el principio de legalidad³³². BENTHAM, cuando se pregunta por qué algunos actos son convertidos en delitos, concluye que la regla para disponer qué acción es delito, en vez de tomarle por tal, es el principio de la utilidad, el que confirmará los decretos donde quiera que sean justos y los anulará donde quiera que sean perniciosos³³³. Previamente, BENTHAM distingue tres males, uno de *primer orden*, que es el que recae sobre uno o más individuos señalables, otro de *segundo orden*, que es el que recae sobre toda la comunidad o un número indefinido de individuos no señalables³³⁴, y uno de *tercer orden*, que es el mal habitual, que dura mucho tiempo³³⁵. El mal de primer orden puede ser

³²⁹ *Ibid.*

Como hace ver FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 276-277, la prevención general negativa en FEUERBACH es intimidación dirigida a la generalidad por medio de la amenaza de la pena contenida en la ley.

³³⁰ En palabras de CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, pp. 71-72, «[...] para FEUERBACH la amenaza penal constituye un contramotivo psicológico destinado a inhibir en los ciudadanos los impulsos delictivos. La función de coacción psicológica corresponde a la “amenaza penal”, [...] “la imposición de la pena” sólo tiene por objeto confirmar la seriedad de esa advertencia. De esta forma, FEUERBACH procura superar el utilitarismo de algunos de sus antecesores, como BECCARIA y BENTHAM, que habían provocado la crítica de KANT».

³³¹ Así ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, *op. cit.*, p. 35; FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 275-276; von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, *op. cit.*, p. 128, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, *op. cit.*

³³² MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2006, p. 5.

³³³ Cfr. BENTHAM, Jeremías. *Tratado de Legislación Civil y Penal*. Traducido por SALAS, Ramón. Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando, t. I, 1821 (Edición preparada por RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. Madrid: Editora Nacional, 1981), pp. 70-71 (cap. X).

³³⁴ BENTHAM, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, t. I, *op. cit.*, pp. 66-67 (cap. X).

³³⁵ Cfr. BENTHAM, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, t. I, *op. cit.*, p. 69 (cap. X).

primitivo, que es el que padece el primer individuo dañado (v. gr., el que ha sido robado), o *derivativo*, que es la porción de mal que recae sobre individuos señalables por su relación, de interés personal o de simpatía, con el sujeto dañado primitivamente. El mal de segundo orden presenta dos ramas, una de *alarma*, que es una pena positiva, pena de aprehensión, aprehensión de sufrir el mismo mal del que se acaba de ver un ejemplo, y una rama de *peligro*, éste el riesgo o la probabilidad de que el mal primitivo produzca otros males del mismo género. El peligro y la alarma están estrechamente relacionadas, pero difieren de tal modo que la alarma puede existir sin peligro y viceversa³³⁶. A su vez, hay un *bien* que surge de las acciones buenas, *bien* que puede ser de *primer, segundo o tercer* orden. El bien de primer orden es divisible asimismo en *primitivo* y en *derivativo*, y el de segundo orden produce un cierto grado de confianza y de seguridad. El bien de tercer orden se manifiesta en aquella energía, aquella alegría de corazón, aquel ardor de obrar que inspiran los motivos remuneratorios, y el hombre animado por este sentimiento de gozo encuentra fuerzas en sí mismo que ignoraba que tenía³³⁷. Si se examina un acto que atenta contra la seguridad de un individuo, hay que poner en la cuenta de la ganancia todo el placer que produce el acto a su autor, y en la pérdida todo el mal del perjudicado, el de las personas interesadas en su suerte, el de la alarma y del peligro, y por fin el desaliento universal y disolución de la sociedad, que resultarían de la falta de represión de tal acto, pudiendo verse que es enorme la desproporción entre los bienes y los males que produce³³⁸. Es decir, para BENTHAM, el esquema de decisión a nivel de individuo en base al cálculo de ventajas e inconvenientes, costos y beneficios, de modo que el placer y el dolor determinan la conducta, explica el efecto preventivo de las penas, sólo

³³⁶ Cfr. BENTHAM, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, t. I, *op. cit.*, p. 67 (cap. X).

³³⁷ Cfr. BENTHAM, *Tratado de Legislación Civil y Penal*, t. I, *op. cit.*, pp. 67-68 (cap. X).

³³⁸ BENTHAM, Jeremías. *Compendio de los Tratados de Legislación Civil y Penal* (con notas de ESCRICHE, J.). 2ª ed. Madrid: Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, t. I, 1839, p. 29 (cap. XI).

que la garantía de prevención del delito está dada por penas racionales, esto es, ciertas e impuestas prontamente y proporcionadas al delito³³⁹.

1.6.2.2. Prevención General Positiva

La prevención general positiva (o *prevención de integración*³⁴⁰) supone que la pena continuamente recuerda y hace presente la vigencia efectiva de las normas penales, ya que se contrapone al delito, que es una expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho³⁴¹. La pena fortalece la convicción colectiva acerca de la vigencia de las normas penales, y promueve y dirige los lazos de integración social ante posibles infractores y asegura la confianza en el sistema³⁴². «La pena tiene por objeto *“la afirmación y aseguramiento de las normas básicas reforzando la seriedad de sus mandatos*. La amenaza de la imposición del castigo y la condena del culpable -que pone de manifiesto la seriedad de aquélla- constituye una manera de

³³⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., pp. 608-609. Como señala von HIRSCH, “Retribución y prevención ...”, op. cit., p. 128, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián. (Coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, op. cit., la concepción utilitarista de la pena, que se remonta a Bentham, y que establece su fundamento en la prevención general negativa, esto es, en la intimidación de la colectividad, importa que la pena está orientada a detraer a posibles malhechores, debiendo establecerse el *quantum* de la sanción penal a través de una ponderación entre el conjunto de ganancias preventivas y los costes humanos y financieros de la pena.

³⁴⁰ Este término, según indica PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1988, p. 19 y n. n.º 10, es utilizado por primera vez por Bruns, H. J. *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2ª ed. Berlín: Köln, 1974, páginas 197, 267, también en *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*. 2ª ed. Das Recht der Strafzumessung Bonn, 1985, página 64, página 81.

Críticos HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 163, para quienes «Es desafortunada la expresión “prevención integradora” porque insinúa una adaptación a una sociedad estáticamente considerada y a sus normas. La afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales es un proceso dinámico (como también lo es la evolución y la crítica pública del Derecho penal) que la mutación de las normas no puede ignorar».

³⁴¹ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 72.

³⁴² *Ibid.*

La idea de prevención general positiva, cita DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999, p. 113, la ha formulado el TC alemán (BVerfGE 45, 187, 255 y ss.) de la siguiente manera: «*El fin de la pena es preservar a la sociedad de comportamientos socialmente dañosos y proteger los valores elementales de la vida comunitaria (...). El legislador expresa en la cantidad de pena su juicio de desvalor sobre el hecho que amenaza con la pena. A través de este juicio de desvalor coadyuva a la formación de la conciencia de la población*».

subrayar la importancia de los valores en juego y de educar al grupo social para que los introyecte y los acate, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro»³⁴³, o dicho más breve, «la pena pretende evitar la comisión de delitos por parte de la colectividad conformando la conciencia jurídica de los ciudadanos para fomentar en ellos su adhesión y fidelidad al Derecho, y el reconocimiento de los mandatos y prohibiciones legales»³⁴⁴.

Para las doctrinas de la prevención general positiva el destinatario de la pena no es el potencial infractor (prevención general negativa) ni el mismo delincuente (prevención especial) sino que el ciudadano honesto que cumple las leyes, la opinión pública, y cuya confianza en el sistema que fue afectado por el delito hay que fortalecer, siendo la protección de bienes jurídicos a lo sumo un objetivo mediato³⁴⁵. Como refiere JESCHECK, con la prevención general positiva lo más importante es que mediante la conminación penal y la condena del culpable se evita la legitimación del delito y se alienta la aversión normal que espontáneamente surge contra el injusto, lo que contribuye en gran medida a poner límite a la predisposición delictiva latente en la comunidad³⁴⁶. Conforme a la prevención general positiva, el fin de la pena es -antes dicho- ratificar y garantizar las normas básicas, dando fuerza a sus mandatos, señalando la amenaza e imposición de la pena cuán importante son los valores en juego y la educación del grupo social, para que éste

³⁴³ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 73.

Como señala POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, op. cit., p. 81, «Frente a la prevención general *negativa*, la teoría de la *prevención general positiva* no persigue un efecto disuasorio (negativo), sino un *efecto confirmante* (positivo) en la sociedad: mediante la imposición de la pena se confirma que la *norma sigue teniendo vigencia*, esto es, que sigue siendo un *principio rector* constitutivo de la sociedad y, por ello, hay que acatarla».

³⁴⁴ CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas...*, op. cit., p. 63

³⁴⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 277.

Para ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 73, la prevención general positiva sólo con ciertos matices puede admitirse que es una teoría relativa (*instrumental*) porque es evidente su paralelismo con la teoría de la *retribución jurídica* de HEGEL, con la diferencia que, ahora, parece presentarse en clave sociológica, esto es, lo que antes era una exigencia absoluta del Derecho hoy lo es para la integración del grupo social y el buen funcionamiento del sistema y, además, no legitima a la pena porque ésta cumpla un fin útil de prevención (*evitación*) del delito sino por cumplir el útil de asegurar el sistema social y la confianza institucional de los ciudadanos en el buen funcionamiento del mismo.

³⁴⁶ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 60.

internalice y obedezca tales valores, respetando la prohibición de lesionarlos o ponerlos en peligro³⁴⁷. Según dice LESCH, la prevención general positiva, tal como lo indica su nombre, se trata de una prevención prospectiva del delito, de futuro, por medio de un efecto de aprendizaje motivado de forma pedagógico-social que no se transmite ni se adquiere a través del temor sino mediante el tomar conciencia. La función de la pena es reforzar la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica³⁴⁸.

Para MIR PUIG, si nos situamos fuera del contexto del Derecho propio de un determinado momento histórico-cultural, todas las teorías de la pena son defendibles, pero este no es el camino apropiado ya que la retribución, tal como la prevención general y la prevención especial, no son opciones ahistóricas ni diversos cometidos sino que distintas concepciones que el Estado en diferentes épocas ha asignado al Derecho penal, sin que quepa preguntarse *in abstracto* acerca de cuál es la función de la pena sino que averiguar qué función corresponde a la pena en el Derecho penal de un determinado modelo de Estado³⁴⁹. Como instrumento que es, la pena se puede utilizar con fines muy diversos. Por ejemplo, en el Estado moderno la función de la pena depende de los cometidos que se atribuyan al Estado mientras que es un instrumento ilimitado de sometimiento de los súbditos en el Estado absoluto, época del terror penal cuya consecuencia es otorgarle a la pena una función sin límites de prevención general, y, por último, en el Estado liberal clásico la pena se funda coherentemente en un principio ideal, cual es la exigencia de justicia, base de la retribución, y en que a la limitación del poder punitivo estatal, pues sólo es posible castigar según lo merecido, se une el defecto de la rigidez así como obliga a extender la pena donde no era necesaria³⁵⁰. En el Estado social, lo que no pasa en el Estado liberal en que

³⁴⁷ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 73.

³⁴⁸ LESCH, *La función de la pena, op. cit.*, p. 28.

³⁴⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 103.

³⁵⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 104.

ello se rechaza porque supone tratar distinto a autores de un mismo delito, la pena tiene una función de prevención especial que concuerda con la acentuación nuevamente de la lucha contra la delincuencia como favorece la aparición de las medidas de seguridad³⁵¹. Este Estado deviene en el *Estado social y democrático de Derecho*, y en él se legitima como sistema de protección efectiva de los ciudadanos el Derecho penal, cuya misión de prevención le es atribuido en la medida de lo necesario para tal resguardo, lo que ya fija un límite de la prevención, la que queda sometida no sólo a ser eficaz sino también a que sus costos se limiten al máximo, de modo que sea menos gravosa de lo que supondrían otros medios de control social ilimitado (v. gr., la venganza privada) o faltos de garantía (v. gr., actuaciones policiales sin control, condenas sin proceso legal adecuado, medidas preventivas antedelictuales), o que otras formas de Derecho penal autoritario. Consiguientemente, con un modelo de Estado como el vigente, en la elección entre retribución o prevención, es aconsejable decidirse por una prevención limitada que permita combinar la necesidad de proteger la sociedad con las garantías que ofrecen tanto la retribución como otros principios limitadores, la cual puede, por estar así limitada, desplegar un efecto positivo de afirmación del derecho propio de un Estado social y democrático de Derecho como conciliar las exigencias antiéticas de la retribución, la prevención general y la prevención especial, en un concepto superior de prevención general positiva³⁵².

A su vez ROXIN, muchas veces mencionado como un representante de doctrina *mixta* o *unitaria*³⁵³, a través de su teoría *dialéctica* -que él consigna

³⁵¹ Cfr. MIR PUIG, *ibid.*

³⁵² MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 104-105.

³⁵³ Así, p. ej., JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 82, n. n° 73; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, p. 117; MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 100-101; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, pp. 299 y 304; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *Individualización Judicial de la Pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997, pp. 85-86; ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial), op. cit.*, p. 253; MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN,

como *unificadora preventiva*- plantea en realidad una doctrina *preventiva general positiva*³⁵⁴ en tanto afirma no poder jamás ceder ésta ante las exigencias de un fin de prevención especial. En efecto, ROXIN señala que el punto de partida hoy de toda teoría defendible debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena puede sólo ser preventivo y la pena concreta, atendido que las normas penales están justificadas si tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, puede perseguir solamente un fin preventivo del delito, de lo que resulta, además, que la prevención especial y la general deben figurar conjuntamente

Derecho Penal: Parte General, op. cit., p. 49; ROCA AGAPITO, Luis. *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, 2007, pp. 92-95.

³⁵⁴ Así, p. ej., GIL GIL, Alicia. "Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal". En: VV.AA. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 9-36, pp. 9-10; CASTRO MORENO, Abraham, *El por qué y el para qué de las penas...*, op. cit., p. 65; DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: Astrea, t. I, 1996, p. 69. En palabras de MATUS ACUÑA, Jean Pierre. "Ensayo sobre el sentido y finalidad de las penas privativas de libertad". *DPC*. 1/2002, pp. 32-42, p. 33, «Roxin sostiene una teoría unitaria de los fines de la pena que habla de la conminación de penas como amenaza de un mal por una lesión a un bien jurídico, rescatando la idea de la coacción psicológica de Feuerbach, pero sin atribuirle una verdadera capacidad empírica realizable mediante su imposición efectiva. De allí que su propuesta puede considerarse más bien de *prevención general positiva*, en el sentido de concebir la conminación de las penas como una reafirmación simbólica del valor de ciertos bienes jurídicos que pretendería proteger antes que *negativa*, en el sentido de intimidación real y efectiva que reduzca la actividad criminal, [...]». Para BAUCCELLS I LLADÓS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 286, el postulado de Roxin, lo mismo que Hassemmer, corresponde a las «teorías de prevención general positiva limitadoras [...] que entienden que sólo la pena adecuada a la culpabilidad puede llegar a cumplir el fin preventivo general puesto que está arraigado en la conciencia popular y sin cuyo respeto el Derecho penal no podría conseguir esa fidelidad que pretende obtener de la población». Ya en opinión de CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español...*, t. I, op. cit., p. 28 y n.º 54, «Aunque Roxin califica a su doctrina de teoría unitaria dialéctica, en realidad sustenta una teoría relativa, pues rechaza la esencia retributiva de la pena y que ésta pueda hallar su justificación en la culpabilidad. Invoca únicamente el principio de culpabilidad para establecer un límite a la medida de la pena en aras al respeto a los derechos de la persona».

Contradictorio GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático, op. cit.*, pp. 35 y 40, pues refiriendo (p. 35) que la teoría de la prevención general positiva no es unitaria y monolítica, existiendo mínimo una doble orientación, habiendo quienes (v. gr., LESCH) fundamentan en ella la pena [vid. supra n.º 299 párr. 2] y otros que pretenden limitar únicamente su propensión a atender en exceso demandas de intimidación, entre éstos HASSEMER y ROXIN, señala a continuación, en relación a las teorías de la unión (p. 40), que «De todos los intentos encaminados a superar la perspectiva unilateral sobre la función de la pena, destaca la completa exposición desarrollada por ROXIN [...] de su "teoría unificadora dialéctica", que constituye todavía un punto de referencia ineludible al abordar esta problemática». Es más, GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático, op. cit.*, pp. 41-42, sindicó a ROXIN como «el paladín de las teorías de la unión» (p. 41) y posibilita luego adscribir al maestro alemán a la prevención general positiva al indicar que «la tensión fundamental se produce entre los fines preventivo-generales y preventivo-especiales en el momento de la imposición de la pena concreta por parte del juez. En ese instante decisivo, si excepcionalmente nos situamos debajo de la medida de culpabilidad, no es que se dejen de lado los componentes preventivos-generales de la medición de la pena, sino que [...] se constriñen a la medida de lo imprescindible para la defensa del orden jurídico».

como fines de la pena³⁵⁵. Y, como los sucesos delictivos pueden evitarse mediante la influencia tanto sobre el particular como sobre la colectividad, ambos medios se sujetan al fin último al que se extienden y son igualmente legítimos³⁵⁶. La prosecución del fin preventivo general y especial en conjunto no es problema si la pena impuesta en la sentencia es adecuada para alcanzar ambos fines tan eficazmente como sea posible, no habiendo dificultad tampoco si en el asunto concreto la sanción se basa sólo en el componente preventivo general de la pena porque no hay peligro alguno de reincidencia, o sea, el fin preventivo de la pena persiste cuando no se requiere una prevención desde todos los puntos de vista al mismo tiempo³⁵⁷. Una pena que procura compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz si se establece una relación de cooperación con el condenado, y por lo cual, si se niega a colaborar a ello, ha de incentivarse, en cuanto sea posible, su disposición a su resocialización sólo que si este objetivo no se logra también en este caso debe ejecutarse la pena ya que para su justificación basta la necesidad de prevención general³⁵⁸. Un conflicto entre prevención general y especial tiene lugar si ambos fines perseguidos exigen distinta cuantía de pena, como cuando en un caso concreto se ve adecuada, en pos de la prevención general, una sanción privativa de libertad, por ejemplo de tres años, la que, en aras de la prevención especial, parece aconsejable reducirla en tiempo, por ejemplo un año, y remitirla condicionalmente, evitando así la desocialización del autor y un futuro fallo criminal, sólo que cualquiera de estas soluciones posibles obtiene un fin preventivo, a cambio sí de un perjuicio preventivo, lo que hace necesario sopesar los fines de prevención especial y prevención general y ponerlos en un orden de prelación³⁵⁹. Aún siendo la resocialización un imperativo que no pueda desobedecerse donde es posible su cumplimiento,

³⁵⁵ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 95.

³⁵⁶ Cfr. ROXIN, *ibid.*

³⁵⁷ Cfr. ROXIN, *ibid.*

³⁵⁸ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 95-96.

³⁵⁹ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 96-97.

en caso de conflicto, una primacía de la prevención general amenaza con frustrar el fin preventivo especial mientras que, por el contrario, la preferencia de la prevención especial no excluye los efectos preventivos generales de la pena sino que, a lo más, los debilita de forma difícilmente medible, pues una pena atenuada también actúa de forma preventivo general³⁶⁰. Toca preferir las necesidades preventivo especiales sólo hasta donde la necesidad mínima preventiva general todavía lo permita, es decir, por razón de los efectos preventivos especiales la pena nunca puede reducirse al punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad, ya que esto quebrantaría la confianza en el ordenamiento jurídico estimulando a través de ello la imitación³⁶¹. No pocas veces el límite inferior del marco penal ya atiende a la consideración del mínimo preventivo general³⁶². Dice ROXIN, «[...] la imposición de la pena sirve para la protección subsidiaria y preventiva, tanto general como individual, de bienes jurídicos y de prestaciones estatales, mediante un procedimiento que salvaguarde la autonomía de la personalidad y que al dictar la pena está limitado a la medida de la culpabilidad [...] de esta forma se conserva el principio de prevención general, reducido a las exigencias del Estado de Derecho, y se completa con los componentes de prevención especial de la sentencia [...]»³⁶³. En concepto de ROXIN, «La teoría preventiva mixta acoge [...] los enfoques preventivoespeciales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano: Es cierto que, donde ambos

³⁶⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 97.

³⁶¹ Por ello, señala ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 98, el castigo de los criminales nazis, los mismos viviendo incluso socialmente integrados y sin representar ya peligro, no se justifica por la retribución pues un castigo de estos hechos es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se persiguieran se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general, esto es, si tales asesinatos quedasen sin sanción, es posible que quisiera invocar el mismo tratamiento cualquier otro autor de homicidio, respecto del cual no hay peligro de reincidencia, y exigir del mismo modo la impunidad, lo que obligaría a relativizar la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable.

³⁶² Cfr. ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 97.

³⁶³ ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal: sentido y límites de la pena estatal*. Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid: Reus, 1976, p. 31. Por ende, para ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal...*, *op. cit.*, p. 33, la misión del Derecho penal es la protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales por medio de prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual.

fines entren en contradicción [...], el fin preventivo especial de resocialización se coloca en primer lugar. A cambio, la prevención general domina [...] las conminaciones penales y justifica por sí sola la pena en caso de falta o fracaso de fines preventivos especiales, mientras que no se puede dar una pena preventivo especial sin intención preventivo general alguna, a pesar de la dominancia absoluta del fin de socialización en la ejecución. La teoría unificadora [...] no legitima [...] cualquier utilización [...] de los puntos de vista preventivos especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal»³⁶⁴.

³⁶⁴ ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 98. Justamente, ROXIN, Claus. “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”. En: VV.AA. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales (Homenaje al profesor Claus Roxin)*. Córdoba: Lerner, s.f. (f.a. 2002), pp. 211-226, pp. 213-214, manifiesta que el fin de la pena dice relación fundamentalmente con la prevención, pero muy limitada por la culpabilidad. La pena es legítima sólo si es preventivamente necesaria y, además, justa, en el sentido que evite todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de la culpabilidad por el hecho. Malogra el cometido social del Derecho y no concuerda con los fundamentos de una Constitución democrática toda pena absoluta que renuncia a finalidades preventivas y que sólo expresa la majestad del Derecho desvinculada de todo fin, pues, cual drástica intervención estatal que es, la pena, que no puede consistir en una idea metafísica de la compensación retributiva, para su legitimación jurídica requiere ser idónea e indispensable para satisfacer los cometidos del Estado, entre éstos proporcionar seguridad mediante el controlar la criminalidad y con ello proporcionar seguridad. Como contiene un reproche personal a quien delinque, los fines puramente preventivos no bastan para la legitimación de la pena y se requiere que ella sea comprendida como merecida para el autor, lo cual acontece si la sanción es justa, o sea, directamente unida a la culpabilidad y limitada por su medida. Aún obedeciendo a razones preventivas (v. gr., fines de intimidación), toda pena que exceda la medida de la culpabilidad viola la dignidad humana, por ello la necesidad preventiva de la pena y su limitación a través de la justa medida de la culpabilidad es el fundamento de una teoría del Estado propio de una democracia respetuosa de los Derechos humanos como igual lo es de toda teoría de la unión que vincula prevención y justicia, que es la única posibilidad de justificar adecuadamente el poder punitivo del Estado. Por lo mismo, ROXIN, “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, pp. 221-222, en: VV.AA. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales...*, *op. cit.*, señala que no habiéndose cometido el delito, las conminaciones penales tienen una función exclusivamente preventivo general, habiendo sólo en esta etapa efectos de intimidación y de aprendizaje que exigen tipos penales estrictamente definidos y claramente comprensibles, asomando los efectos de confianza y pacificación recién con el proceso penal. Si se impone la sanción, tienen especial importancia la prevención general y la prevención especial, por igual, esto es, las exigencias preventivo generales demandan un agotamiento de la medida de la culpabilidad si se trata de las infracciones más graves, porque que con los principales de éstos la confianza ciudadana en el Orden jurídico se conserva y la paz jurídica se restablece si la sanción es adecuada a la culpabilidad, y con delitos no muy graves es posible ser indulgente si ello conviene según puntos de vistas preventivos especiales, pudiendo la medida de la pena quedar por debajo de la culpabilidad y tener cabida todavía todas las reducciones basadas, por ejemplo, en las posibilidades de suspensión de la pena, en la reparación del daño, en los trabajos en beneficio de la comunidad. Como expone ROXIN, “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, p. 222, en: VV.AA., *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales...*, *op. cit.*, «En la sanción [...], prevención general y especial surten efecto en común, si bien de manera escalonada conforme a la gravedad del delito». Para ROXIN, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*, *op. cit.*, p. 59, si se parte de la base que el Derecho penal garantiza una convivencia social pacífica y libre, las teorías de la pena determinan cómo se puede conseguir esa meta: por medio de la influencia en el delincuente individual (prevención especial) o sobre todos los miembros de la comunidad (prevención general), o incluso, lo que es

Para ROXIN, es correcta la opinión que para determinar la pena hay que considerar la culpabilidad, sólo que hay un margen de libertad limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada a dicha culpabilidad, la que, distintamente configurada en cada caso, puede transformarse en la cantidad de una pena³⁶⁵. Una justificación de un margen de libertad supone que la pena adecuada a la culpabilidad tiene sentido en sí misma sólo como instrumento al servicio de un fin político-social: la pena ajustada a la culpabilidad sirve a la prevención general en tanto que logra que la sociedad acepte la condena como justa, ayudando de este modo a la estabilización de la conciencia jurídica general³⁶⁶.

A la par, y sin considerar su tesis del Derecho penal del enemigo, en que abre la puerta a la prevención especial negativa³⁶⁷, para JAKOBS la pena tiene un

mejor, mediante ambas juntamente, de lo cual resulta una teoría preventiva de la pena que conjuga la medida en la que ambas posibilidades de influencia se pueden conseguir, y de manera tal que, con los parámetros de un Estado social de Derecho, resulta beneficiosa, o al menos aceptable, para la sociedad como para el autor y la víctima eventual. O sea, cabe la renuncia a toda retribución así como el principio de culpabilidad es un medio de limitación de la intervención punitiva, lo que expresa, respectivamente, ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 98 y 99, en los siguientes términos: «En una teoría unificadora o mixta [...] la retribución no puede [...] entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención [...] Pues un castigo [...] es necesario desde fundamentos preventivos generales, porque si no se persiguiera se podría estremecer gravemente la conciencia jurídica general [...]», y «[...] a pesar de la renuncia a todo retribución, un elemento decisivo de la teoría de la retribución debe [...] formar parte también de la teoría preventiva mixta: el principio de culpabilidad como medio de limitación de la pena. El defecto [...] propio a todas las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en sí las barreras del poder sancionador [...] se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad [...]».

³⁶⁵ Cfr. ROXIN, Claus. “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”. Título original: *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke* (en *Lebendiges Strafrecht*, Festgabe für Hans Schultz, Berna, 1977). En: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco. Madrid: Reus, 1981, pp. 93-113, p. 96.

³⁶⁶ Cfr. ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, pp. 97-98, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*

³⁶⁷ Precisamente, según afirma JAKOBS, Günther. “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”. Título original: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-56, pp. 38-40, como la defraudación duradera de la expectativa de un comportamiento personal disminuye la disposición a tratar al delincuente como persona, la legislación pasa a ser de lucha y con la pretensión de combatir a sujetos que en su actitud se apartan probablemente y de modo decidido del Derecho, o sea, individuos que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona, por lo que la respuesta del Ordenamiento jurídico ante esta criminalidad se caracteriza porque no se trata primero de la compensación de un daño a la vigencia de la norma sino que de la eliminación de un peligro, adelantándose la punibilidad hacia el ámbito de la preparación y dirigiéndose la pena hacia el aseguramiento frente a hechos futuros y no a la sanción de hechos cometidos.

fin de prevención general positiva³⁶⁸ pues la misión de aquélla es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales, y el contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma³⁶⁹. El Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, a garantizar la constitución de la sociedad³⁷⁰. El acto delictivo se comprende como una comunicación que

³⁶⁸ Reconocen a JAKOBS como partidario de la prevención general positiva, entre otros, COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 235; PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, op. cit., p. 160; CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas...*, op. cit., pp. 65-66. En opinión de BAUCCELLS I LLADÓS, *La delincuencia por convicción*, op. cit., p. 285, la teoría de Jakobs es funcionalista-sistémica y corresponde a las denominadas *teorías de prevención general positiva fundamentadoras*, en las que desaparecen los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo como función de la norma, cualquiera que ésta sea.

En cambio, para CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs*. En: JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. 1ª ed. Traducción y estudio preliminar CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, 2006, pp. 15-81, pp. 27-28, la teoría de JAKOBS no es fija y aún se halla en plena evolución, tras treinta años de continuas reformulaciones, pudiéndose constatar tres fases, una primera, hasta principios de los años noventa, que puede definirse como más psicologista, en la que la pena se plantea sólo como prevención, luego una segunda que se caracteriza por la identificación de la teoría de la pena con un concepto funcional de la retribución, y finalmente una tercera etapa, perfilada en los últimos años, que supone en síntesis una reconocitivización de la teoría de la pena. Agregan CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ, *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena ...*, op. cit., pp. 31-38, en: JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., JAKOBS postula la pena como confirmación de la identidad de la sociedad, siendo la prevención general positiva una función latente de la pena, es decir, desemboca en un concepto funcional de retribución, la pena no está orientada a conseguir determinados efectos psicológicos en el autor real (*prevención especial*) o potencial (*prevención general negativa*) o en el resto de los miembros de la sociedad (*prevención general positiva*), sino que tiene como función esencial, en el plano del significado simbólico, la condena del hecho, cuya retribución tiene un significado positivo para la sociedad con miras al futuro. Por último, sostienen CANCIO MELIÁ / FEIJOO SÁNCHEZ, *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena ...*, op. cit., pp. 56-58, en: JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, op. cit., para JAKOBS, el mal de la pena es presupuesto de funcionamiento de la pena y se determina por la intensidad de afectación que es necesaria en el autor para que la afirmación por conocimiento de la pena no merme, lo que se consigue sí la infracción socialmente se considera, por el castigo al autor, como una empresa fracasada; la pena es un daño al delincuente y que importa que el delito pueda verse como un fracaso y la magnitud de la pena debe llegar sólo al monto que el infractor *debe* por su hecho, lo que excluye la existencia de sanciones preventivas-generales para mejorar la vigencia de la norma y, a su vez, compromete la legitimidad de las que no se basen en el hecho mismo sino que en un pronóstico de conductas futuras. Por su lado, para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 244, hoy por hoy, y desde una posición funcionalista-sistémica, JAKOBS defiende una concepción de la pena tributaria, en buena medida, del pensamiento de HEGEL, cuando refiere que la norma penal cumple una función de estabilización y, por demás, el mismo JAKOBS reconoce que su teoría de la prevención general positiva presenta una diferencia exigua con la teoría absoluta de la pena de HEGEL.

³⁶⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2ª ed., 1991, Walter de Gruyter & Co., Berlín). Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. 2ª ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 14.

³⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Título original: *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipien denken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?* Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO

afirma una contradicción con la norma y la pena como una respuesta que confirma la norma, pudiendo hallarse una relación ineludible entre ambas³⁷¹. La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir la contradicción de las normas determinantes de la sociedad, o sea, confirma la identidad social, por tanto el delito es una comunicación defectuosa, siendo imputable este defecto al autor como culpa suya, y la pena no es tan sólo el medio para mantener la identidad social sino que ya constituye ese mantenimiento mismo³⁷². Aún siendo posible vincular a la pena expectativas determinadas de que se produzcan diversas consecuencias psicológicas individuales o sociales, por ejemplo, que se mantenga o que sea más sólida la fidelidad al Ordenamiento jurídico, la pena, con independencia de que tengan lugar o no esas consecuencias, significa una autocomprobación³⁷³. El contenido y función de la pena se configuran dependiendo de la existencia del Orden en que ella se aplica y de cómo se comprende tal existir y, por ello, si un Estado necesariamente debe concentrar sus fuerzas para su continuación, se recurrirá a penas que al menos en el corto plazo garanticen la eficacia, por ejemplo, se intimidará mediante penas severas, en cambio, si el Estado no tiene problemas que afectan significativamente su continuidad, de modo que puede asumir la ineffectividad a corto plazo, se va a recurrir tan sólo a penas que eviten la severidad, para no adormecer la sensibilidad ante la violencia³⁷⁴. Desde la comprensión del sentido del Orden, como ser viéndolo desde la teoría de conflictos, la pena puede concebirse como un medio de lucha de la clase dominante o, en general, de grupos dominantes de la sociedad, o como medio de defensa ante pretensiones de dominio ilegítimas, etc.³⁷⁵, pero, pese a todas estas diferencias, y teniendo en cuenta los distintos Órdenes y comprensiones, puede hablarse unitariamente de la pena por las

SÁNCHEZ, Bernardo. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 9 (Cuadernos de conferencias y artículos, N° 13).

³⁷¹ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., pp. 10-11.

³⁷² JAKOBS, *Sociedad, norma y persona...*, op. cit., p. 11.

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal: Parte General...*, op. cit., p. 8.

³⁷⁵ Cfr. JAKOBS, *ibid.*

notas comunes existentes, a saber: «La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma»³⁷⁶. Se trata de un problema normativo y, por ello, se asigna un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costos que se requieren para eliminar la perturbación³⁷⁷. El hecho de una persona que se entiende racional y por el cual se desautoriza la norma o se ataca su vigencia es respondido con la pena mediante coacción cuyo significado es que la afirmación del autor es irrelevante y que la norma sigue vigente sin modificaciones, manteniéndose la configuración de la sociedad, es decir, tanto el hecho como la coacción penal son medios de interacción simbólica y el autor es tomado seriamente como persona porque es necesario contradecir su hecho³⁷⁸. En el pensamiento de JAKOBS, sólo existe sociedad si hay normas reales, esto es, siempre y cuando el discurso de la comunicación se determine en atención a normas y no por un esquema de satisfacción o insatisfacción en el que podría obedecerse lo que imponga otro, siendo así la comunicación la conducta de personas que quedan definidas por el hecho de que siguen normas y persona todo a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho y que actúa acorde a un esquema de deber y espacio de libertad y no a uno propio de satisfacción e insatisfacción³⁷⁹. Una persona real es la que se rige por normas y su comportamiento resulta adecuado a la norma, por esto la infracción de una norma no es simplemente el error de una persona, la que se define a través de su motivación para una conducta correcta, sino una conducta con sentido, cuyo contenido perturba la orientación por cuanto pone en duda el carácter

³⁷⁶ JAKOBS, *ibid.*

³⁷⁷ Cfr. JAKOBS, *ibid.*

³⁷⁸ Cfr. JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 23, en: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del enemigo, op. cit.*

³⁷⁹ Cfr. JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Título original: *Zur Straftheorie* (manuscrito). Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 16-17 (Cuadernos de conferencias y artículos, N° 16).

real de la sociedad³⁸⁰. Toda persona necesita una cimentación cognitiva para poder llegar a ser real en el trato social y de quien no se espera una conducta conforme a Derecho, alguien que en particular incumple persistentemente sus deberes, su condición de persona sólo se puede postular sectorialmente, concretamente en la medida en que luego delinquirá, no pudiendo ya ser tratado realmente como tal pues con su deuda por el hecho sucedido aparece lo necesario para el aseguramiento frente a hechos futuros, afirmación que describe las condiciones de realidad del Derecho³⁸¹. «En todo caso, se trata de mantener la vigencia real de la norma, plenamente en el sentido de la prevención general positiva: la contradicción tiene el fin de apoyar la cimentación cognitiva, y en la medida en que ello resulte imprescindible, también el aseguramiento frente a hechos futuros sirve para alcanzar tal fin»³⁸².

Más reciente, FEIJOO SÁNCHEZ propone una *prevención general positiva sociológica* que supere la prevención general positiva tradicional, que es fundamentalmente de carácter psicológico y en la que quien delinque es instrumentalizado en relación al resto de la comunidad. Para empezar, en un Estado social y democrático de Derecho la función del Derecho penal consiste en asegurar la confianza general en las normas penales y mantener el respeto general por éstas pues el Ordenamiento jurídico penal defiende las reglas fundamentales de convivencia en el marco de los principios y valores

³⁸⁰ Cfr. JAKOBS, *Sobre la teoría de la pena*, op. cit., pp. 17-18.

En palabras de FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 275, la doctrina de Jakobs «justifica la pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva, sobresaltada por las transgresiones, en la estabilidad del ordenamiento y por consiguiente de renovar la fidelidad de los ciudadanos hacia las instituciones». Como dice PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, op. cit., p. 49, en Jakobs, el Derecho es un conjunto de normas que crean expectativas de conducta, las mismas, en el caso de las normas penales, expectativas normativas que se estabilizan contrafácticamente, a lo cual contribuye la pena, como sanción jurídica. A su vez, el delito, una conducta desviada de las expectativas, origina frustración y conflicto, y la pena, paralelamente, es declaración de la vigencia de la expectativa y de que el conflicto se resuelve a costa del frustratorio.

³⁸¹ JAKOBS, Günther. *La pena estatal: significado y finalidad*. 1ª ed. Traducción y estudio preliminar CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, 2006, pp. 83-182, p. 13 (prólogo).

³⁸² *Ibid.*

de dicho Estado, pero, como esta función no debe ser conseguida mediante intimidación sino a través de la prevención general positiva³⁸³, la pena no puede ya entenderse como una réplica fáctica o empírica de mal por mal sino como una réplica normativa, esto es, estabilización de la norma frente a su desestabilización, restitución de lo expresado abstractamente por el Ordenamiento ante la declaración de nulidad de su validez general³⁸⁴. La tendencia tradicional es considerar la prevención como prevención de delitos, de manera que lo que legitima a la pena es evitar la realización de delitos o, al menos, que se produzcan menos delitos que los que habría sin pena³⁸⁵, lo cual se busca actuando sobre el delincuente mediante resocialización, intimidación o inocuización (prevención especial), o intimidando a los potenciales delincuentes (prevención general negativa) o fortaleciendo la fidelidad u obediencia a las normas de los ciudadanos (prevención general positiva), siendo propio de todos estos modelos la teorización de la coacción o violencia estatal en la conducta individual de todo aquel que delinca (prevención especial) o que pueda estar inclinado a hacerlo o a aprender de la infracción (prevención general)³⁸⁶. En la prevención general positiva, como teoría preventivo-instrumental, la prevención de delitos se busca influyendo psicológicamente en la generalidad o reforzando o fortaleciendo la conciencia jurídica o fidelidad o lealtad al Derecho de la comunidad, esto es, con la imposición de la pena la idea esencial es influir positivamente en la disposición de los ciudadanos a seguir o respetar las normas³⁸⁷. A esta

³⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997, pp. 36-37.

³⁸⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995, op. cit.*, pp. 59-60.

³⁸⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Retribución y prevención general". En: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos (IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005)*. sine data: Dykinson (f.a. 2006), pp. 97-114, pp. 98-99.

³⁸⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, "Retribución y prevención general", *op. cit.*, p. 100, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

³⁸⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, "Retribución y prevención general", *op. cit.*, pp. 100-101, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

concepción preventivo-instrumental de la prevención general positiva, cabe una prevención general que directamente no pretende prevenir conductas individuales sino procesos supraindividuales, o sea, prevenir la desintegración del orden social, por lo que la pena tiene como fin primordial mantener o restablecer la confianza en la vigencia de las normas penales como normas básicas para la convivencia y la afirmación y aseguramiento de las normas que rigen como irrenunciables en una sociedad³⁸⁸. Con los conocimientos actuales no parece empíricamente discutible que la pena sirva para la estabilización del orden social, pero la Criminología ha demostrado como los efectos preventivos de la pena no dependen tanto de la sanción en sí misma sino que de la reacción del Estado manifestando enérgicamente la desaprobación jurídica de la conducta, por lo cual la tarea de la pena es mantener la vigencia de ciertas normas indispensables, necesarias o esenciales para la convivencia dentro de la sociedad buscando sentar las bases de la confianza de la población en su validez como modelos de orientación³⁸⁹. «[...] se trata de un concepto material que tiene que ver con la eficacia de las normas para orientar la vida social. Se trata de entender la validez en sentido sociológico o práctico como la existencia de un sistema jurídico que efectivamente orienta la vida social. La confianza [...] se debe entender [...] en sentido realista y vivo como un elemento básico de las relaciones interpersonales y del funcionamiento de la vida social. Sin confianza la realidad social sufre un cambio cualitativo»³⁹⁰. La pena tiene que mantener la vigencia de las directrices irrenunciables de conducta que rigen la vida social para que el ciudadano pueda seguir teniéndolas en cuenta, en consecuencia, el delincuente sólo puede ser responsable de afectar la vigencia

³⁸⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, “Retribución y prevención general”, *op. cit.*, p. 101, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

³⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Retribución y prevención general”, *op. cit.*, pp. 101-102, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

³⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, “Retribución y prevención general”, *op. cit.*, p. 102, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

social de la norma pero no de las disposiciones internas de los demás sujetos y por tanto sólo se le puede imponer la pena necesaria para mantener comunicativamente la vigencia de la norma pero no para neutralizar instrumentalmente las tendencias de otros³⁹¹. No es legítimo determinar la pena utilizando como criterio el mal o sufrimiento necesarios para obtener o producir la fidelidad normativa de los ciudadanos que sólo son espectadores del proceso punitivo porque en una sociedad de individuos fácilmente corrompibles la pena tendría que ser muy superior, perdiendo una proporción con el hecho, a la de una sociedad en la que la mayoría de los ciudadanos no se dejan corromper, lo que evidencia que los delincuentes son instrumentalizados por medio de las concepciones psicológicas de la prevención general positiva³⁹².

1.6.2.3. Prevención Especial Negativa

La prevención especial negativa supone que la pena actúa sobre quien ya delinquiró cumpliendo un fin de evitar que éste cometa futuros delitos.

Según MAURACH y ZIPF, la prevención especial tiende a impedir que se cometan delitos por medio de una influencia directa sobre el propio autor, quien a través de una adecuada influenciación debe ser conducido a llevar en el futuro una vida libre de penas³⁹³. Por esto, si el delincuente no se adapta a las exigencias de una convivencia organizada o, inversamente, si puede hacerlo, es posible distinguir, respectivamente, una *prevención especial negativa*, que atribuye a la pena la función de eliminar o de alguna manera

³⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, “Retribución y prevención general”, *op. cit.*, pp. 104-105, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

³⁹² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, “Retribución y prevención general”, *op. cit.*, p. 105, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*

³⁹³ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, *op. cit.*, p. 107.

neutralizar al infractor, y una *prevención especial positiva*, que asigna a la pena la función de corregir al delincuente.

Esta duplicidad de fin, negativo y positivo, dice FERRAJOLI, es común a las tres orientaciones en las que cabe diferenciar, en atención a sus motivaciones filosóficas o políticas, las diversas doctrinas de la prevención especial, esto es, las moralistas de la *enmienda*, las naturalistas de la *defensa social* y las teleológicas de la *diferenciación* de la pena³⁹⁴. En su caso, la doctrina naturalista nace con la Escuela positivista italiana, cuyo postulado es la responsabilidad social derivada del determinismo y temibilidad del delincuente, la consideración del delito como un fenómeno natural y social, el estudio del delincuente, el método experimental, y la pena como medio de defensa social³⁹⁵. Pero, como destaca GARCÍA RIVAS, pese a que todas

³⁹⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, pp. 263-265.

³⁹⁵ Justamente, el positivismo concibe la sociedad como un organismo fisiológico que, como cualquiera de ellos, está sometido a la ley de conservación y lucha por la existencia, siendo esta ley la que justifica el derecho de penar, porque la pena actúa solamente como un medio de defensa del organismo social. Se trata de una corriente que adscribe a la idea de la prevención especial. Es más, como los delincuentes no son todos iguales, la reacción social defensiva tiene que ser diferente según sea el sujeto del que hay que defenderse, por lo que la pena tendrá una finalidad eliminatoria para delincuentes natos y habituales y una finalidad represiva y reparadora para delincuentes ocasionales y pasionales. En esta idea, para LOMBROSO, César. *Los criminales*. Bogotá: Leyer, s.f. (f.a. 2005), p. 59 (I. Patología del hombre criminal), los caracteres de los criminales de oficio se muestran atenuados, aunque bien visibles, en los criminales de ocasión, en quienes la sensibilidad es menos obtusa, las reflexiones son más regulares, las anomalías son menos frecuentes, sobre todo en el cráneo, aunque ofrecen, sin embargo, algunos caracteres anormales, como los cabellos muy negros de los ladrones domésticos y la zurdez tan común entre los estafadores, observándose en todos una gran impulsividad, y lo que es más digno de tenerse en cuenta, mayor precocidad, contándose entre ellos algunas reincidencias. Para GAROFALO, Rafael. *El delito como fenómeno social*. Traducción LOMBARDÍA SÁNCHEZ, F. Madrid: La España Moderna, s.f. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2004), p. 1, si estudiamos la sociedad como un organismo, nada impide considerar el delito como un fenómeno patológico que afecta al mismo. GAROFALO, *El delito como fenómeno social*, *op. cit.*, pp. 4-5, señala que el delito, propiamente dicho, se caracteriza, primeramente, por la violación de los sentimientos más elementales de benevolencia y justicia, y es lo que lesiona las condiciones primordiales de la convivencia social. Este concepto del delito induce a reputar a los delincuentes como personas cuyo sentido moral es absolutamente deficiente o atrofiado en parte, ya que los actos crueles e injustos no repugnan a la naturaleza, siendo tales hombres sin moralidad, hombres inferiores entre sus contemporáneos, en una palabra, anormales. Hace ver GAROFALO, Rafael. *Indemnización a las víctimas del delito*. Título original: *Riparazione alle vittime del delitto* (opúsculo, 1887). Traducción y estudio crítico de DORADO MONTERO, Pedro. Madrid: La España Moderna, s.f. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2002), pp. 84-85 (cap. III), que constituye un “principio” el que hay numerosas clases de delitos que no hacen necesario eliminar de la sociedad al infractor, como cuando éste es poco temible o el ilícito tiene una peculiar naturaleza, sin perjuicio de emplear en todos los casos algún medio represivo, el que únicamente se puede encontrar en una particular coerción personal ejercida sobre el delincuente para obligarlo a que indemnice al perjudicado, siempre que a la palabra “indemnización” se le dé un sentido amplio. La coacción puede hacer las veces de un verdadero y propio castigo, que puede hasta servir para la prevención de los delitos mejor que cualquier castigo, siendo en muchas ocasiones el

estas doctrinas han contado con seguidores, siendo buen testimonio de la primera de ellas en España la obra de Concepción ARENAL, en la historia del pensamiento penal tan sólo las dos últimas han tenido influencia notable³⁹⁶.

La prevención especial negativa concibe la pena cumpliendo una función de evitar que el infractor exprese en sus relaciones sociales su mayor o menor peligrosidad³⁹⁷, y por ello la pena tiene un efecto de *inocuidación* o eliminación del transgresor, como alguien peligroso ante el colectivo social.

La pena inocuidadora despliega sus efectos respecto de delincuentes en los que no es necesaria la resocialización, como el sujeto que delinque por vez primera y es muy probable que no lo haga otra vez (v. gr., homicida que

sucedáneo de la pena congruente con la civilización de la época. Para decidir si hay que eliminar a un delincuente de la vida social de un modo más o menos absoluto, o sea, excluyéndolo de toda clase de relaciones humanas o solamente de un ámbito dado, o si, por el contrario, puede ser dejado libre, es algo cuya solución se define según se trate o no de un “reco” epiléptico, histérico, imbecil, o que tiene una perversidad innata, impropriamente llamada locura moral, cuales son los delincuentes natos e instintivos, los que deben ser todos eliminados de una manera más o menos absoluta e irrevocable, según los casos, mientras que otros son susceptibles quizá de adaptación, pero en distinto ambiente, en condiciones de existencia completamente nuevas, como es la situación de los ladrones habituales y de los que han hecho del delito un oficio, los ociosos y los jóvenes abandonados y extraviados. Después vienen los que atentan contra otras personas, a los cuales es necesario eliminarlos del ambiente especial en que se encuentran, y finalmente vienen los impulsivos, a quienes les arrastra su temperamento colérico, o el alcoholismo, siendo indispensable segregarlos. Concluye GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, op. cit., p. 85, «Á cada una de estas clases corresponde, pues, un particular medio eliminativo, á saber: la muerte, el manicomio, la deportación, la colonia agrícola, el destierro local, la casa de educación ó de salud».

En todo caso, ante las críticas, como el manifestar una obsesión defensista que muestra al delincuente como miembro enfermo de la sociedad que debe ser extirpado o excluido definitivamente de la sociedad, recurriéndose si es necesario a la pena de muerte o a la privación indefinida de libertad, siempre que haya fracasado el intento de su recuperación, QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 113, opinan que hay que reconocer a los positivistas el destruir el mito del indeterminismo, la formulación de explicaciones mucho más científicas del hecho delictivo, la colocación del hombre, y no de la institución jurídica “delito”, en el centro del problema penal, el alumbramiento de una nueva Ciencia y fundamental: la Criminología, y el realzar la importancia del tratamiento individualizado y ajustado a las características del sujeto, algo que pronto muestra que la pena tradicional, para cumplir la finalidad perseguida, es inadecuada, como también lo es, puesto que depende del éxito del tratamiento, fijar anticipadamente el límite máximo de su duración, lo cual abre paso para establecer las medidas de seguridad. Por su lado, para BARBERO SANTOS, Marino. *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1972, p. 23, como para los positivistas el libre albedrío es una ilusión, se desmorona como base la responsabilidad individual, que hubo de reemplazarse por la responsabilidad social, que se apoya en el simple hecho que el sujeto vive en sociedad, y a la pena retributiva se hace necesario otorgarle un fin de prevención de delitos futuros, perdiendo el delito su antigua importancia para convertirse en mero síntoma de la peligrosidad.

³⁹⁶ GARCÍA RIVAS, *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*, op. cit., p. 36.

³⁹⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 73.

actúa bajo situación que difícilmente vuelva a producirse), o que no pueden ser resocializados, como el individuo que ya no acata el mandato o prohibición de la norma, el llamado *delincuente por convicción*³⁹⁸.

La inocuización es *temporal* si con la pena se persigue apartar al infractor de la vida social por un período determinado, más o menos extenso, y es *definitiva* si a través de la pena se procura eliminar toda manifestación de peligrosidad en el contraventor, recurriéndose, al efecto, a su destrucción total (v. gr., pena de muerte) o parcial (v. gr., castración química), o a separarlo de la sociedad indefinidamente (v. gr., pena indeterminada) o por un lapso muy considerable (v. gr., presidio perpetuo)³⁹⁹.

Con antecedentes históricos en el mundo antiguo (v. gr., en Grecia y en la Escolástica), y después de muchos avatares, la prevención especial revive con von LISZT, quien advierte sí ambas prevenciones especiales señalando que la pena es un medio al servicio de la lucha contra la criminalidad sólo que opera distinto según sea el delincuente. Para von LISZT, como se reconoce también en la pena la idea de fin que engendra el Derecho, es posible utilizar los múltiples efectos de la amenaza y ejecución penal para la protección de los intereses de la vida humana⁴⁰⁰. El Derecho tiene por cometido principal amparar estos intereses y la misión particular del Derecho penal es la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección, a través de la amenaza y la ejecución de la pena, considerada como un mal contra el delincuente⁴⁰¹. Para el infractor, como consecuencia de su conducta antijurídica, la conminación legal presenta un mal en perspectiva cuya representación debe de servir como contrapeso a la

³⁹⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 74.

³⁹⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *ibid.*

⁴⁰⁰ Von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, op. cit., p. 21.

⁴⁰¹ Von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20ª edición alemana por JÍMENEZ DE ASÚA, Luis, y adicionado con el Derecho Penal en España por SALDAÑA, Quintiliano. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, t. II, s.f., p. 9.

inclinación criminal⁴⁰². Pero, la totalidad de la fuerza que le es propia la desarrolla la pena en la ejecución, especialmente actuando sobre el mismo criminal (prevención especial), por lo que, conforme el contenido y la extensión del mal penal (*Strafübél*), puede variar la completa gravedad del efecto (*Schewergewicht der Wirkung*) que produce sobre el delincuente la ejecución de la pena, cuya misión puede tender a hacer del condenado otra vez un miembro útil para la sociedad (adaptación artificial), ya sea fortificando las representaciones debilitadas que refrenan los malos instintos o influyendo sobre su carácter para transformarlo, pudiendo distinguirse, según estos dos aspectos, como efecto perseguido por la pena la intimidación y la corrección⁴⁰³. La pena es una coacción, ya indirecta, mediata, psicológica o motivación, que se dirige contra la voluntad del delincuente ofreciéndole los motivos que le faltan, que son adecuados para operar como disuasivo de la comisión de delitos, de modo que la pena obra como artificial adecuación del sujeto a la sociedad, ajuste que puede darse por corrección, es decir, por trasplante y fortalecimiento de motivos altruistas, sociales, o por intimidación, es decir, por implantación y fortalecimiento de motivos egoístas, coincidentes en su efecto con los motivos altruistas⁴⁰⁴. La pena es también coerción directa, inmediata, mecánica o violencia, o sea el secuestro del delincuente, transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella, por lo que la pena aparece como

⁴⁰² Cfr. von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, p. 9. En todo caso, von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, pp. 9-10, no reniega de la prevención general, la admite en la etapa de conminación como de ejecución penal, sólo que entiende que la totalidad de la fuerza propia de la pena se desarrolla en la ejecución y especialmente en la persona del delincuente y no sobre la generalidad y la víctima. Sobre la prevención general, señala von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, p. 9, que en la fase de conminación de pena «LA AMENAZA DE LA PENA (*Strafdrohung*), advirtiendo e intimidando, se añade a los mandatos y prohibiciones del orden del Derecho. Al ciudadano rectamente intencionado le demuestra [...] el valor que atribuye el Estado a su mandato [...]; para las naturalezas más delicadas presenta un mal en perspectiva como consecuencia de su conducta antijurídica, cuya representación debe servir como contrapeso a la inclinación criminal. Pero tanto en uno como en otro sentido se dirige a la totalidad de los sujetos del Derecho (*Rechtsgenossen*) [...]», y en la etapa de ejecución «[...] la pena [...] produce efecto [...] Sobre la totalidad de los sujetos del Derecho, dominando, por una parte, las inclinaciones criminales por medio de la fuerza intimidante, y, asegurando y fortificando, por otra parte, por medio de la reprobación repetida y sostenida, el espíritu de orden de los ciudadanos [...]».

⁴⁰³ Von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁰⁴ Von LISZT, Franz. *La idea de fin en el Derecho penal*. 1ª reimpresión (1ª ed. EDEVAL, Valparaíso (Chile): 1984). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, pp. 111-112.

artificial selección del individuo socialmente inapto⁴⁰⁵. Los efectos inmediatos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos, son la *corrección*, *intimidación* y *neutralización*⁴⁰⁶, tres tipos de pena que corresponden a tres categorías de delincuentes, quienes son, respectivamente, los individuos que necesitan de corrección y son capaces de ella, los que no necesitan de corrección y los no susceptibles de corrección⁴⁰⁷.

Es decir, la prevención especial negativa se plantea a través de la intimidación⁴⁰⁸ y la neutralización, mientras que incumbe a la prevención especial positiva la corrección del sujeto que ha delinquido, éste un delincuente habitual y principiante en la carrera delictiva, cuya particularidad posibilita recuperarlo si recibe un riguroso tratamiento disciplinario⁴⁰⁹. Por lo tanto, con un criminal que llega a ser inútil a la comunidad, que es la situación del *delincuente incorregible*, la pena tiene como tarea suprimirle perpetua o temporalmente su posibilidad física de cometer nuevos delitos y, a la vez, surte el efecto de separarlo de la sociedad (selección artificial), con lo que se trata aquí de la inocuización (*Unschädlichmachung* [neutralización]) del delincuente⁴¹⁰. No son aptos para ser corregidos los delincuentes irrecuperables⁴¹¹, que en su mayoría son habituales y reincidentes⁴¹², y de los cuales la sociedad debe protegerse, mas,

⁴⁰⁵ Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 112.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ Cfr. von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., pp. 114-115.

⁴⁰⁸ En igual sentido POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, op. cit., p. 76, quien eso sí denomina la inocuización del delincuente como prevención especial neutralizante.

⁴⁰⁹ Según señala von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 123, los *delincuentes habituales* se reclutan entre los individuos que precisan corrección, quienes actúan por predisposición heredada o adquirida pero que no son aún casos perdidos sin esperanza. Estos principiantes de la carrera delictiva, en muchas ocasiones, pueden ser salvados, pero si se recurre a una seria y duradera disciplina, no debiendo la pena privativa de libertad que opera en estos casos bajar, en general, de un año. Y, si se trata de la primera o segunda comisión de alguno de los delitos más usuales (v. gr., hurto, atentados sexuales), desde el punto de vista práctico, el Tribunal debe disponer la remisión a un establecimiento correccional, a virtud de una pena cuya duración, que no se determinaría en la sentencia, no sería inferior a un año ni superior a cinco.

⁴¹⁰ Von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, op. cit., pp. 9-10.

⁴¹¹ Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 115.

⁴¹² Cfr. von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 117.

«[...] como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)»⁴¹³. O sea, si el acto delictivo revela una inclinación criminal arraigada, el llamado *delincuente por naturaleza* (*état dangereux* [estado peligroso]), es necesario asegurar el Orden jurídico por medio de la inocuización del delincuente, deber que será cumplido por la pena frente al criminal sano de espíritu, como el manicomio lo hará en relación al enajenado mental que delinque, siendo sí especialmente difíciles los numerosos estados intermedios (*Übergangszustände*), en los que puede hablarse de “responsabilidad disminuida” y permitirse la aplicación de penas atenuadas, quedando sí lo esencial, cual es hacer inocuo al delincuente liberado, recluyéndolo en un establecimiento especial o en la sección de un establecimiento. La inclinación criminal arraigada no precisa una reincidencia repetida, pues puede manifestarse en el primer delito que se enjuicia, especialmente en el carácter profesional de la ejecución⁴¹⁴. Incluso, frente a los delitos más frecuentes (en ese momento, hurto, alcahuetería, robo, extorsión, estafa, incendio, daños, atentados sexuales y corrupción de menores⁴¹⁵), se podría eliminar la peligrosidad del infractor a través de determinar el Código penal que una tercera condena por alguno de estos ilícitos lleve a una reclusión indeterminada, con pena que se cumpliría en comunidad en recintos especiales (presidios) y que consistiría en una “servidumbre penal”, bajo la más severa obligación de trabajo y la mayor explotación posible de la fuerza de trabajo, siendo casi inevitable, como sanción disciplinaria, la pena corporal⁴¹⁶. Si un acto revela una inclinación al crimen todavía no arraigada pero en vías de desarrollo, el llamado *criminal de estado incipiente* (*angehender Zustandsverbrecher*), debe intentarse mediante una pena enérgica y duradera extirpar esa disposición al crimen

⁴¹³ Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 120.

⁴¹⁴ Cfr. von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, op. cit., pp. 23-24. Dice von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, op. cit., p. 17, entre criminales por naturaleza se distinguen *corregibles* e *incorregibles*.

⁴¹⁵ Así von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., pp. 120-121.

⁴¹⁶ Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 121.

(corrección civil, que no ha de ser moral necesariamente), sirviendo a esta idea correccional la rehabilitación judicial (*réhabilitation judiciaire*), el restablecer, una vez purgado el castigo, el derecho de honor civil (*bürgerlichen Ehrenrechte*) en la vía jurídica, cancelándose eventualmente en los registros la inscripción de la pena⁴¹⁷.

Asimismo, con *delincuentes ocasionales* carece de sentido una sistemática corrección y porque para éstos el hecho realizado constituye un episodio, un descarrío generado por influencias preponderantemente externas, de manera que son personas que presentan un mínimo peligro de repetir frecuentemente la conducta criminal, debiendo la pena respecto de ellos simplemente reponer la autoridad de la ley violada, ser intimidatoria, una advertencia, un “papel para pensar” adecuado al impulso egoísta del delincuente⁴¹⁸. Objetivamente, la pena intimidatoria abarca todo los delitos, exceptuados aquellos cuya comisión habitual no se halla comprobada por la estadística criminal. En general, aquí pueden conservarse las amenazas de pena ya existentes en la legislación, disminuyendo sí los diversos grados en ella contemplados, siendo lo más recomendable una pena privativa de libertad unitaria, que no tiene necesariamente que cumplirse en reclusión unicelular, con un mínimo no muy corto (no inferior a seis semanas) y con un máximo tampoco demasiado alto (diez años serían más que suficientes)⁴¹⁹.

Sencillamente, para von LISZT la ejecución de la pena se manifiesta de distinta forma según sea que en el contexto concreto se establezca como su fin la intimidación, o la corrección o la inocuización, siendo el efecto deseado conseguir sobre el delincuente (la prevención especial) el que determina la naturaleza y extensión de la pena, lo cual no significa perder de vista los efectos de la amenaza y ejecución de la pena que no tocan a quien delinque

⁴¹⁷ Cfr. von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁴¹⁸ Cfr. von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁴¹⁹ Von LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, *op. cit.*, p. 125.

(la prevención general) cuando hay que instaurar la infracción criminal y fijar comprensivamente su sanción⁴²⁰.

1.6.2.4. Prevención Especial Positiva

La prevención especial positiva importa que la pena, desarrollando una función admonitoria o resocializadora, tiende a impedir que el delincuente recaiga en el delito, consiguiéndose la amonestación normalmente a través de penas no privativas de libertad o privativas de libertad de corta duración⁴²¹.

Por eso, señalan MAURACH y ZIPF, si el autor es alguien integrado socialmente, como especialmente sucede con delincuentes ocasionales y de situación (sobre todo en casos de culpa), el medio primario de reacción, aquí, es la pena pecuniaria. Si la imagen de la personalidad del autor no está intacta y no se halla aún socialmente integrado, es necesario una intervención (re)socializadora, a objeto de capacitar al individuo para una participación consciente y responsable en la vida social. Concordante con el estado que presente el sujeto, los principales medios de reacción ahora son la remisión condicional de la pena (resocialización ambulatoria) y la influencia mediante la ejecución de la pena privativa de libertad o la medida (resocialización estacionaria), consiguiéndose la combinación entre el tratamiento ambulatorio y el estacionario a través de la libertad condicional⁴²². Y, en este punto ha adquirido creciente importancia la idea de impedir la no socialización, de la cual surge, en casos adecuados, la preeminencia de las sanciones ambulatorias por sobre las estacionarias, y derivándose de aquí muchas tareas y posibilidades para la labor de asistencia mientras transcurre el cumplimiento condicional de la pena⁴²³.

⁴²⁰ Cfr. von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, p. 10.

⁴²¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 73.

⁴²² MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, *op. cit.*, p. 108.

⁴²³ *Ibid.*

Entre quienes son partidarios de la prevención especial positiva se cuentan, por ejemplo, QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, pues, según refieren, la prevención general positiva no entrega una perspectiva nueva de análisis en la teoría de la pena y, por ende, de explicación y legitimación de los fines del Derecho penal, porque tal prevención, en clave garantista, sólo reproduce determinadas teorías unificadoras de la pena, en las que los fines de prevención aparecen ligados a los límites clásicos del *ius puniendi* en las diferentes etapas de la intervención penal, y lo único nuevo es que se renuncia a la invocación formal del principio de resocialización y éste se disfraza bajo otros, por ejemplo, el principio de humanidad de las penas⁴²⁴. Y, como el Derecho penal invade la autonomía o esfera moral de los individuos y modela la escala de valores colectiva, el problema central no es de penas y su sentido sino que de selección de cuáles son los bienes jurídicos a ser jurídicamente protegidos, pero ello conforme el marco previsto para aplicarse el Derecho, esto es, el denominado Estado social y democrático de Derecho, lo que importa, acorde con el artículo 1.1 CE, y pese a ser aquél un concepto no unívoco y en crisis, una selección que aparece limitada por la libertad, la justicia y la igualdad, lo que hace topar la prevención general positiva con serios problemas, analizada la Carta desde postulados neopersonalistas y garantistas para el ciudadano⁴²⁵. A partir de la Constitución, cabe otra visión en aras a una política criminal democrática que, con base en una ideología personalista y garantista, se funda en el principio de dignidad humana y en las garantías constitucionales dirigidas a ampararlas⁴²⁶. Se trata de una formulación de un Estado mínimo, el cual denota un Derecho penal mínimo que nos interroga acerca de por qué no invertir la máxima prevencionista del máximo bienestar posible de la mayoría no desviada o por qué no fijar como máxima político criminal asegurar el

⁴²⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 123-124.

⁴²⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 124-126.

⁴²⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, p. 126.

mínimo malestar necesario para el sujeto de conducta desviada, siendo posible asentar una teorización nueva de la intervención penal, desarrollando y profundizando los aspectos garantistas, debiendo el Derecho penal garantizar que asegura el mínimo costo en términos de aflicción, por ejemplo, asunción para la pena del papel de freno a la desocialización del delincuente, exclusión de penas excesivas y arbitrarias⁴²⁷. Si se hace una valoración de más largo alcance, puede afirmarse que las teorías de las penas nacieron y han servido históricamente para legitimar y explicar la abolida pena de muerte y las privativas de libertad pero en la actualidad se constata que éstas últimas se han reducido en su aplicación, que los sistemas penales contemporáneos se revisan a la luz de nuevos sustitutivos penales, así como nuevas penas y medidas se encaminan a evitar separar al delincuente de la sociedad, manifestándose entonces una reducción del papel preventivo general con lo que se hace necesario una teorización de la reacción jurídico penal en su conjunto, advirtiéndose el innegable rol que ha venido asumiendo el Derecho penal centrado en la resolución de conflictos, particularmente en conseguir reparaciones similares a las propias del Derecho privado, con lo que se ponen de relieve limitaciones a las teorías de la pena conocidas⁴²⁸. «Quizás [...] *la evolución del Derecho Penal viene marcada por la historia de su paulatina limitación*. Desde esta perspectiva, el llamado «Derecho Penal mínimo» constituiría una reformulación «garantista» de tal intervención y de la reacción punitiva, dentro de un proceso más amplio de revisión y redefinición de las reglas de «democracia real» [...]»⁴²⁹.

⁴²⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *ibid.*

⁴²⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 126-127.

⁴²⁹ QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal, op. cit.*, pp. 127-128.

1.6.3. Doctrinas Mixtas o de la Unión

Las teorías mixtas pretenden responder satisfactoriamente a las exigencias de justicia de las teorías absolutas y de prevención de las teorías relativas⁴³⁰, afirmando en ello que la pena se justifica si es una retribución proporcional al mal que causa el delito y no una pura retribución de éste y, además, se orienta a otros fines de prevención general y especial, como ser, respectivamente, la prevención de futuros delitos y la resocialización del autor, es decir, la pena tiene legitimidad si es justa y útil⁴³¹. En estas teorías, la pena que contempla la ley o que se aplica al infractor despliega una pluralidad de funciones porque tanto retribuye como previene, a más que puede resocializar⁴³².

No hay uniformidad en cuanto a las opciones y cómo concordar los fines de la pena. Para MAURACH y ZIPF, como teorías unificadoras en el sentido clásico sólo valen las opiniones que no afectan el aspecto de culpabilidad de la pena y que, consecuentes con esa característica esencial de ésta, persiguen fines preventivos sólo en la medida que con ellos no se elimine la proporcionalidad entre pena y culpabilidad, por lo cual no merecen el nombre de unificadoras las teorías combinadoras que en el caso específico subordinan la compensación de la culpabilidad a un fin preventivo puesto que las teorías relativas tampoco niegan que la pena sea represión. Si la combinación de la esencia y la finalidad se expresa en que la pena debe sacrificar su ser ante

⁴³⁰ Así ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 82. Acerca de éstas, señala ZUGALDÍA ESPINAR, “La legitimación del Derecho penal: las teorías de la pena”, *op. cit.*, pp. 56-57, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, las teorías de la unión deben admitir lo que se ha denominado “la antinomia de los fines de la pena”, esto es, que, en los casos particulares, la pena justa con relación al hecho puede ser inútil respecto del autor y de las necesidades preventivas que el suceso plantea, y la pena útil para las necesidades preventivas puede ser injusta en relación al hecho cometido. Este conflicto de fines y criterios legitimantes se resuelve lógicamente optando por dar preponderancia a uno de ellos por sobre el otro, lo que determina una teoría de la unión aditiva, si la prioridad se da a la justicia, y una teoría dialéctica de la unión, si la prioridad se da a la utilidad.

⁴³¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 297.

⁴³² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 298. Indica POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 72, «La pena persigue fines estabilizadores, tutelares y preventivos, los cuales legitiman el Derecho penal».

ciertos y determinados fines, realmente estaríamos ante lo mismo que persiguen las teorías relativas y, consecuentemente, la decisión que deben adoptar las teorías unificadoras no se encuentran en un tanto-como sino en un claro reconocimiento de la culpabilidad como fundamento de la pena, la que dentro del marco definido por la proporción de la culpabilidad debe también perseguir fines de prevención⁴³³. En opinión de BACIGALUPO ZAPATER, las teorías de la unión tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y relativas, se trata entonces de teorías que buscan justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo, por lo que la pena es legítima en cuanto sea justa y útil. Mas, como el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir y hasta ser antinómicos, es decir, la pena justa en relación al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia a su autor y las necesidades de prevención que éste plantea, se pueden configurar dos orientaciones diversas de estas teorías en su versión moderna, una que da preponderancia a la justicia sobre la utilidad, de modo que la utilidad de la pena es legítima si no se necesita exceder ni atenuar la pena justa, y otra que distribuye en diferentes instantes la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia, de manera que el fundamento de la pena es la utilidad y ésta sólo es legítima si opera preventivamente y no supera el límite de la pena justa, por lo que, además, una pena inútil no es legítima aún cuando sea proporcionada a la culpabilidad⁴³⁴.

⁴³³ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁴³⁴ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, pp. 37-38. Muy similar MIR PUIG, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, pp. 97-98, para quien es común a las teorías eclécticas asignar al Derecho penal la función de protección de la sociedad, base de acuerdo a partir de la cual las opiniones se separan, distinguiéndose dos grandes direcciones, por una parte quienes creen que tal protección ha de basarse en la retribución justa y que en la determinación de la pena los fines de prevención tienen un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución, lo que constituye una posición conservadora, y por otra, conformando una posición progresista, quienes estiman que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad (protección de bienes jurídicos) y que a la retribución corresponde únicamente la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo una pena superior a la merecida por el hecho cometido, lo que permite disminuir o incluso prescindir de la pena por debajo de lo que exigiría la retribución.

Dentro de estas doctrinas, partiendo de la distinción entre una teoría de la pena en cuanto fenómeno social totalizador, global, y de cómo la pena se vive o experimenta en cada una de sus distintas facetas⁴³⁵, SCHMIDHAÜSER sustenta la llamada teoría *Diferenciadora*, cuyo postulado es que la pena tiene un sentido objetivo-general y uno subjetivo-individual y cumple función de prevención general y especial. En su sentido *objetivo-general*, la pena confirma la vigencia de la norma generando un efecto preventivo, sociopedagógico, y de lucha contra la criminalidad. En su sentido *subjetivo-individual*, la pena tiene una significación que varía según sea quien la experimenta: para el *legislador* la pena adquiere el sentido de prohibir las lesiones intolerables para la vida en sociedad, los *órganos de persecución penal* (v. gr., policías y fiscales) deben esclarecer los delitos y procurar reducir la cifra de criminalidad, con mira a mantener la paz jurídica, los *órganos jurisdiccionales* deben realizar la idea de justicia, en función de su recta conciencia del fin, los *funcionarios de instituciones penitenciarias* deben humanizar la ejecución de la pena y evitar la desocialización del reo (prevención especial), y para el *condenado* la pena supone liberación de su culpa o reconciliarse con el mundo lesionado, y la *sociedad* debe readmitir al penado en su medio después de cumplida la condena, produciéndose una reconciliación con el infractor⁴³⁶. Señalan COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, para SCHMIDHAÜSER «la pena se justifica por su necesidad y tiene un sentido diverso para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo, debiendo operar en el legislador con miras de prevención general, aún cuando también debe tener en cuenta la Justicia; el juez con criterios de Justicia y de prevención especial y los organismos penitenciarios, ante todo, con estos últimos»⁴³⁷.

⁴³⁵ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 307.

⁴³⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal: Parte general*, t. I, op. cit., pp. 88-89.

⁴³⁷ COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 821.

A pesar que se trata de una teoría preventivo general positiva⁴³⁸, como doctrina mixta se menciona⁴³⁹ la llamada *Dialéctica* de ROXIN, denominada por éste como “unificadora preventiva”, y cuya formulación se basa en que el Derecho penal enfrenta con penas al individuo en tres formas distintas, cuales son la amenaza, la imposición y la ejecución de pena, etapas que se construyen una sobre la otra, recogiendo siempre la siguiente los principios de la anterior⁴⁴⁰. Según refiere ROXIN, «Se trata [...] esta concepción, de una teoría unificadora dialéctica, que hay que distinguir [...] de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición [...]»⁴⁴¹ y «dialéctica [...] en cuanto que acentúa lo antiético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una síntesis»⁴⁴².

⁴³⁸ *Supra* 1.6.2.2. *Prevención General Positiva* y n. 354.

⁴³⁹ *Vid. supra* 1.6.2.2. *Prevención General Positiva* y n. 353.

⁴⁴⁰ ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal...*, *op. cit.*, p. 20. Estas etapas, que evidencian que Roxin se decanta -como ya se ha dicho- por la prevención general positiva, consisten, señala ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal...*, *op. cit.*, pp. 20-32, en una fase primera, que es de conminación, en la cual, por su función de crear y asegurar condiciones que satisfagan las necesidades vitales de cada persona, el legislador carece de facultad para castigar conductas inmorales no lesivas de bienes jurídicos, de modo que la amenaza legal se justifica sólo si tiene en cuenta la doble restricción que encierra el principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos, ámbito en el que el fin entonces de las disposiciones penales es de prevención general, lo que así debe ser en tanto las mismas preceden temporalmente al sujeto a quien podrían serle impuestas reacciones retributivas o de prevención especial. La segunda etapa es de medición de la pena y ésta se impone con un fin de prevención general que no sólo es intimidación sino que también salvaguarda del Orden jurídico en la conciencia de la comunidad, no pudiéndose tampoco desconocer latente un elemento de prevención especial porque con la pena se intimida al delincuente frente a una posible reincidencia y se mantiene a la sociedad segura de éste por el cumplimiento de la condena. Si se observa más exactamente, el componente de la prevención especial de la sentencia penal tiene un fin último de prevención general pues lo primero que la condena hace efectivo es la restricción de la libertad del delincuente y no en interés de éste sino que en el de la comunidad. Así, y concordando su necesidad social con la individualidad o identidad propia del delincuente, la que el Derecho tiene que garantizar, sólo se justifica la pena que no sobrepasa la medida de la culpabilidad y toda aquella que estando por debajo de dicha medida, en el evento concreto, puede restaurar la paz jurídica. La tercera fase es de ejecución de la pena y ésta se justifica si tiene como contenido la reincorporación del delincuente a la comunidad, lo que no significa eliminar completamente de esta etapa la prevención general porque las afecciones de una pena privativa de libertad, en atención a la efectividad de las conminaciones penales, no son prescindibles en los delitos graves.

⁴⁴¹ ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, *op. cit.*, p. 33.

⁴⁴² ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, *op. cit.*, p. 34.

1.7. Insuficiencias de las Doctrinas

Todas las teorías de la pena presentan falencias. Por ejemplo, el que la retribución sea la compensación de la culpabilidad humana no autoriza al Estado para imponerse la tarea de retribuir con pena toda culpabilidad pues muchos cada día se hacen culpables frente a otro de diversas maneras y no por ello se les castiga, además que una culpabilidad jurídica podría asumirse con otras consecuencias jurídicas (v. gr., el deber de indemnizar), por lo que una doctrina de la retribución no puede explicar cuándo se tiene que penar, no fija un límite al contenido del poder punitivo estatal y no impide que pueda incluirse en el Código penal cualquier conducta, la que será efectivamente castigada si se dan los criterios generales de imputación⁴⁴³.

Si se afirma la facultad estatal de punir formas de conductas culpables, es poco satisfactoria la justificación de la pena mediante la idea de compensación de la culpabilidad porque ésta presupone la libertad de voluntad o libre albedrío cuya existencia es indemostrable, como lo reconocen los mismos retribucionistas⁴⁴⁴. El que el hombre esté relativamente falto de esquemas instintivos y los sustituya por modelos de conducta culturales no significa que decida eligiendo libremente ante los factores de determinación, incalculablemente diversos, y tampoco puede afirmarse, inclusive aseverando la libertad de voluntad como tal, que el sujeto podría haber obrado distinto en la situación precisa de que se trata⁴⁴⁵.

Los puntos de partida de las teorías de la retribución, como ser el principio de culpabilidad -en su sentido tradicional- y el libre albedrío no pueden demostrarse científicamente⁴⁴⁶. Como expone MOCCIA, «[...] argumento

⁴⁴³ ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal...*, op. cit., p. 13.

⁴⁴⁴ ROXIN, *ibid.*

⁴⁴⁵ Cfr. ROXIN, *ibid.*

⁴⁴⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 69.

contrario a la admisibilidad [...] de una concepción retributiva es [...] la misma naturaleza elemental del ser [...], desear retribuir el mal de la conducta culpable con el mal de la pena, presupone una opción precisa [...] sobre la naturaleza del hombre: es decir, se le reconoce poder actuar de un modo diferente. Pero la validez de tal reconocimiento choca con el obstáculo insuperable -en el plano fenoménico- de la prueba del libre arbitrio que vuelve no utilizable, también desde este punto de vista, la teoría retributiva»⁴⁴⁷.

En particular, la afirmación de KANT que la ley penal es un imperativo categórico y que no cabe encontrar algo que exonere del castigo o de un grado del mismo, puede estimarse como una fórmula vacía de contenido pues define este imperativo como «obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal»⁴⁴⁸, pero sin que se pueda establecer de qué tipo ha de ser esta ley universal⁴⁴⁹, de modo que, como dice KLUG, «El imperativo categórico podría valer también en una comunidad de «gansters»». De un principio vacío, del que no puede inferirse ningún contenido, no es posible deducir el principio de represalia»⁴⁵⁰. El ejemplo de KANT, de la isla, es contradictorio pues al no ser ejecutado hasta el último preso hace merecedores de pena como cómplices a todos los miembros de la comunidad en circunstancias que ella no existe en el futuro inmediato por haberse diseminado voluntariamente sus integrantes por el mundo⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre Ser y Valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Título original: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione Della pena e sistemática teleologica* (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992). Traducción de BONNANO, Antonio. 1ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003, p. 85.

⁴⁴⁸ KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, op. cit., p. 33

⁴⁴⁹ Cfr. KLUG, “Despedida de Kant y Hegel (*Una crítica jusfilosófica básica*)”, op. cit., p. 33, en: KLUG, Ulrich, *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*, op. cit.

⁴⁵⁰ KLUG, *ibid.*

⁴⁵¹ Para KLUG, *ibid.*, es sorprendente la contradicción que encierra el ejemplo de la isla, más extraño todavía es que esto se reconoce muy pocas veces, pero «basta sólo preguntarse sobre quién ha de recaer aquella mística «culpa de la sangre», si precisamente el presupuesto de la hipótesis kantiana es que ya no existe *ningún* pueblo».

La aseveración de HEGEL que el delito es coacción y que igual lo es el Derecho, o sea, que la coacción se supera con la coacción, permite defender la tesis contraria, el que la coacción aumenta la coacción⁴⁵², aparte que racionalmente es incomprensible cómo se puede borrar un mal cometido añadiendo un segundo mal: sufrir la pena⁴⁵³. Indica WELSEL, la apreciación del merecimiento de pena por la conducta culpable que quebranta el Derecho no es ajena al devenir histórico y al cambio de estilos valorativos de cada tiempo y, como lo que se mide no son magnitudes del ser sino que relaciones de valor, es factible que dentro de una misma época el principio de medida sólo proporcione valores límite, sobre o bajo los cuales la pena sea injustamente severa o benigna⁴⁵⁴.

Según consigna JESCHECK, a la prevención general le falta, si no es delimitada por el principio de culpabilidad, el baremo para la medida de la pena imponible, porque, según la lógica de la intimidación, las penas más graves posibles debieran ser las de mayor efecto en cuanto a la impresión que producen en la comunidad, pero la que realmente incide en la conciencia jurídica de la sociedad como fuerza configuradora de costumbres no es la pena más grave posible sino la más justa con respecto al contenido del injusto del hecho y la culpabilidad del delincuente⁴⁵⁵.

Para ROXIN, las doctrinas de prevención general no resuelven frente a qué conductas el Estado tiene la facultad de intimidar, no aclaran el ámbito de lo punible, defecto del cual participan las teorías de la retribución y de la prevención especial. El punto de arranque de la prevención general tiene tendencia al terror estatal. Asimismo, hay una serie de delitos y delincuentes

⁴⁵² Cfr. KLUG, *ibid.*

⁴⁵³ En este sentido ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal, op. cit.*, p. 70, y como consideración crítica a las teorías absolutas de la pena, sin distinguir entre éstas.

⁴⁵⁴ WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General* (11ª ed.). Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Reimpresión 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 284.

⁴⁵⁵ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 66.

en los que no se ha probado hasta ahora el efecto de prevención general de la pena, como lo demuestra la inacabable realización de delitos muy graves y severamente sancionados (v. gr., el asesinato), en los que la fuerza intimidadora de la amenaza penal es especialmente escasa, y la existencia, siempre, de delincuentes profesionales e impulsivos ocasionales⁴⁵⁶. Dicho más simple, «cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general»⁴⁵⁷. Por último, a fin de intimidar y siendo aún eficaz la intimidación, no puede justificarse que alguien sea castigado no en consideración a sí sino que en consideración a otro, ya que no es comprensible que sea justo imponer a alguno un mal para que otros omitan incurrir en un mal, a no ser que se estime, lo que atenta contra la dignidad humana, que para el Ordenamiento jurídico el individuo es un objeto a disposición de la coacción estatal y material humano utilizable y no un portador de un valor como persona⁴⁵⁸.

Tratándose de las doctrinas preventivas especiales, éstas no justifican las medidas estatales necesarias para la conquista de un Derecho penal preventivo, de seguridad y corrección, y no hacen posible tampoco restringir el contenido del *ius puniendi*, porque debiendo dirigirse el esfuerzo terapéutico-social del Estado de antemano sólo contra los inadaptados en extrema medida de la sociedad, podrían ser sometidos a tratamiento penal los automarginados o por tradición despreciados sociales, tales como mendigos, vagos, prostitutas. El concepto de prevención especial importa no delimitar el período de duración de la pena, pudiendo ella aplicarse indefinidamente ya

⁴⁵⁶ Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, op. cit., pp. 17-18.

En opinión de HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, p. 160, si bien las personas se rigen más por normas sociales que no siempre coinciden con las penales y, en última instancia, la comisión de algún delito se hace pensando en no ser descubierto, en definitiva la gente, en general, ni vive ni actúa fríamente, calculando continuamente las ventajas e inconvenientes como cree la teoría de la prevención general negativa, salvo el caso de delincuentes muy astutos, diligentes y conscientes de los riesgos, como son los integrantes de organizaciones criminales, en quienes sí puede tener algún efecto la intimidación.

⁴⁵⁷ ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, op. cit., p. 18.

⁴⁵⁸ Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, op. cit., pp. 18-19.

que la pretendida prevención sólo sería susceptible de lograrse con un tratamiento hasta que permita que se dé definitivamente la corrección del individuo⁴⁵⁹.

Para MAURACH y ZIPF, la aplicación de la intimidación preventivo especial llevaría a abandonar necesariamente el principio de culpabilidad por el hecho, lo que posibilitaría tanto un exceso considerable como una pena bajo el mínimo. A fin de contar con un lapso suficiente para la influencia resocializadora o el internamiento de seguridad, frecuentemente se requeriría de una transgresión del límite de la culpabilidad, además que el fin resocializador hace recomendable una duración indeterminada para el internamiento. Los objetivos de prevención individual llevan a quedar por debajo de la medida de la pena exigida por la compensación de la culpabilidad, situación que se da cada vez que el autor actúa culpablemente pero sin que haya peligro de reiterar su comportamiento criminal⁴⁶⁰.

Señala JESCHECK, la prevención especial en casos límites lleva a conclusiones insoportables para la conciencia jurídica de la colectividad, como, por ejemplo, la impunidad, en el caso de quien después de cometer un único delito muy grave hace muchos años atrás, a partir de la comisión delictiva, ha hecho una vida absolutamente normal, sujeto que por su falta de compromiso delictual en el intertanto no precisa de resocialización, o el sometimiento a drásticas medidas terapéuticas o de seguridad, que no guardarían relación alguna con la gravedad del delito cometido, para quien reincide en un hecho menor y que es sintomático en cuanto a la inclinación delictiva⁴⁶¹. Es más, la prevención especial consecuente llevaría a las medidas predelictuales puesto que, desde esta perspectiva, no se

⁴⁵⁹ Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal ...*, op. cit., pp. 15-16.

⁴⁶⁰ MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general...*, t. I, op. cit., p. 109.

⁴⁶¹ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal...*, op. cit., p. 66.

comprendería por qué habría que esperar la realización del hecho y no que antes actúe el Estado precautoriamente⁴⁶².

Las doctrinas mixtas, apunta GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, sólo representan una fórmula de compromiso y fracasan en su metodología pues la combinación de las posiciones valiosas de las teorías retributivas y relativas, a través de un proceso dialéctico, no pasa de ser una simple yuxtaposición o adición de los fines de dichas teorías, porque no es posible reconducir partes disfuncionales o absolutamente contrapuestas entre sí, por ejemplo, presupuestos de la pena determinados por criterios propios de las teorías retributivas y ejecución de la pena dirigida a un tratamiento resocializador, o límite de la pena determinado por la culpabilidad del autor y exigencias del tratamiento⁴⁶³. En las doctrinas diferenciadora y dialéctica, establecida la culpabilidad como un límite de la pena, se parte de un presupuesto metafísico, ideológico, que de ninguna manera es verificable o demostrable, lo que exigiría, cual paradoja, que fuera suprimida la pena y que en su lugar se estableciera un sistema de medidas⁴⁶⁴. La culpabilidad no puede operar como fundamento ni como límite de la pena porque no es realizable un cálculo certero y seguro de la pena adecuada a la medida de la culpabilidad⁴⁶⁵.

⁴⁶² JESCHECK, *ibid.*

⁴⁶³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 305.

⁴⁶⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 312.

⁴⁶⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *ibid.*

1.8. Doctrinas de la pena y legislación española

Todas las legislaciones recogen o reflejan en sus normas las doctrinas de la pena, y a veces hasta de manera ostensible. En España, partiendo por la norma fundamental, el artículo 297 de la Constitución monárquica de 1812, perfectamente comprensivo de la ejecución de las penas privativas de libertad si bien el contexto se refiere a presos no condenados⁴⁶⁶, establecía que «Se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar, y no para molestar á los presos: así el alcaide tendrá a éstos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación, pero nunca en calabozos subterráneo ni mal sanos»⁴⁶⁷, una regla que pudiera ser vista como expresión de prevención general⁴⁶⁸ negativa y positiva, porque, sin ser éstas oficialmente pretendidas ni mencionadas por el constituyente, se realza que el preso ha de quedar debidamente “custodiado”, lo que garantiza a todos, entre ellos el potencial infractor, que la pena correspondiente está llamada a cumplirse, “realidad” de la ejecución penal además que es preconizada desde antes⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ Los arts. 290, 293, 296, 298, 299 y 300 de la Carta de 1812 nunca refieren a un condenado sino a un arrestado antes de ser puesto en prisión o que permanece en cárcel en calidad de preso así como el hacer reo de detención arbitraria a todo quien no observe las reglas que rigen la estadía en el recinto carcelario (cfr. *Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*. Cádiz: Imprenta Real, s.f., pp. 96-98; “Constitución Política. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812”. En: *Las Constituciones Españolas en el siglo XIX* (publicadas por la Redacción del Boletín Diplomático). Madrid: Imprenta de F. López Vizcaino, 1869, pp. 16-49, pp. 39-40).

⁴⁶⁷ *Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812, op. cit.*, p. 98; “Constitución Política. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812”, *op. cit.*, p. 40, en: *Las Constituciones Españolas en el siglo XIX...*, *op. cit.*

⁴⁶⁸ Podría entenderse la prescripción legal como manifestación no sólo de prevención general sino que también de prevención especial, en este caso “positiva”, pues, como indica MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español, op. cit.*, p. 131, «Decir hoy que el fin de la pena de prisión es no molestar al reo es, además de insuficiente, equívoco, sin embargo, en esta exigencia se encuentra ya latente una idea que hoy -casi dos siglos después- aún no se practica suficientemente [...] No molestar al recluso exige tratarlo con dignidad, respetar sus derechos como persona, favorecer su contacto exterior, y procurar que la pena sea lo más corta y atenuada posible».

⁴⁶⁹ La Constitución de 1812 no menciona prevención alguna, ni general ni especial, pero con anterioridad, en el “Discurso preliminar leído a las Cortes”, se comunica que todo el que delinque ha de cumplir efectivamente su condena, efectuándose el aviso en los siguientes términos, según se consigna en *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*. Cádiz: Tormentaria, 1812, pp. 56-57: «[...] uno de los principales objetivos de la Constitución es fixar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial. Esto es, que en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fe pueda estar seguro que obtendrá lo que solicita [...]; y en las causas criminales, convencido el delinquente, que nada podrá salvarle de la pena

Después, pese a que no fue promulgado, el proyecto de Constitución Federal de la primera República española de 1873, influenciado por el correccionalismo⁴⁷⁰, da cuenta de la prevención especial positiva al establecer en el inciso primero de su Título Preliminar que «Toda persona encuentra asegurados en la República, sin que ningún poder tenga facultad para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos, todos los derechos naturales», entre éstos justamente «[...] el derecho, en caso de caer en culpa o delito, a la corrección y a la purificación por medio de la pena»⁴⁷¹, y siendo siempre «Estos derechos [...] anteriores y superiores a toda legislación positiva»⁴⁷².

Ya más cercano, con la Constitución de 1978 se introduce un catálogo de valores superiores del Ordenamiento jurídico (v. gr., arts. 1 y 10.1) y de Derechos fundamentales (v. gr., art. 15), los que influyen decisivamente en el contenido e interpretación de la legislación de menor jerarquía, la que debe tener un sentido que compatibilice con la norma base de la legislación⁴⁷³, y con ellos se establecen como principios el ser España un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 15 CE), y el derecho a la igualdad (art. 9.2 CE), los que dan lugar, ya cada uno de ellos⁴⁷⁴, al llamado principio de *proporcionalidad*⁴⁷⁵, el que

condigna á su delito; y el inocente seguro de hallar en la ley todos los medios de triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos».

⁴⁷⁰ Así MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 131 y n. n.º 30.

⁴⁷¹ Título Preliminar párr. 1 n.º 8 Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

⁴⁷² Título Preliminar párr. 2 Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

⁴⁷³ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. «Principio de culpabilidad e individualización de la pena». En: VV.AA. CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio; ROMEO CASABONA, Carlos M. (Eds.). *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos* (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López). Granada: Comares, 1999, pp. 33-48, pp. 33-34.

⁴⁷⁴ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 38.

⁴⁷⁵ Señala SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., pp. 260-261, por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del Derecho penal con el hecho cometido por el delincuente, rechazándose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) carentes de toda relación valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos. El principio de proporcionalidad de las penas incide no sólo en la categoría sistemática del injusto sino en todas las categorías y es uno que particularmente contribuye a conformar la idea compleja de culpabilidad. De él se derivan, por ejemplo, principios como el de responsabilidad personal.

precisamente determina fines de prevención, en concreto *prevención general*, pues, como indica LUZÓN PEÑA, la intimidación general, correctamente concebida y manejada, para ser eficaz requiere la proporcionalidad entre la pena prevista por la ley o impuesta por el juez y la gravedad del injusto del hecho, tanto por el desvalor del resultado como por el de la acción⁴⁷⁶.

Según refiere CEREZO MIR, «La proporcionalidad del delito y la pena es una exigencia de la justicia, pero sirve, sin duda, a la prevención general, que consiste primordialmente en la ejemplaridad y sólo en segundo término (cuando se trate de infracciones de carácter político o económico irrelevantes desde el punto de vista ético-social o cuya relevancia sea escasa) en la intimidación. La proporcionalidad del delito y de la pena sirve también en muchos casos a la prevención especial. Una pena justa, adecuada a la gravedad del delito es más favorable a la corrección o enmienda del delincuente que una pena desproporcionada o injusta⁴⁷⁷. El esfuerzo por conseguir la corrección o enmienda del delincuente es [...] una exigencia de la ejemplaridad de la pena y, por tanto, de la prevención general»⁴⁷⁸.

Asimismo, y por el carácter de las normas penales, es claro también que la proporcionalidad se puede entender no sólo como exigencia de la prevención general, o aún al servicio de la prevención especial, sino que todavía como esencialmente inherente al Derecho penal⁴⁷⁹ ya que el problema de éste, en

⁴⁷⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitivos penales*, op. cit., p. 38.

⁴⁷⁷ En este aspecto, destaca MOCCIA, *El Derecho penal entre ser y valor...*, op. cit., p. 100, si concretamente se aplicara una pena en base a criterios de mera intimidación, el excedente de la sanción sería advertido por el condenado como un abuso, con el derivado de hacer incomprensible el mensaje normativo, agudizando la carga de rebelión respecto del Ordenamiento.

⁴⁷⁸ CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español...*, t. I, op. cit., p. 31.

⁴⁷⁹ Para MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 130-138, lo mismo que el de *humanidad de las penas*, de *culpabilidad* y de *resocialización*, el *principio de proporcionalidad* es un límite del *ius puniendi*, esto es, del Derecho penal subjetivo o facultad del Estado de prohibir o mandar ciertos hechos bajo la amenaza de castigar la trasgresión con una pena. Pero, señala MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 136, este principio de proporcionalidad es una exigencia que no nació para las penas sino que para las medidas de seguridad, pues al no encontrar éstas el límite de la culpabilidad sólo la idea de proporcionalidad podía impedir que las medidas fueran desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. Según BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, op. cit., pp. 168-170, la *proporcionalidad* es integrante del *principio de culpabilidad*, el cual, desde la perspectiva de la

cuanto amenazas que se dirigen a todos los ciudadanos, es una parte clave del sistema jurídico total y no un derecho de los transgresores o que atañe a los que efectivamente pueden ser castigados⁴⁸⁰.

Incluso, más allá de la Carta, la proporcionalidad se ve acogida en el artículo 4.3 del CpE⁴⁸¹ por cuanto se faculta al juez o Tribunal, a pesar de ser ejecutada la sentencia -muy excepcionalmente suspendida⁴⁸²-, para requerir del Gobierno que derogue o modifique la norma correspondiente o indulte al condenado si la pena impuesta es notablemente excesiva, considerado el mal causado por el delito y las circunstancias personales del delincuente, siendo lo relevante de esta norma el que posibilita que pudiere cesar lo “injusto” procedente de aplicar el Derecho vigente, una secuela que, guste o no, sólo cabe acatarla pues, como reseña GEIGER, injusticia no significa no-derecho sino que derecho malo, siendo cosa distinta su valoración moral o política⁴⁸³.

El principio de proporcionalidad, en la perspectiva de la pena que la ley prevé y la que finalmente se ha impuesto, no es ajeno al pronunciamiento del TC, sólo que éste inicialmente estima que se trata de materia exclusiva del Poder Legislativo, y señala puntualmente que «[...] el juicio sobre proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general, con relación a un hecho punible que es presupuesto de la misma, es de competencia del legislador. A

individualización de la sanción, tiene como consecuencia el que la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y que, por las necesidades de prevención, ya especial o general, no se justifica una pena que supere en gravedad a la culpabilidad.

⁴⁸⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., p. 108.

⁴⁸¹ Esta disposición, para BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, op. cit., p. 115, «es indudablemente una pieza extraña al sistema constitucional vigente y su pervivencia en el Código Penal puede tener por efecto, según se lo interprete, una inexplicable limitación de las funciones judiciales a favor de poderes del Ejecutivo en materias que no le son propias».

⁴⁸² Al tenor del art. 4.4. CpE, se trata de los casos en que, no resuelto todavía el indulto solicitado, aprecia el juez o Tribunal en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, o cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad del indulto pudiera llegar a ser ilusoria.

⁴⁸³ GEIGER, Theodor. *Estudios de Sociología del Derecho*. Título original: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1964, Hermann Luchterhand Verlag GmbH., Neuwied am Rhein). Traducción de CAMACHO, Arturo; HIRATA, Guillermo; OROZCO, Ricardo. 1ª ed. en español. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 186.

los Tribunales de justicia sólo les corresponde, según la Constitución, la aplicación de las Leyes y no verificar si los medios adoptados por el legislador para la protección de los bienes jurídicos son o no adecuados a dicha finalidad, o si son o no proporcionados en abstracto [...] Consecuentemente, no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución española un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito»⁴⁸⁴. Más tarde, el TC varía su interpretación y admite posible la inconstitucionalidad de toda pena legalmente dispuesta si existe entre ésta y la gravedad del delito a que se corresponde una considerable desproporción, indicando que la misma se constituye, autorizando para reclamar la inconstitucionalidad de una ley penal, con toda norma que, junto con imponer una pena excesivamente rigurosa en su *quantum*, importa un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado para el derecho sobre el que ella recae, siendo aún más evidente esta desproporción si la norma sacrifica un derecho persiguiendo preservar bienes o intereses tanto constitucionalmente proscritos como también socialmente irrelevantes⁴⁸⁵. Entonces, expone el TC: «[...] el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivada de ella [...]; lo que no cabe extraer [...] de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales

⁴⁸⁴ STC 65/1986, de 22 de mayo (F.j. 3), Recurso de amparo, Número de registro: 858/1983.

⁴⁸⁵ Cfr. STC 55/1996, de 29 de marzo (F.j. 7), Cuestiones de constitucionalidad, Número de registro: 961/1994.

únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción [...]»⁴⁸⁶.

En opinión de MIR PUIG, como el artículo 1.1. de la CE consagra un Estado social y democrático de Derecho, el que sustenta la justicia como uno de los valores superiores de su Ordenamiento jurídico, el modelo de Estado es de uno limitado por el Derecho, que interviene activamente en la solución de los problemas sociales, lo cual sólo es posible, proyectado en el Derecho penal, si la intervención social se refleja en la protección de la sociedad a través de la prevención de delitos así como los límites legales del poder estatal se reflejan en la existencia de límites en tal prevención, cometidos del Estado que pueden resumirse en prevención limitada⁴⁸⁷.

Ahora, el principio de proporcionalidad no es nuevo, BECCARIA lo tiene constantemente presente: «[...] cuando se probase ser la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público, y al fin mismo de impedir los delitos, á lo menos inútil; [...] en este caso sería ella [...]

⁴⁸⁶ STC 136/1999, de 20 de julio (F.j. 22), Recurso de amparo, Número de registro: 5459/1997. Es más, el TC en esta sentencia declara inconstitucional la pena en su momento prevista para el delito de cooperación con el terrorismo en el otrora artículo 174 bis a) del CpE 1944-1973, al tiempo que distingue entre *proporcionalidad en sentido amplio*, que requiere la necesidad de la pena o medida, y *proporcionalidad en sentido estricto*, que, en el caso del Derecho penal, exige una comparación entre la gravedad de la pena y la entidad del delito. El TC señala, exactamente, que «[...] es el de los derechos fundamentales el ámbito en el que normalmente y de forma muy particular resulta aplicable el principio de proporcionalidad. [...] en numerosas Sentencias [...] se ha declarado que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza [...] En materia penal, ese sacrificio innecesario o excesivo de los derechos 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 (desproporción en sentido estricto)». Previamente, el TC reconoce en esta Sentencia (F.j. 21) que la proporcionalidad de la pena y la necesidad de la medida, en una sociedad democrática, se confunden, alcanzando la confusión a la jurisprudencia debido a que «[...] la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales [...]». De modo muy breve, como refiere MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 38, el TC vincula la proporcionalidad con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE).

⁴⁸⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago. “Principio de Proporcionalidad y fines del Derecho Penal”. En: VV.AA. ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 349-366, p. 350.

contraria [...] á la justicia y á la naturaleza misma del contrato social»⁴⁸⁸; «Si se destina una pena igual á dos delitos, que ofenden desigualmente la Sociedad, los hombres no encontrarán un estorvo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja»⁴⁸⁹; «[...] el fin de las penas [...] es [...] impedir al reo causar nuevos daños á sus Ciudadanos, y retraher los demás de la comisión de otros iguales. [...] deberán ser escogidas aquellas penas [...], que guardada la proporción, hagan una impresión mas eficaz y mas durable sobre los ánimos de hombres [...]»⁴⁹⁰.

En cuanto concepto, la proporcionalidad es un “ajuste” de todas las partes al todo al que pertenecen o de diversas cosas relacionadas entre sí y, por tanto, en el Derecho penal debe verse como una conformidad de la pena con el correspondiente delito, lo que da una idea de una adecuación o conveniencia de la sanción a la infracción, que exige, para poder punir, que se considere la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor y la posibilidad que él reincida o que alguien lo imite.

Por muy grave que sea un delito, nunca la respuesta penal puede estar desprovista de proporcionalidad pues, señala DE LARDIZÁBAL Y URIBE, el mal causado por la pena sería mayor que el producido por el delito, y la razón dicta que de dos males necesarios se prefiera el menor⁴⁹¹. Como bien dice ANTÓN ONECA, es deseable enderezar voluntades torcidas y purificar las almas y cuando no es posible hay que contentarse con regularizar las conductas, siendo un medio para este fin el crear una experiencia de utilidad, persuadir al penado de que no conviene delinquir, porque su consecuencia es un mal mayor que la satisfacción procurada con el delito, por lo que la pena ha de conservar un carácter aflictivo, el que debe ser bien administrado ya

⁴⁸⁸ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit., pp. 16-17 (§ III, «Consequencias»).

⁴⁸⁹ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit., p. 35 (§ VI, «Proporción entre los Delitos y las Penas»).

⁴⁹⁰ BECCARIA, *Tratado de los Delitos y de las Penas*, op. cit., pp. 59-60 (§ XII, Fin de las Penas).

⁴⁹¹ Cfr. DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas (1782)*, op. cit., pp. 173-174.

que las inútiles vejaciones conducen a la desesperación, produciendo un afán de venganza contra todo el orden social, cuya satisfacción puede ser motor más poderoso que el freno de la representación del castigo⁴⁹².

Según manifiesta MIR PUIG, no sólo es preciso que el autor pueda ser culpado sino que también la gravedad de la pena resulte proporcionada a la del hecho cometido, y si bien se trata de una exigencia que nace para las medidas de seguridad⁴⁹³, la idea de proporcionalidad es necesaria para limitar las medidas y para graduar las penas, «por lo que ha de erigirse en principio general de todo el Derecho penal»⁴⁹⁴.

Como expone STRATENWERTH, el principio de proporcionalidad conforma un parámetro crítico que, integrando el Derecho constitucional, constituye, como ponderación entre utilidades y desventajas de una disposición penal, una de las exigencias fundamentales de una legislación racional. Además, considerado que se carece de conocimientos empíricos confiables, en gran parte sólo es posible hacer suposiciones acerca de las

⁴⁹² ANTÓN ONECA, José. *Obras*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, t. II, 2002, p. 60.

En buenas cuentas, para PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Las consecuencias jurídicas del delito (Análisis de la doctrina Tribunal Constitucional)*. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 30-33 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 16), la proporcionalidad es el elemento de unión entre el delito y la consecuencia, y es esencialmente valorativo y sólo tiene cabida en el mundo del deber ser o ámbito de las normas. Ningún hecho por sí puede afirmarse como proporcional si es que no tiene algo con que ser comparado, por lo mismo, tratándose de la justicia material, este algo que sirve de comparación es la propia consecuencia jurídica, es decir, se compara el hecho que encuadra en una figura delictiva con la pena (o con la medida de seguridad, en su caso), y se dice si ésta es proporcional. La justicia formal requiere la presencia de normas legales, calculándose en ella la proporcionalidad con las variables de la norma y la consecuencia jurídica, y si realizamos el cálculo sin la presencia del hecho, la proporcionalidad es *abstracta*, mientras que es *concreta* si la comparación se hace tomando en cuenta el acontecimiento contemplado por el Ordenamiento como delito. El principio de proporcionalidad puede entenderse de modo restringido, esto es, que al autor culpable la gravedad de su pena es proporcionada al hecho cometido, pero también puede ser entendida más ampliamente, esto es, junto con las consideraciones anteriores, que dan forma a la proporcionalidad en sentido estricto, es posible atribuirle las características de *idoneidad*, consistente en que el Derecho penal es apto para la tutela del bien jurídico y la pena o medida de seguridad debe ser adecuada para el fin que se persigue, y de *necesidad*, consistente en que tal Derecho está destinado exclusivamente a la protección de bienes jurídicos y su intervención debe ser mínima.

⁴⁹³ Así está previsto en la legislación penal alemana, cuyo § 62 StGB prescribe: «**Principio de la proporcionalidad**. No se ordenará una medida de corrección y seguridad cuando ella se halle fuera de relación con el significado de los hechos cometidos y esperables del autor; así como del grado del peligro emanado de él».

⁴⁹⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 136.

formas y la medida de la amenaza seria de un bien digno de protección y sobre los posibles efectos de una ley penal y, por lo mismo, se puede dudar seriamente que tenga sentido conminar con pena, por ejemplo y en Alemania, la falsa declaración imprudente (§ 163 StGB⁴⁹⁵) o la mera posesión de pornografía infantil de hechos reales (§ 184, V, 2 StGB^{496,497}).

A su vez, la Carta española, en su artículo 25.2, explícitamente determina un fin de la pena, específicamente, la *prevención especial positiva* y en cuanto se trate de sanción que prive de libertad (o de medida de seguridad) y de su ejecución⁴⁹⁸, prescribiendo exactamente la norma que las penas privativas de

⁴⁹⁵ «**Juramento falso culposo; atestiguamiento falso bajo juramento culposo**

(1) Cuando una de las acciones descritas en los §§ 154 a 156 hayan sido cometidas por culpa entonces el castigo será pena privativa de la libertad hasta un año o multa.

(2) Se presenta falta de castigo cuando el autor haya corregido oportunamente la falsa declaración. Las disposiciones del § 158 inciso 2 y 3 rigen en lo pertinente».

⁴⁹⁶ «**Divulgación de publicaciones pornográficas**

[...]

(5) Quien procure conseguir para si o para un tercero la posesión de publicaciones pornográficas (§ 11 inciso 3), que tengan por objeto el abuso sexual de niños, será castigado con pena privativa de la libertad hasta un año o con multa, cuando las publicaciones reproduzcan un suceso real o cercano a la realidad.

De igual manera será castigado quien posea las publicaciones señaladas en la frase 1.

[...]».

⁴⁹⁷ Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I...*, op. cit., p. 72.

⁴⁹⁸ Así, p. ej., GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, op. cit., pp. 67-68, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, op. cit.: «el art. 25.2 de la Constitución [...] únicamente impone que *el aspecto resocializador de la prevención especial sea uno de los fines de la pena [...] el aspecto resocializador de la pena a que hace referencia la Constitución debe entenderse [...] sólo en el sentido de que ese es el fin a que debe atender la ejecución de la misma*»; MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op. cit., pp. 133-134: «el art. 25, 2 está dirigido principalmente al ámbito penitenciario [...] Del propio contexto [...] se deduce su exclusiva orientación hacia el ámbito penitenciario. La prohibición de los trabajos forzados, la referencia a los condenados que estuvieren cumpliendo la pena o el reconocimiento de un derecho al trabajo remunerado y a la Seguridad Social, son cuestiones que no pueden referirse más que a la ejecución de la pena de prisión».

Asimismo, otras normas fundamentales, como la italiana, la mexicana y la portorriqueña, refieren fines de la pena. La CIIt., en su art. 27 párr. 3 establece que «Las penas no podrán consistir en tratos contrarios al sentido de humanidad y deberán encaminarse a la reeducación del condenado», y el art. 18 párr. 2 de la CM que «El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley [...]», además, en tal sentido, el párr. 8 de esta disposición prescribe que, siempre que no se trate de caso de delincuencia organizada o de interno que requiere medidas especiales de seguridad, «Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social». La segunda parte de la “Sección 19. Recursos naturales; lugares históricos o artísticos; instituciones penales; delincuentes”, del “Artículo VI Disposiciones Generales” de la CPR estatuye que «Será política pública del Estado Asociado [...] reglamentar las instituciones penales para que sirvan a sus propósitos en forma efectiva y propender, dentro de los recursos disponibles, al tratamiento adecuado de los delincuentes para

libertad, incluyendo las medidas de seguridad, «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales [...], a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad».

Conforme el precepto constitucional, las penas privativas de libertad, lo mismo las medidas de igual efecto, están sometidas al cumplimiento de un cometido de resocialización de alcance dual, esto es, una exigencia de diseño de las instituciones penitenciarias, con la finalidad de reeducar y de reinserter, una exigencia de compromiso de la Administración para favorecer la reinserción pacífica y libre del penado en la sociedad y, en su defecto, buscar los medios que neutralicen los efectos negativos de la pena⁴⁹⁹.

hacer posible su rehabilitación moral y social». Este ideario de la CPR se recoge en la Ley 3.007, de 16 de septiembre de 2004, “Ley del Mandato Constitucional de Rehabilitación” (art. 1), estableciéndose al efecto que «[...] Es la política pública del Estado [...] la rehabilitación del delincuente. Se dispone que lo consignado como aspiración, a tales efectos, en la Sección 19 del Artículo VI de la Constitución [...], se convierte y constituye un mandato del Pueblo, a partir de la vigencia de la presente Ley. Se declara que el Estado dispone de los recursos para hacer posible la rehabilitación moral y social del delincuente y la Constitución será leída como tal» (art. 2), «Los componentes del sistema de justicia establecerán y mantendrán [...] programas dinámicos y participativos que logren facilitar y potenciar el desarrollo de las capacidades de los convictos y confinados para fomentar su reinserción en la comunidad como personas productivas y útiles y restaurar el daño ocasionado a la víctima y a la sociedad» (art. 3 párr. 2), y, «Para cumplir la obligación impuesta [...], el sistema de rehabilitación a los sentenciados, tanto adultos como menores transgresores, satisfará los siguientes requisitos y exigencias, e incluirá las siguientes características: (a) Clasificación adecuada de la población correccional y revisión continua de esta clasificación conforme a los ajustes y cambios de clientela [...] (b) Integración y participación activa de la población correccional, sus familiares, el personal correccional y las víctimas en el diseño, implantación y evaluación periódica de los sistemas de clasificación y de los programas de rehabilitación [...]» (art. 3 párr. 4). (CIt. en: http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/constitucion_italiana_1947.htm. [visitado el 20/06/2008]; CM en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf> [visitado el 20/06/2008]; CPR en: <http://www2.pr.gov/SobrePuertoRico/Documents/elaConstitucion.pdf> [visitado el 14/02/2011])

⁴⁹⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 40.

En opinión de CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op. cit., p. 68, en la fase de ejecución, la pena ha de tender a la reinserción social del individuo, como lo proclama el art. 25.2 de la Constitución española de 1978, lo que no importa un fin de la pena, sobre todo si le concibe como exclusivo, sino una tendencia que afecta la ejecución de la pena privativa de libertad y a la medida de seguridad, pudiendo decirse que, a diferencia de la retribución -fundamento- y la prevención general -finalidad de tutela-, la readaptación social no es un fin esencial, en el sentido de conceptualmente necesario, de la pena.

En una primera interpretación, para el TC, la CE en su artículo 25.2 consagra una disposición que no hace de la prevención especial la única finalidad de la pena ni se opone a que otros objetivos, entre ellos la prevención general, constituyen una finalidad legítima de la pena, aparte que no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Carta ni tampoco, de entre los posibles (v. gr., prevención general, prevención especial, retribución, reinserción), prefiere por una concreta función de la pena en el Derecho penal, o sea, se trata de una norma que sólo contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad y no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de este tipo de pena⁵⁰⁰.

Más tarde, según entiende el TC, el art. 25.2 de la Constitución «[...] no configura derechos subjetivos protegibles a través del recurso de amparo, sino mandatos de orientación dirigidos a los poderes públicos que, en el caso de la Administración penitenciaria y los órganos judiciales, pueden condicionar la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria, pero que por sí mismos no pueden sustentar demandas de amparo constitucional [...]»⁵⁰¹.

Por su parte, el TS declara la prevención especial fin esencial de toda pena privativa de libertad, señalando, en concreto, que «La Constitución Española en su art. 25 establece el principio de que las penas privativas de libertad deben estar orientadas a la rehabilitación y a la reinserción social del que las sufre, y como la Constitución no distingue esta finalidad esencial debe procurarse no solo en el momento legislativo de fijar en la ley la pena

⁵⁰⁰ Cfr. STC 150/1991, de 4 de julio [F.j. 4.b)], Cuestiones de inconstitucionalidad, Número de registro: 1407/1989.

⁵⁰¹ STC 2/2006, de 16 de enero (F.j. 1), Recurso de amparo, Número de registro: 3274/2001 (en el mismo sentido, STC 55/1996, de 28 de marzo [F.j. 4]; 234/1997, de 18 de diciembre [F.j. 7]; 88/1998, de 21 de abril [F.j. 3]).

correspondiente a cada delito, o en el ejecutivo en el cumplimiento de las penas dentro del sistema penitenciario, sino también en el judicial, a la hora de señalar en la sentencia la pena correspondiente, o en determinar -en pleno uso de la jurisdicción- el límite punitivo que por aplicación de las normas legales, impida una exacerbación deshumanizada cuando en un mismo sujeto se acumulan las consecuencias punitivas de más de una sentencia»⁵⁰². Por tanto, en este contexto, la mención de la Constitución solamente a penas privativas de libertad como orientadas a la reeducación y resocialización no excluye la prevención especial como fin de las penas -ya incluso por estatuir distintas de aquéllas pues la omisión se puede explicar en el hecho que el principal cometido de la Carta es ocuparse de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que hace que se limite primordialmente a las reacciones penales que suponen la mayor lesión para tales derechos, como lo es, precisamente, la pérdida de libertad⁵⁰³.

Posteriormente, reconocido que los máximos de privación de libertad previstos por el CpE (art. 76) procuran evitar que una prolongación excesiva de la privación de la libertad produzca el efecto de desocializar al penado y profundice más aún su marginación, éste un efecto contrario a los que señala el artículo 25.2 de la Constitución como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad⁵⁰⁴, el máximo Tribunal señala que la resocialización del delincuente no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros reconocidos fines de la pena, como la retribución o especialmente los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general⁵⁰⁵ y especial⁵⁰⁶.

⁵⁰² Así STS 1209/1995, de 6 de abril (F.j. 4), N° Roj: 7162/1995.

⁵⁰³ Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, p. 186.

⁵⁰⁴ Cfr. STS 1996/2002, de 25 de noviembre (F.j. 2), N° Roj: 7864/2002.

⁵⁰⁵ En este mismo sentido, p. ej., CHOCLÁN MONTALVO, “Teoría de la Pena”, *op. cit.*, p. 451, en: CALDERÓN CEREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, para quien el artículo 25.2 de la Constitución española se refiere a la prevención especial, sólo a ella, pero no excluye como fin de la pena la prevención general, siempre limitada por la medida de la culpabilidad que se impone por la concepción de un Estado democrático de Derecho que tiene por centro la

Según refiere ÁLVAREZ GARCÍA, cuando el TS afirma que la norma constitucional no importa un mandato en sentido estricto sino que insta un principio, no debe entenderse que la jurisdicción patrocina que se está frente a una mera norma programática sino, opuestamente, ante una norma que es vinculante para todos los poderes públicos, de lo que se sigue que son impugnables toda pena privativa de libertad que contraste con las aludidas finalidades, toda sentencia cuya parte dispositiva desoiga -por ejemplo en la medición de la pena- la orientación que da la Carta y cualquier medida disciplinaria penitenciaria que obstaculice dichas finalidades, sin perjuicio que la impugnación validada por vía constitucional, más que formulada acorde al apartado 2 del artículo 25, debiera fundarse en el artículo 24.1 de la Constitución pues por éste se consagra la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho y a la vista de la orientación de que se trata⁵⁰⁷. Tampoco podría entenderse que el artículo 25.2 establece un derecho fundamental a la reeducación y a la reinserción social, porque, siendo realista, en el marco constitucional existente, con el actual modelo de Estado, en el que confluyen otros muchos y distintos principios (v. gr., libertad ideológica y dignidad), tomando en consideración el actual desarrollo histórico, tampoco resulta posible obtener en la mayor parte de casos esos fines de reeducación o reinserción social⁵⁰⁸.

dignidad de la persona, además que el valor justicia que establece la propia Carta en el artículo 1.1 importa que el límite máximo de la pena es la culpabilidad. De modo semejante, GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, *op. cit.*, pp. 67-68, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*, quien refiere que el artículo 25.2 de la Constitución no puede interpretarse como que la prevención especial tenga que ser el fundamento de la pena ni tampoco que tal prevención deba ser el único de sus fines sino únicamente en el sentido que por él se impone que *el aspecto resocializador* de la prevención especial sea *uno* de los fines de la pena, es decir, esta disposición constitucional proscribía únicamente una teoría absoluta de la pena en su sentido más estricto como también una relativa orientada exclusivamente a los fines de la prevención general.

⁵⁰⁶ STS 183/2007, de 9 de marzo (F.j. 2), N° Roj: 1461/2007.

⁵⁰⁷ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001, pp. 34-37.

⁵⁰⁸ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, *op. cit.*, p. 37.

Un aspecto a considerar es el que ciertamente el artículo 25.2 CE presenta problemas en su ámbito de aplicación, y tanto así que se le ha tachado como una disposición confusa en su redacción, lo que estaría avalado, en cierta medida, por el hecho que admite interpretaciones diversas, aparte que, en un mismo párrafo, incluye desordenadamente cuestiones trascendentales con otras que no lo son tanto pues se contienen en otros preceptos constitucionales. Efectivamente, este artículo de la Carta introduce un concepto impreciso, que es el de “resocialización”, y además menciona la prohibición de trabajo forzado a pesar de entenderse éste previamente prohibido por ella misma a través de su artículo 15, que justamente dispone que «Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]».

La norma fundamental, en definitiva, se hace cargo de un término por sí complicado, sobre todo que, como funciones, la *resocialización*, *reinserción social* y *mejora* en la ejecución de las penas privativas de libertad son muy anteriores al uso mismo de la expresión “resocialización” pues, de hecho, el correccionalismo alemán mencionaba antes a estos fines de la pena valiéndose de expresiones como reeducación, corrección y rehabilitación, pareciendo ser que la dicha locución asoma por primera vez en 1923, en Alemania⁵⁰⁹.

Surgida la idea de resocialización a consecuencia de no ser posible responder a las objeciones hechas a los fines de la pena desde el punto de vista de la política criminal, ésta entendida como «la política que permite, una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas

⁵⁰⁹ Así AYUSO VIVANCOS, *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*, op. cit., p. 13.

que la combatan»⁵¹⁰ o «conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal»⁵¹¹, la resocialización aparece como un concepto más amplio, abstracto, aséptico, pero, sobre todo, como un concepto que exprese una orientación neutral y objetiva donde antes sólo existía una orientación normativa. El problema reside entonces en que esta orientación neutral siempre ha permitido diversas interpretaciones, desde las que instan por un campo ilimitado de posibilidades de manipulación de un sujeto a través de la pena hasta las que postulan una actividad estatal limitada a conseguir que el individuo no cometa delito otra vez. En realidad, la resocialización, cualquiera sea el contenido previsto para ella, no puede pasar a llevar la autonomía individual, el derecho de ser diferente, pues, de otra manera, se destruiría lo heterogéneo.

A pesar del cúmulo de experiencias fallidas que pueda haber, no debiera, sin más, desecharse la resocialización, pues, como dice HASSEMER, una sociedad orientada *output* a las consecuencias, o sea, con un modelo «de sustitución de la culpabilidad tradicional por un principio extraño a la misma, cuales son las finalidades preventivo generales y especiales de pena»⁵¹², lo más razonable que puede pretender alcanzar con un delincuente es ofrecerle ayuda para su (re)inserción en la comunidad y en las normas, lo cual es útil para todos, porque el éxito en la socialización es la mejor seguridad para la colectividad frente al infractor; a través del régimen penitenciario resocializador la sociedad salda en una parte la culpa que tiene por la deficiente socialización del transgresor⁵¹³. Como bien indicaba von LISZT, la observación nos enseña que cada ilícito particular resulta, de una parte, de la

⁵¹⁰ RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Elementos para una aproximación epistemológica”. En: VV.AA. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 15-44, p. 28.

⁵¹¹ BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 45.

⁵¹² Así el concepto PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, *op. cit.*, p. 98.

⁵¹³ Cfr. HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 353.

propia naturaleza individual del delincuente y, por otra, de las condiciones exteriores, físicas, y sociales, sobre todo económicas, que le rodean⁵¹⁴. Hay motivo para no renunciar a la resocialización, pues no falta el ejemplo de ella exitoso, tal como uno local de no muy antigua data, que, recogido en prensa escrita, indiscutiblemente confirma que se trata de un proceso viable: «La prisión que viene. Una cárcel de Asturias logra reinsertar al 95% de los internos [...] En la prisión Asturiana de Villabona [...] el protagonista, sin que importe el delito cometido, es el interno. No se trabaja sobre él, sino con él. El resultado: el 95% de los internos logra reinsertarse a la sociedad, sólo el 5% vuelve a delinquir. Nada que ver con lo que ocurre en el resto de las cárceles, donde casi el 40% de los reclusos vuelve a delinquir una vez que alcanza la libertad [...] La experiencia ya tiene imitadores y siete prisiones de España han empezado a ensayar este programa [...] Villena (Alicante), Teixeiro (A Coruña), Jaén, Albacete, Huelva, Aranjuez y Bonxe (Lugo)»⁵¹⁵.

Acucia, por tanto, revisar la privación de libertad como pena de aplicación preferente, pues ella, si bien nunca podría excluirse del catálogo de

⁵¹⁴ Von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, *op. cit.*, pp. 14-15.

Como bien explican SORIA VERDE, Miguel Ángel; GONZÁLEZ MONAR, Ana Belén. “La Psicología penitenciaria: evaluación de penados y tratamiento de delincuentes violentos”. En: SORIA VERDE, Miguel Ángel; SÁIZ ROCA, Dolores. *Psicología Criminal*. Madrid: Pearson Educación, 2005, pp. 221-244, pp. 222-223, para entender el fenómeno delictivo no faltan teorías, como las de carácter psicológico, tales como las teorías *psicobiológicas* (v. gr., teorías de la transmisión genética, bioquímicas/neurológicas, y constitucionalista), o *estrictamente psicológicas* (v. gr., deficiencia mental del delincuente, psicoanálisis y explicación del delito a causa de desarrollo psicosexual infantil traumático y superego deficitario), o *del control social* (v. gr., interaccionismo simbólico [la interpretación personal y del resto de los individuos, de acuerdo con una cultura establecida, es la que regula el comportamiento criminal]), llegando, por último, a la *motivacional*, que desarrollan los psicólogos del FBI, quienes exponen que el delito está determinado por una interacción entre ambiente, persona y contexto.

Por su parte, hace presente SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. *Para acabar con la prisión: La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*. 1ª ed. Barcelona: Icaria, 2006, p. 144, el fracaso de los programas de prevención, que pueden y deben ser múltiples, puede encontrar explicación en que ellos por lo general sólo están dirigidos a delincuentes potenciales, con los cuales muy poco se puede hacer si no se sienten integrados en el grupo dominante e internalizan sus normas, lo que depende no tan sólo de la intervención de profesionales (v. gr., psicólogos, asistentes sociales) y la utilización de los clásicos recursos sociales sino que también de otras cuestiones en las que tiene prioridad la escuela como institución dinamizadora de la imaginación y la curiosidad por adquirir auténtico conocimiento basado en ideas, esto es, madurez, sensibilidad, criterio, sentido crítico, noción de algunas cosas, etc.

⁵¹⁵ Diario La Vanguardia (www.lavanguardia.es), 6 de febrero de 2008, pp. 26-27.

sanciones⁵¹⁶, es un obstáculo monumental a los cometidos de resocialización, más todavía que uno de los primeros efectos de la cárcel es una subcultura específica, el denominado código del recluso, consistente en una serie de nuevas conductas que si no se siguen provocan que el preso sea “castigado” por sus propios compañeros de encierro, “nuevas conductas” que crean una verdadera *desculturización*⁵¹⁷ o pérdida de las capacidades vitales y sociales mínimas para desarrollarse en la sociedad, consecuencia de la misma pérdida situacional de la propia iniciativa y de la autorresponsabilidad. Para colmo, a lo anterior se agrega la llamada *enculturización (prisionización)*, por la que el condenado adopta, en mayor o menor grado, los usos, costumbres, tradición y cultura del recinto penitenciario, asimilación que puede perdurar bastante según sea la duración de la condena, la personalidad del preso, su educación y grado de cultura, su situación familiar y de amistades, como su relación en general con el mundo exterior. Como evidencia NEUMAN, el detenido debe aprender y aplicar velozmente las pautas no escritas e inalterables del código de la prisión, que constituyen *ius receptum* y deben aceptarse sin discutir: lealtad, no ser confidente de la autoridad en grado alguno, no “verduguear” o perjudicar a otros reclusos, son los apotegmas de iniciación⁵¹⁸. Puntualmente,

⁵¹⁶ No opina así MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 139, para quien cabe que la pena de prisión pueda ser historia en el Código penal, como ha pasado con la tortura, o con la pena de muerte -en muchos Códigos-, y siempre que antes la doctrina cree sustitutivos penales que no pierdan la fuerza intimidativa que tiene la prisión.

⁵¹⁷ Este fenómeno, definido por BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Título original: *Criminologia critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociologia giuridico-penale* (1ª ed., 1982. Società editrice il mulino, Bologna). Traducción de BÚNSTER, Álvaro. 4ª ed. en español. México D. F.: Siglo Veintiuno Editores, 1993, pp. 194-195, es la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad (disminución de la fuerza volitiva, pérdida del sentido de autorresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo y la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamientos propios de la sociedad exterior.

⁵¹⁸ NEUMAN, Elías. “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”. En: VV.AA. MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores). *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 187-211, p. 189.

Como expone BARATTA, *Criminología crítica...*, op. cit., p. 195, la *prisionalización* frente a cada tipo de reinserción del condenado se ha reconducido hacia dos procesos característicos, uno de ellos la *educación para ser criminal*, el otro es la *educación para ser un buen detenido*, influyendo sobre el proceso aquél particularmente el hecho de que la jerarquía y la organización informal de la comunidad está dominada por una minoría restringida de criminales con fuerte orientación asocial, que, por el poder y, por ende, por el prestigio de que gozan, asumen la función de modelos para los otros y al mismo tiempo pasan a ser una autoridad con la cual el personal carcelario se ve constreñido a compartir el propio poder normativo de hecho. La manera como en la comunidad de la cárcel se regulan las relaciones de poder y se distribuyen los

«El estigma de quien ha sufrido una prisión es de tal gravedad que repercute negativamente en casi todos los aspectos de la vida cotidiana»⁵¹⁹, y «Criminólogos y penitenciarios están de acuerdo en que el ex-recluso es un ciudadano de segunda clase y que muchas de las discriminaciones que sufre provienen del propio ordenamiento jurídico»⁵²⁰.

No queda espacio para la duda pues, como hace presente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, no se puede olvidar que la eficacia de la pena ha de medirse no por sus patentes fracasos sino que por sus éxitos, menos ostensibles y que se constatan por la experiencia cotidiana⁵²¹, y por esto, como consigna PRAT WESTERLINDH, la reinserción social debe entenderse similar a la reeducación, como una exposición de los principios y normas de convivencia que generalmente son admitidas por la mayoría de quienes componen una sociedad concreta, motivo por el que la consecuencia del delito debe integrar en su contenido esta exposición, debiendo el legislador poner los medios necesarios para que estos principios tengan lugar, sobre todo al ejecutarse la pena, siendo de otro manera inconstitucional la norma que regula tal ejecución⁵²².

Por ende, tampoco sería admisible, y para fines de prevención especial negativa, una pena indeterminada⁵²³, la que se funda básicamente en la

recursos (aún los relativos a las necesidades sexuales) favorece la formación de hábitos mentales inspirados en el cinismo y en el culto y respeto a la violencia ilegal, transmitiéndose de esta última al preso un modelo, con el cual éste se compromete, antagónico del poder legal.

⁵¹⁹ MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 137.

⁵²⁰ MAPELLI CAFFARENA, *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*, op. cit., p. 138.

⁵²¹ Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 230.

⁵²² Cfr. PRAT WESTERLINDH, *Las consecuencias jurídicas del delito...*, op. cit., p. 73.

⁵²³ La pena indeterminada, de la que señala CUELLO CALÓN, *Derecho Penal (Parte General)*, t. I, vol. 2º, op. cit., p. 742, podría encontrarse su origen en algunos precedentes canónicos, tiene como partidario a RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena...*, op. cit., pp. 247-248 y 326, pues afirma, respecto al delincuente, que «el carácter todo de la pena, y por tanto su duración tampoco, jamás puede fijarse con rígida invariabilidad, sino de modo que pueda modificarse ulteriormente, aumentándose ó abreviándose, considerando con la mayor atención si el fin se ha logrado antes, ó si no puede alcanzarse hasta el momento en que se esperaba al tiempo de pronunciar el juicio», y, «que no se retribuya [...] por más tiempo, so pretexto y bajo el nombre de pena, el delito cometido [...] con otro delito que aspira á atormentarlo poco o mucho por medio de la imposición de padecimientos más ó menos diversos en cualidad y grado, ya para vengarse de su acción, ya para asegurarse contra él en adelante y á cualquier

peligrosidad del individuo y no sólo objetivamente en el hecho realizado, siendo motivo para el repudio el que la incertidumbre del tiempo de ejecución de la sanción da para abusos y no se ajusta al principio de legalidad, en su aspecto de garantía penal, ésta precisamente una negación de la posibilidad de una pena arbitraria e indeterminada como también que el juez modifique el marco penal dispuesto por la ley, consiguientemente, una exigencia de legalmente determinar las penas mediante límites mínimos y máximos así como judicialmente concretarlas en función del hecho cometido⁵²⁴.

precio. [...] se reconoce lo torcido y antijurídico de esta conducta y se siente la necesidad de sustituirla con otra verdaderamente justa, [...] aparece lógica y absolutamente indispensable [...] Según esto, tienen que desaparecer del catálogo [...] la pena de muerte [...] Esta sustitución debe sólo buscarse en una pena de libertad racionalmente determinada y aplicada por tiempo indefinido, no perpétua».

En la estimación de RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho* (Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho). Traducción de DEL CAMPO, Aníbal. Buenos Aires: Depalma, 1980, pp. 61-62, RÖDER «pensó sistemáticamente hasta sus extremos una teoría penal, de sorprendente osadía para su tiempo hasta incluso llegar a la idea de la pena indeterminada. Se pronunció contra la concepción liberal en sentido estrecho, como si la pena aspirara solamente al mejoramiento civil de la conducta, no hacia la mejora de su carácter», y según manifiesta CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español...*, t. I, *op. cit.*, p. 105, para RÖDER, «El delincuente [...] es un ser necesitado de ayuda, de tutela, incapaz de hacer uso de su libertad de acuerdo con las exigencias del Derecho [...] La pena [...] es un bien para el delincuente y, por tanto, para la sociedad. Su único fin ha de ser la corrección o enmienda del delincuente [...] la pena más idónea es la privativa de libertad en régimen de aislamiento celular para evitar todo contagio en la prisión y propone un tratamiento individualizado del delincuente, que culmina con la libertad condicional, un amplio arbitrio judicial y a la sentencia indeterminada (pues no se puede fijar de antemano la clase y duración de la pena necesaria para conseguir el fin correccional)».

En todo caso, expone CUELLO CALÓN, *Derecho Penal (Parte General)*, t. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 743-744, la pena incierta sólo ha tenido aplicación concebida como una *indeterminación relativa* mas no como una *indeterminación absoluta*, siendo aquella en la que el juez puede fijar su duración dentro de un *máximum* prefijado, o de un *máximum* y un *mínimum* insalvables, no pudiéndose al condenado concederle la libertad antes de ese mínimo como tampoco seguir manteniéndolo privado de libertad cuando con ello se sobrepasa el máximo de que se trata, aspectos que para el sentenciado podrían estimarse como una cierta garantía en cuanto la facultad de aumentar o disminuir la pena impuesta sólo se puede hacer efectivo dentro de los límites señalados, aunque la ejecución misma de la sanción punitiva queda muy sujeta al acaso, pues, en determinadas épocas, fijadas por la ley, comisiones de juristas y funcionarios penitenciarios examinan la situación del penado y dictaminan acerca de la conveniencia o no de su liberación. Además, como hace ver CUELLO CALÓN, *Derecho Penal (Parte General)*, t. I, vol. 2º, *op. cit.*, pp. 746 y 745, la sentencia *absolutamente indeterminada*, tratándose de penas, no ha sido acogida por legislación alguna, y la *pena absolutamente indeterminada* tiene escasos defensores, porque la determinación de la pena y su duración, en este sistema, escapa de la justicia penal y se convierte en facultad exclusiva de la administración penitenciaria, con posible peligro para los derechos de los reos, pues el juez no está sujeto a mínimos y máximos legales, lo que implica que la pena duraría lo que él determine, y en particular lo que determinen los funcionarios de comprobación de la reforma del condenado.

⁵²⁴ Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 33.

Decidido partidario de la individualización judicial de la pena con criterios preventivo-especiales positivos⁵²⁵, DEMETRIO CRESPO estima que ha reaparecido en el estado actual de la discusión científica la prevención general como el fin primordial de la pena, habiendo sido el ideal resocializador definitivamente desechado, lo que no importa renunciar al fin reeducador de las penas sino que darle una lectura negativa, o sea, hay que entender que no es posible, según la Constitución y los presupuestos de un Estado social y democrático de Derecho, un sistema de penas que imposibilite por sí el libre desarrollo de la personalidad del preso, siendo la pena que así lo haga inconstitucional. Hay que abandonar la idea que el afán resocializador sólo se da en fase ejecutiva penal⁵²⁶ y no en la legislativa, debiendo quien hace las leyes ocuparse de no dar lugar a penas que afectan la resocialización, como el presidio perpetuo y la pena de muerte⁵²⁷. En este punto, como lo destaca von HIRSCH en relación a la naturaleza del infractor penal, es muy importante no caer en el error de los penalistas que tienden a ver con excesiva facilidad a los delincuentes y potenciales delincuentes como especies aparte del ciudadano obediente, como sujetos bastantes impermeables a los mandatos morales y que necesitan ser intimidados o refrenados para respetar la ley, en circunstancias que debe admitirse que son personas que, igual que cualquiera de nosotros, por lo menos bajo ciertas situaciones, pueden ofender a otras y son capaces de entender los juicios morales que el castigo penal expresa⁵²⁸.

Como resaltan BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, el tenor literal del artículo 25.2 de la Carta expresaría normativamente un modelo preventivo especial, pero una interpretación literal de esta naturaleza sería incompatible con la dignidad de la persona y el reconocimiento de su

⁵²⁵ Vid. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, op. cit., p. 329.

⁵²⁶ Vid. *supra* n. 498 párr. primero.

⁵²⁷ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, op. cit., p. 30.

⁵²⁸ Cfr. von HIRSCH, *Censurar y Castigar*, op. cit., pp. 28-29.

autonomía ética como fundamentos del orden político y la paz social, contenidos en el artículo 10 de la Constitución, y, en consecuencia, la norma del artículo 25.2 hay que entenderla como un límite negativo para el Estado, en el sentido que éste no puede imponer penas privativas de libertad que supongan obstaculizar la integración y participación en los procesos sociales, por lo cual no tienen cabida, por ejemplo, penas privativas de libertad perpetuas como tampoco aquellas que aún sin alcanzar tal dimensión importan una duración que por sí connota un incuestionable efecto despersonalizador⁵²⁹. «Una interpretación literal pone, por lo demás, de manifiesto una contradicción. No puede pretenderse que desde dentro de la prisión se pueda llevar a cabo un tratamiento resocializador [...], la privación de libertad al segregar al individuo de lo social evidentemente no puede pretender resocializar o bien educar para la libertad»⁵³⁰.

Por último, una arista a considerar es que al concedérsele al Rey ejercer el *derecho de gracia* en forma de *indulto particular*⁵³¹ (art. 62 i) CE) -concesión nominal porque éste se otorga a propuesta del Ministro de Justicia previa deliberación del Consejo de Ministros-, aún reconociendo que con el indulto se trata de resolver cuestiones de justicia o equidad, ya que la pena no aparece necesaria⁵³², la Carta recoge la prevención especial positiva⁵³³, pues

⁵²⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, p. 52.

⁵³⁰ BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 52-53.

⁵³¹ Como señala REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”. *Historia Constitucional*. N° 2 (2001), pp. 81-106, p. 81, «El artículo 61 i) de la Constitución utiliza el término *gracia* como expresión de un género en el que se incluyen varias especies. Una de ellas es el denominado *indulto general*, expresamente prohibido; [...] no es difícil concluir [...] que la prohibición [...] supone [...] la posibilidad del *indulto particular* o *singular*». (A. disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/121/105> [visitado el 10/01/2011])

⁵³² BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, p. 228. En la misma línea, dicen QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*. 1ª ed. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, pp. 582-583, «el derecho de gracia aparece como un instrumento que debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia material en aquellos casos en que la estricta e inevitable aplicación del derecho dé lugar a resoluciones materialmente injustas o político-criminal inadecuadas, pues el Derecho positivo (formal) ha de subordinarse a las exigencias de justicia y puede ceder ante postulados político-criminales que resulten incompatibles con su dureza».

el referido ejercicio, con arreglo a la ley⁵³⁴, permite extinguir total o parcialmente la pena impuesta⁵³⁵, o bien, lo que supone un indulto parcial con arreglo a la ley (art. 4 párr. 3 Ley 1870), conmutarla en otra menor. Precisamente, el TC declara que el indulto se puede situar en el marco de «[...] una efectiva reinserción en la sociedad y una adecuada rehabilitación»⁵³⁶.

⁵³³ No opinan así JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 995, pues, «Por el contrario, el indulto reúne pocas cualidades como medio para la mejora de las oportunidades de resocialización del delincuente en particular, pues en la dirección de este fin se plantea incuestionablemente el problema del tratamiento igualitario».

⁵³⁴ La normativa aplicable al indulto es la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1998, de 14 de enero, la Orden de 10 de septiembre de 1993 del Ministerio de Justicia, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indulto, la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas de procedimiento en materia de Justicia e Interior (art. 6.1), y la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (Disposición adicional vigésima novena. Régimen jurídico aplicable a la resolución administrativa en determinadas materias [Anexo 2]). En lo fundamental, establece la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por la Ley 1/1998, de 14 de enero, que autoriza sólo el indulto particular, «Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados [...] de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido» (art.1), salvo los procesados criminalmente que no han sido aún condenados por sentencia firme, o que no están a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena o son reincidentes en el mismo o en otro cualquier delito por el cual han sido condenados por sentencia firme (art. 2 números 1, 2 y 3), exceptuado, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hay razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia (art. 2 párr. final), y sin perjuicio que el indulto nunca puede alcanzar a «[...] los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal» (art. 3). A su vez, conforme prescribe el art. 102.3 CE, no procede el indulto respecto de los miembros del Gobierno que hayan sido condenados por delito de traición o contra la seguridad del Estado.

⁵³⁵ Así, p. ej., GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Extinción de la responsabilidad penal”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 385-426, p. 396, para quienes «El indulto [...] presupone siempre necesariamente que una sentencia firme haya dado lugar al nacimiento del derecho subjetivo del Estado de imponer y ejecutar una pena y que la facultad de ejercicio de este derecho subsista en el momento de la decisión favorable al ejercicio de la gracia porque no haya decaído por otros motivos [...]»; PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Nauta, t. II, vol. II, 1959, p. 460; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general, op. cit.*, p. 673; BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, p. 228.

En cambio, para SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “Una lectura crítica de la Ley de indulto”. *Indret*. 2 (2008), pp. 1-32, p. 14, aunque los Tribunales deben dictar sentencia sin que puedan negarse a juzgar (art. 448 Cp), conforme a la actual regulación, nada impide incluir en un decreto de indulto un hecho antes de pronunciarse la sentencia, es decir, para el hipotético caso de que ella fuese condenatoria, como se hacía habitualmente con los indultos generales. La regulación del art. 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé como uno de los artículos de previo pronunciamiento “la amnistía o indulto”, lo que parece dar a entender que se puede haber concedido la medida de gracia precisamente antes del juicio oral, con la consecuencia de que se declare haber lugar a la excepción y se sobresea libremente antes del plenario (art. 675 LECr.). (A. disponible en: http://www.indret.com/pdf/527_es.pdf [visitado el 10/01/2011])

⁵³⁶ STC 35/1994, de 31 de enero (F.j. 2 [párr. 5, parte final]), Recurso de amparo, Número de registro: 759/1992.

Fuera de la normativa capital, en el CpE están previstas las doctrinas de la pena, sólo que en él no hay una referencia expresa como en la Constitución, que notoriamente recepciona la prevención especial positiva al decretar (art. 25.2) que las penas privativas de libertad -y medidas de seguridad- estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, falta de expresión del texto punitivo, teniendo en vista la norma fundamental, que pudiera ser entendida como que, en el Estado social y democrático de Derecho español, un fin intrínseco e inherente de toda pena, privativa de libertad, es la prevención especial, al menos en fase de ejecución de la sanción⁵³⁷.

⁵³⁷ La prevención especial, principalmente en etapa de ejecución de la pena, surge también con fuerza en otras legislaciones, si bien en disposiciones no constitucionales, como acontece, por nombrar, en Colombia y Portugal, mereciendo mención aparte Puerto Rico pues se vale tanto de su Carta [*vid. supra* n. 498 párr. segundo] como de la legislación menor:

Art. 4 CpC: «La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión».

Art. 43 CpP: «**Execução da pena de prisão**

1 - A execução da pena de prisão, servindo a defesa da sociedade e prevenindo a prática de crimes, deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes.

2 - A execução da pena de prisão é regulada em legislação própria, na qual são fixados os deveres e os direitos dos reclusos».

Art. 47 CpPR: «**Propósitos de la imposición de la pena.** Los propósitos generales que determinan la imposición de la pena son los siguientes:

- (a) La prevención de delitos y la protección de la sociedad.
- (b) El castigo justo al autor en proporción a la gravedad del delito y a su responsabilidad.
- (c) La rehabilitación moral y social del convicto.
- (d) La justicia a las víctimas de delito»

Art. 74 CpPR: «**Fijación de la Pena.** En la fijación de la pena se observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

(a) Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras, se seleccionará la pena mediana del intervalo de pena señalado en este Código para el delito, tomando en consideración las circunstancias personales del convicto, las necesidades de prevención y la mayor o menor gravedad del hecho.

[...]».

La normativa portorriqueña tiende, en definitiva, a la prevención especial positiva pues la especial negativa, expresada cabalmente en el Cp en los llamados delitos graves de primer grado, entre ellos el asesinato en primer grado (art. 107 párr. 1), infracciones todas éstas punidas con reclusión por 99 años [art. 16 (a)] e imprescriptibles (art. 100), no impide que el condenado opte a la libertad bajo palabra, cumplidos 25 años naturales, o 10 años naturales si se trata de un menor procesado y condenado como adulto [art. 66 (a)], además que (con lo que se pueden obviar estos 25 años) es posible la extinción de la pena mediante la rehabilitación del sentenciado [art. 103 (d)], exigiéndose a éste para ser elegible para este procedimiento que haya cumplido por lo menos 12 años de reclusión, u ocho tratándose de menor juzgado como adulto (art. 104).

El primer Código penal de España, de 1822, regula prolijamente la ejecución pública de las penas, en particular la de muerte⁵³⁸, lo que importaría ya recoger la prevención especial negativa, la que además se revela no sólo en preverse como agravante -entre otras y aparte de la que exprese la ley en el caso respectivo- «la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos»⁵³⁹ sino que también mediante (Capítulo V del Título Preliminar, relativo a la reincidencia) disponerse fuertes aumentos de pena, al punto incluso de transformarse la de trabajos perpetuos en pena de muerte para la primera reincidencia⁵⁴⁰.

Partiendo por el Código de 1848 hasta llegar al actual de 1995, en opinión de GRACIA MARTÍN, viendo la evolución de la legislación, se puede concluir que en el Código penal español se ha ido consolidando una concepción de la pena que se corresponde, con distintas variantes, con las teorías unitarias. El Código de 1848 aunaba las ideas de retribución y de la prevención general y con reformas posteriores, particularmente la de 1932, se ha ido introduciendo paulatinamente la idea de la prevención especial. Los cambios que en el Código penal ha experimentado la teoría de la pena no suponen una mutación radical pues, manteniendo la concepción unitaria, sólo se han limitado a dar

⁵³⁸ Según los arts. 37, 38, 39 y 40 del Cp de 1822, respectivamente, «Desde la notificación de la sentencia se anunciará al público por carteles el día, hora y sitio de la ejecución, con el nombre, domicilio y delito del reo», «El reo condenado a muerte sufrirá en todos los casos la de garrote, [...]», « La ejecución será siempre pública, entre once y doce de la mañana; y no podrá verificarse nunca en domingo ni día feriado, ni en fiesta nacional, ni en día de regocijo de todo el pueblo. La pena se ejecutará sobre un cadalso de madera ó de mampostería [...], y colocado fuera de la población; pero en sitio inmediato á ella, y proporcionado para muchos espectadores», y «El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica y gorro negros, atadas las manos, y en una mula, llevada del diestro por el ejecutor de la justicia, siempre que no haya incurrido en pena de infamia. Si se le hubiere impuesto esta pena con la de muerte, llevará descubierta la cabeza, y será conducido en un jumento en los términos expresados. [...] el condenado á muerte por traidor llevará atadas las manos a la espalda, descubierta y sin cabello la cabeza. El asesino llevará la túnica blanca con soga de esparto al cuello. El parricida llevará igual túnica que el asesino, descubierta y sin cabello la cabeza, atadas las manos á la espalda, y con una cadena de hierro al cuello, llevando un extremo de esta el ejecutor de la justicia, que deberá preceder cabalgado en una mula. Los reos sacerdotes que no hubieren sido previamente degradados llevarán siempre cubierta la corona con un gorro negro».

⁵³⁹ Art. 106. Segunda CpE 1822.

⁵⁴⁰ Así el art. 119 del CpE 1822. Y salvo que el delito tenga pena diferente o más grave que las que se señalan a continuación, conforme prescribe este art. 119, la regla general es que «La reincidencia por primera será castigada con doble pena de la que esté señalada por la ley al delito, siempre que sea pecuniaria, ó de reclusión, presidio, prisión, arresto, destierro temporal ú obras públicas que no pasen de doce años. La reincidencia por segunda vez será castigada con pena cuádrupla en iguales».

primacía a la prevención general sobre la especial o viceversa, o han intentado armonizar ambas, pese a que en ocasiones se han producido notables contradicciones. No hay alteración en el período de reforma del Código penal, iniciado en 1980 y que culmina en 1995, si bien se observa en la teoría de la pena una pugna de las concepciones preventivas de la pena por desplazar a la idea de la retribución⁵⁴¹.

De modo similar, CEREZO MIR expone que el Código vigente se inspira en una teoría unitaria de la pena que aúna los fines de reafirmación del Ordenamiento jurídico (retribución), de la prevención general y de la prevención especial. En cuanto a la teoría de la pena, la orientación básica del nuevo Código parece correcta aunque es de lamentar que no se ha logrado una mayor armonía entre los diversos fines de la pena pues a veces se enfatiza excesivamente la prevención general así como en otras se atiende en exceso a las exigencias de la prevención especial, con grave quebranto de la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general y de la reafirmación del Ordenamiento jurídico⁵⁴².

En cuanto a las doctrinas mixtas, en concepto de ZUGALDÍA ESPINAR, las denominadas “teorías” de la unión no están recogidas expresamente en el Código penal español pues en parte alguna de éste expresamente se señala que no puede haber pena sin culpabilidad o ésta en el autor determine la medida máxima de la pena⁵⁴³, lo que no ha impedido que el TS haya aceptado básicamente las premisas de la “teoría dialéctica de la unión”, pues en la fase de individualización judicial, donde con más énfasis se dejan sentir las doctrinas de las penas, el máximo Tribunal constantemente hace mención a la

⁵⁴¹ GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, *op. cit.*, p. 67, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

⁵⁴² CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español...*, t. I, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁴³ ZUGALDÍA ESPINAR, “La legitimación del Derecho penal: las teorías de la pena”, *op. cit.*, p. 67, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*

prevención especial y el límite que significa la culpabilidad del hechor. Exactamente, indica el TS: «La ley impone que el Tribunal haga una ponderación de las circunstancias personales del autor y de los factores del hecho que sean relevantes para determinar su gravedad. De ellos el Tribunal de la instancia debe deducir la gravedad de la culpabilidad del autor y las eventuales necesidades de prevención, estableciendo una pena que no debe superar la gravedad de la culpabilidad dentro del grado que resulte»⁵⁴⁴; «en la determinación de la gravedad de la pena [...] no es necesaria en todos los casos una ponderación expresa de la personalidad del autor. Tal consideración sólo es imprescindible cuando el Tribunal encuentre que existen razones preventivo especiales que aconsejen no agotar una pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad»⁵⁴⁵.

Distanciado, sostiene PRAT WESTERLINDH que los objetivos de reeducación y reinserción social no son aplicables directamente a las consecuencias normativas del delito, salvo indirecta o secundariamente en la fase de ejecución de la pena y, por lo mismo, las sanciones del Código penal son retributivas⁵⁴⁶. «Decir que la pena de diez años de prisión es resocializadora es una falacia, pero en cambio, afirmar que durante esos diez años que el sujeto va a estar preso se van a ofrecer realizar actividades educativas o laborales, implica la legitimación y adecuación constitucional de la sanción impuesta»⁵⁴⁷.

Si de retribución se trata, en opinión de GARCÍA ARÁN, la pena en el Derecho español se corresponde con la entidad de la conducta cometida, tiene una esencia retributiva, cualidad que es predicable de todo Ordenamiento porque las penas incluyen un componente retributivo inseparable de su propia

⁵⁴⁴ STS 1362/2000, de 5 de septiembre (F.j. 2), N° Roj: 6373/2000.

⁵⁴⁵ STS 2848/1988, de 21 de noviembre (F.j. 1), N° Roj: 8142/1988.

⁵⁴⁶ Cfr. PRAT WESTERLINDH, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 73.

⁵⁴⁷ PRAT WESTERLINDH, *ibid.*

esencia, lo que en absoluto quiere decir que la retribución sea la finalidad a la que se oriente el Derecho penal⁵⁴⁸. En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA-PABLOS DE MOLINA: «El Código Penal vigente parte [...] de un elemental retribucionismo, al establecer como criterio punitivo rector del sistema la imposición de la pena justa y merecida, esto es, de la pena proporcionada a la gravedad objetiva del hecho y a la culpabilidad del autor»⁵⁴⁹, «Sin olvidar [...] que la proporcionalidad de la reacción al delito se acomoda [...] a las exigencias preventivos generales [...]: justicia y proporción constituyen los pilares de una concepción retributiva»⁵⁵⁰. Pero, todavía probado en el CpE tal elemental retribucionismo con la variada magnitud de sanciones dispuestas conforme la gravedad objetiva de cada infracción, por lo que se castiga más severamente, por ejemplo, el asesinato (art. 139, prisión 15 a 20 años) que el homicidio (art. 138, prisión 10 a 15 años), el robo con fuerza en las cosas (art. 240, prisión 1 a 3 años) que el hurto de cosa (art. 234, prisión 6 a 18 meses)⁵⁵¹, etc., así y todo, muy contrariamente a lo que puede suponerse, el Ordenamiento español no sigue un criterio retributivo puro⁵⁵².

En términos generales, expresa CUELLO CALÓN, la pena siempre es retribución, no importa que aspire a una función de prevención general, alejando del delito a los miembros de la colectividad mediante el miedo al sufrimiento que inflige, o que se proponga reformar al penado, porque, pese a estas pretensiones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo, no siendo la retribución, como reprochan algunos, una venganza encubierta, pues no persigue, como éstas, obtener satisfacción por

⁵⁴⁸ GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, op. cit., p. 209.

⁵⁴⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 316.

⁵⁵⁰ *Ibid.*

⁵⁵¹ Siempre se mantiene la relación, pues aunque el hurto eventualmente se castiga con prisión de uno a tres años, cual es el caso, p. ej., de recaer el delito sobre cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, situación prevista en el art. 235.1, el robo de tales objetos se sanciona con prisión de dos a cinco años, hipótesis contemplada en el art. 241.1 primera parte.

⁵⁵² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 316.

el agravio sufrido sino que fines más amplios y elevados, como mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos si los quebranta el delito, aspiraciones todas ellas que son reales y tangibles⁵⁵³.

Lo cierto es que la retribución en el CpE sólo tiene cabida parcial porque el mismo texto muestra que no responde totalmente a los postulados de las denominadas teorías absolutas de la pena, siendo buen ejemplo de ello la suspensión [remisión condicional] de la pena (arts. 80 y ss. Cp), la libertad condicional (arts. 90 y ss. Cp) y los sustitutivos penales (arts. 88 y 89 Cp)⁵⁵⁴, que, sin duda, son expresión de prevención especial positiva. Y en efecto, en la suspensión, esencialmente, con pena privativa de libertad no superior a dos años, se atiende fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto y a si existen en su contra otros procedimientos (art. 80.1 Cp), y con pena privativa de libertad no superior a cinco años, en tanto cometido el delito a causa de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, se requiere que el infractor se encuentre deshabitado de la ingesta de dichos elementos o bien esté sometido a tratamiento para tal fin (art. 87.1 Cp); en la libertad condicional, entre otros requisitos, el sentenciado tiene que haber observado buena conducta y existir en relación a él un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social (art. 90.1.c) Cp); y procede la sustitución de

⁵⁵³ Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal (Parte General)*, t. I, vol. 2º, *op. cit.*, p. 718.

⁵⁵⁴ El Capítulo III, del Título III del Libro I del CpE regula, dentro del sistema de penas, las formas sustitutivas de la ejecución de una clase de ellas, cuales son las privativas de libertad, diferenciándose dentro de este capítulo tres Secciones principales y una Disposición común, donde se describen otros tantos sustitutivos, entendidos genéricamente, a saber: suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, sustitución de las penas privativas de libertad y libertad condicional. Así, refieren COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 847-848, «algunos [...] *no son, estrictamente, auténticos sustitutivos* de las penas privativas de libertad, sino que, en lugar de sustituir dichas penas por otras, o por medidas, lo que prescriben, o mejor, desempeñan, es, en definitiva, una función *suspensiva*, es decir, *comportan, sin más, su inexecución o ejecución incompleta*, cual es el caso de la *remisión de la pena* [...] o la *libertad condicional* [...] Los problemas de la *sustitución de la pena*, pues, deben concretarse, *en sentido estricto*, en aquellas hipótesis en que *la pena privativa de libertad no se aplica*, pudiendo o no su lugar ser ocupado por pena de otra naturaleza y contenido o, sencillamente, por una medida».

penas de prisión que no exceden de un año por multa o multa y trabajos en beneficio de la comunidad, o de prisión que no exceden de seis meses por localización permanente, aún sin estar previstas todas éstas por la ley para el delito en cuestión, si las circunstancias personales del reo no habitual, la naturaleza del hecho, su conducta, en particular el esfuerzo por reparar el daño causado, así lo aconsejen (art. 88.1 párr. 1 Cp), sustitución además posible, excepcionalmente, para el reo no habitual, respecto de penas de prisión que no exceden de dos años, las que se reemplazan por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (art. 88.1 párr. 2 Cp).

Convenido que manifiesta la pena de multa retribución, porque es posible fraccionarla, prevención general, por poder en muchos casos ser más intimidante que una pena privativa de libertad, pues, si algunos delincuentes llegan a habituarse a la cárcel, nadie se habitúa al pago de una cantidad⁵⁵⁵, y prevención especial positiva, por cuanto no aleja al condenado de su entorno, constituye una clarísima expresión de esta última la imposición de multa como pena alternativa a una de prisión en ciertos delitos, cual es el caso, por nombrar, del aborto causado por imprudencia grave, sancionado con prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses (art. 146 párr. 1 Cp), de la participación en riña, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, castigada con prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses (art. 154 Cp).

⁵⁵⁵ PUIG PEÑA, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, vol. II, *op. cit.*, p. 421; en igual sentido NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 340, quien hace ver que «La doctrina señala para la multa una serie de ventajas [...]. [...] Tiene un indudable carácter aflictivo, pues se impone al delincuente una privación cierta, lo que asegura su efecto intimidante. Muchos se acostumbran a la cárcel [...] pero nadie se acostumbra a pagar multas».

Obedecen a la prevención especial las medidas de seguridad, puesto que presuponen para su aplicación la “peligrosidad” del sujeto que incurre en un hecho previsto como delito, esto es, aplica aquéllas el Juez o Tribunal en cuanto «del hecho y las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2ª Cp). Precisamente, refiere MARTÍNEZ GUERRA, únicamente a un criterio de prevención especial y no de prevención general obedecen las medidas de seguridad, porque éstas son de específica individualización y de tratamiento singular cuyo cumplimiento, a diferencia de las penas, es obligatorio, ya que constituye el contenido de ellas, además que el mismo carácter no retributivo de las normas que las establecen y la situación específica de aquel a quien se le aplicará implican que el mandato comprendido en dichas normas no tiene la aptitud de provocar la abstención de un tipo de actividad por temor a sus consecuencias⁵⁵⁶. Obviamente, las medidas de seguridad inequívocamente se corresponden con la prevención especial negativa si son aplicadas a continuación de cumplida una pena de prisión y se trata de medidas asegurativas y no terapéuticas.

También, dado que por unas en definitiva el marco penal concreto no coincide con el marco penal genérico por reducir su límite máximo (art. 66.1.1ª Cp) o exige se rebaje la pena (art. 66.1.2ª Cp), lo que en ambos casos siendo ésta privativa de libertad contribuye, notoriamente en el segundo, a una reintegración social con éxito, y por otras se produce el efecto inverso, o

⁵⁵⁶ MARTÍNEZ GUERRA, *Nuevas tendencias políticocriminales en la función de las medidas de seguridad...*, *op. cit.*, p. 19.

En desacuerdo GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar. “Fundamentación del arresto de fin de semana: Una valoración conceptual”. En: PÉREZ DEL VALLE, Carlos; GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *El arresto de fin de semana en la legislación española: Problemas de fundamentación en una perspectiva práctica y alternativas a la situación actual*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 43-58, p. 49 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Nº 15), para quien «[...] la fundamentación y finalidad de la pena se unifican en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad. Por el contrario, las medidas de seguridad atenderían a finalidades de tipo preventivo -general o especial- una vez comprobada, a través de la realización del delito, la peligrosidad criminal de su autor».

sea, el marco penal concreto no coincide con el genérico por elevar su límite mínimo (art. 66.1.3ª Cp) o faculta aumentar la sanción (art. 66.1.4ª y 5ª Cp), debe entenderse que las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal *atenuantes* (arts. 21 y 23 [mixta de parentesco] Cp) obedecen a la *prevención especial positiva* y las *agravantes* (arts. 22 y 23 Cp) a la *prevención especial negativa*.

Por cierto, las atenuantes remiten a alguien cuya personalidad lo acerca más a reintegrarse socialmente que a disociarse o mantener su ruptura con la comunidad, como lo ejemplifica el sujeto que, antes de saber que se ha iniciado procedimiento en su contra, confiesa el hecho a las autoridades (art. 21.4ª Cp), o que, en cualquier etapa del procedimiento o previo a la celebración del juicio oral, repara o disminuye los efectos del daño causado a la víctima (art. 21.5ª Cp) y, por el contrario, las agravantes se vinculan a quien su personalidad lo revela como peligroso y que podría con mayor facilidad incurrir otra vez en infracción, persona que justamente estas modificativas de responsabilidad penal refieren, por ejemplo, como “alevoso” (art. 22.1ª Cp), o que obra existiendo un “beneficio” (art. 22.3ª Cp [precio, recompensa o promesa]) o bien por “convicción” (art. 22.4ª Cp [motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación...]), o que, antes, ya ha cometido delitos de igual naturaleza (art. 22.8ª Cp). Como hace notar LUZÓN-PEÑA, «sucede en muchas agravantes, que responden a la peligrosidad, es decir, a necesidad de prevención»⁵⁵⁷. No obstante, para BACIGALUPO ZAPATER las atenuantes responden a la retribución ya que el *fundamento común* de ellas es la *menor culpabilidad del autor*, quien, cuando concurre una de estas circunstancias, merece un menor reproche por su culpabilidad y por ello una menor pena⁵⁵⁸, afirmación igualmente posible hacer respecto de las agravantes puesto que se trata de circunstancias que

⁵⁵⁷ LUZÓN-PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., p. 23.

⁵⁵⁸ BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, op. cit., p. 598.

aumentan la reprochabilidad de la conducta, siendo expresión de una mayor culpabilidad del agente la reiteración.

En el texto punitivo de 1995 se ve también acentuada la prevención general negativa pues se acortan nominalmente las penas privativas de libertad y a costa de que ellas se ajusten a su cumplimiento real o efectivo, lo cual se alcanza con la desaparición de la redención de penas por el trabajo prevista por el artículo 100 del CpE, texto refundido de 1973⁵⁵⁹. En cuanto en ciertos casos de concurso real de delitos eleva el límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión hasta 40 años⁵⁶⁰ (art. 76 Cp) así como dificulta acceder a beneficios penitenciarios como permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional, y exige para aplicar el tercer grado un tiempo de seguridad superior a los cinco años si la prisión impuesta es de más de cinco años, período también requerido para aquélla libertad, es de estimar recogida la prevención general negativa⁵⁶¹ en la LO 7/2003, de 30 de junio, sobre medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Además, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, al rebajar en el Cp el límite

⁵⁵⁹ «Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, Presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.

No podrán redimir pena por el trabajo:

- 1.º Quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograsen su propósito.
- 2.º Los que reiteradamente observaren mala conducta durante el cumplimiento de la condena».

⁵⁶⁰ En opinión de SANZ MORÁN, Ángel José. “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1085-1101, p. 1089, «dudosamente compatible con las previsiones de los artículos 15 (prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes) y 25, núm. 2 (orientación de la ejecución de la pena a la reinserción social) de la Constitución española de 1978». Va más lejos aún ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, *op. cit.*, p. 45, para quien es «[...] innecesaria, simbólica, populista y dudosamente constitucional [...] que [...] junto con el endurecimiento notable [...] del acceso al tercer grado y la libertad condicional [...] prácticamente [...] admite la cadena perpetua».

⁵⁶¹ En cambio, para GRACIA MARTÍN, “El Sistema de Penas”, *op. cit.*, p. 70, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*, esta exasperación del límite máximo de cumplimiento de la pena privativa de libertad para determinados casos no podría ser interpretada como expresión de la prevención general si el fundamento de la misma radicara en la concurrencia de circunstancias específicas que suponen efectivamente una mayor gravedad de lo injusto o de la culpabilidad, como podría ser el caso del concurso de delitos, sin perjuicio que estas penas tan elevadas son rechazables por ser contrarias al principio de humanidad.

mínimo de la pena prisión de seis a tres meses (art. 33.3.a) y 36.1 párr. 1 Cp) da cuenta de la prevención general negativa en fase de conminación, siendo evidente la prevención especial negativa en la etapa de juzgamiento por el efecto desocializante de la imposición de una privación de libertad por corto tiempo⁵⁶². Antes, con las modificaciones de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, «de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros», se acoge, en la regulación de dicha violencia, en fase conminativa, la prevención general positiva, y en la de integración social de los no españoles, en la expulsión por sobre hacer efectiva la sanción -exclusión territorial que no es pena conforme dispone el art. 33 Cp ni es de estimarla sustitutivo penal pese a su ubicación sistemática (art. 89 Cp) porque es contraria a la resocialización-, en etapa de determinación, la prevención especial negativa⁵⁶³ y, en fase de conminación, la prevención general negativa⁵⁶⁴. En efecto, por la violencia de género se castiga, por ejemplo, al que por cualquier medio o procedimiento causa

⁵⁶² Dice ABEL SOUTO, *Teorías de la pena y límites al ius puniendi...*, *op. cit.*, pp. 45-46, esta rebaja del límite máximo de la prisión sólo es muestra de prevención general negativa, y por su parte BUENO ARÚS, Francisco. “El sistema de penas en el Derecho penal español desde la Guerra Civil hasta la democracia”. En: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005. sine data*: Dykinson (f.a. 2006), pp. 139-194, p. 178, «La L.O. 15/2003 “reconstruye” la pena de prisión en los siguientes términos: duración mínima: 3 meses, recuperando las *penas cortas* como instrumento de prevención general para las infracciones más leves; [...]».

⁵⁶³ Así, p. ej., identificándola ya como pena, MONCLÚS MASÓ, Marta. “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”. En: VV.AA. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 330-348, pp. 347-348, quien dice que «La expulsión es [...] con una clara finalidad preventivo-especial negativa o incapacitadora -la persona a quien se expulsa queda incapacitada para cometer delitos en España- [...]». Refiere BUENO ARÚS, “El sistema de penas en el Derecho penal español desde la Guerra Civil hasta la democracia”, *op. cit.*, p. 178, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*, «La expulsión no goza del favor de la doctrina por ser incompatible con el principio de proporcionalidad, el de reeducación y reinserción social, el de igualdad. Se justifica únicamente por razones de política criminal, es decir, por razones preventivas de una situación generalizada de desorden que una inmigración descontrolada sin duda contribuiría decisivamente a crear».

⁵⁶⁴ En tal sentido, p. ej., MONCLÚS MASÓ, “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, *op. cit.*, p. 344, en: VV.AA. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, *op. cit.*, quien dice que «la expulsión puede cumplir con el objetivo de prevención general en mayor medida que la amenaza de una pena privativa de libertad. [...] El problema es que la expulsión [...] puede tener efectos muy desiguales dependiendo de la concreta persona a quien se le aplique y de la pena de prisión que sea sustituida; [...]».

menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en el Código penal, o golpea o maltrata de obra sin producir lesión, a quien es o fue su esposa, o mujer que está o estuvo ligada a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia (art. 153.1 Cp), y al que habitualmente ejerce violencia física o psíquica sobre quien es o fue su cónyuge o sobre quien está o estuvo ligado a él por análoga relación afectiva aún sin convivencia (173.2 Cp). Se trata entonces de disposiciones aplicables a un maltratador cuyo rasgo distintivo⁵⁶⁵, obsesión y obcecación en dañar a una determinada persona, hace que la finalidad de punir sus conductas violentas carezca de efectos resocializadores, reeducadores, o de supresión de tal tipo de proceder⁵⁶⁶, además que a la generalidad de los congéneres no les afecta la crudeza de la sanción para abstenerse de incurrir en esos comportamientos porque no se identifican con el perfil del infractor. Como apunta MÉLENDEZ SÁNCHEZ, «El maltratador vuelve una y otra vez de forma obsesiva, con independencia de lo cruda que sea la pena a imponer, es más, durante el cumplimiento de la misma, se reafirmaría aún más en la animosidad de llevar a cabo nuevas agresiones»⁵⁶⁷. Y en lo que toca a extranjeros, en cuanto sean residentes ilegales, se puede, “como regla general”⁵⁶⁸ y vía “sustitución”, expulsarles del territorio nacional si la pena

⁵⁶⁵ Según describe MELÉNDEZ SÁNCHEZ, Felipe Luis. “El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de género”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1253-1259, p. 1255, el maltratador no es un delincuente con trastornos psicológicos, ni es un delincuente generalizado, ni pertenece a un estrato social que lo haga proclive a la comisión del hecho delictivo, es alguien de conducta generalmente normalizada, pero que presenta una tendencia obsesiva para con quien ha venido manteniendo una situación sentimental (v. gr., cónyuge, pareja), pudiendo ser inofensivo en cualquier situación y/o circunstancia y con cualquiera, pero radicalmente lesivo o incluso letal con aquélla.

⁵⁶⁶ Cfr. MELÉNDEZ SÁNCHEZ, “El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de género”, *op cit.*, pp. 1255-1256, en: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal...*, *op. cit.*

⁵⁶⁷ MELÉNDEZ SÁNCHEZ, “El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de género”, *op cit.*, p. 1256, en: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.), *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal...*, *op. cit.*

⁵⁶⁸ De acuerdo al art. 89.4 Cp, estaban exceptuados de la expulsión los extranjeros que hubieran sido condenados por alguno de los delitos de los arts. 312, 318 bis, 516.6º, 517 y 518 del Código Penal, excepción que ahora alcanza, según prescribe el art. 89.7 (introducido por el Artículo único. Vigésimo

impuesta es de prisión inferior a seis años, salvo que motivadamente el Tribunal o el Juez, previa audiencia del penado, Ministerio Fiscal y de las partes, aprecie razones que justifiquen cumplir la condena en un centro penitenciario español (art. 89.1 párr. 1 Cp). A la vez, verificada la expulsión, y contado desde la fecha de ello, el extranjero, atendidas sus circunstancias personales y la duración de la pena sustituida, sólo podía regresar a España después de diez años (art. 89.2 Cp⁵⁶⁹), plazo que ahora va de cinco a diez años⁵⁷⁰.

Responde también a la prevención general la prescripción del delito (art. 131.1 y 3 Cp), y con la prescripción de la pena (art. 133.1 Cp) se combinan razones de prevención general con otras de prevención especial⁵⁷¹. Para TERRADILLOS BASOCO, «El transcurso del tiempo tiene [...] efectos extintivos de la responsabilidad penal, por [...] la seguridad jurídica [...] y la función preventiva del Derecho penal, que, en su faceta de prevención general, no requiere de la investigación y castigo de hechos ya borrados de la conciencia colectiva, y que, como prevención especial, tampoco necesita actuar sobre quien, a lo largo del tiempo, ha demostrado con su conducta no delictiva su ausencia de peligrosidad y un grado suficiente de socialización»⁵⁷². Más precisamente, GARCÍA PÉREZ señala que en la prescripción del delito el paso del tiempo debilita la necesaria conexión que

primero de la LO 15/2010, de 22 de junio), sólo a los delitos de los arts. 312, 313 y 318 bis del Código punitivo.

⁵⁶⁹ Originalmente señalaba el apartado 2 que «El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contado desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena».

⁵⁷⁰ Así por modificación introducida por Artículo único. Vigésimo primero de LO 5/2010, de 22 de junio. Y es más, en su redacción original, el art. 89 párr. 2 Cp dispuso que «[...] los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España».

⁵⁷¹ ÁLVAREZ GARCÍA, *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, op. cit., p. 93.

⁵⁷² TERRADILLOS BASOCO, Juan. «Extinción de la responsabilidad criminal». En: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, pp. 221-233, p. 227.

debe existir entre el delito y la pena, lo que, unido al hecho que la confianza ciudadana en la validez de la norma no exige castigar todas las infracciones, hace innecesario recurrir a la pena para satisfacer las exigencias de prevención general⁵⁷³. Y en la prescripción de la pena la prevención especial ocupa el primer plano pues pasado tiempo considerable desde la comisión delictiva la ejecución de la pena carece de eficacia resocializadora⁵⁷⁴, siendo además lo normal el que esa pena ya no se ajuste, por haber sido ella individualizada mucho antes, a las necesidades preventivos especiales, las que pueden haber desaparecido o bien disminuido o aumentado⁵⁷⁵. En cambio, la imprescriptibilidad del delito (art. 131.4 Cp) como de la pena (art. 133.2 Cp) en delitos de lesa humanidad y de genocidio y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo que se trate de los castigados en el artículo 614 Cp⁵⁷⁶, obedece a la prevención general negativa⁵⁷⁷, por cuanto resulta evidente ser ineludible la imposición efectiva de la amenaza penal de ser habido el culpable, lo mismo que a la prevención especial negativa porque para aquél, en la condición descrita, se asegura que realmente se le aisle socialmente cualquiera fuere el tiempo transcurrido desde la felonía. Finalizando este examen muy general, se corresponde con la prevención general negativa, en fase de conminación, y con la prevención especial negativa, en etapa de imposición, las normas sobre delitos de terrorismo y por disponer ellas considerable pena para las diferentes figuras (arts. 571 a 577 Cp), siendo hasta posible una sanción mayor que la

⁵⁷³ GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 299.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal, op. cit.*, p. 290.

⁵⁷⁶ «El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

⁵⁷⁷ P. ej., señala GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 80, «Interpretar la prescripción penal a partir de los fines preventivos generales de la pena permite [...] mantener una razonable correspondencia entre el fundamento de este instituto y la regulación positiva. Así, guarda coherencia con la circunstancia de que los plazos de prescripción sean directamente proporcionales a la gravedad del delito y que delitos especialmente graves, como el delito de genocidio, no prescriban».

establecida para otro tipo penal igual⁵⁷⁸, castigándose incluso la provocación, proposición y conspiración (art. 579.1 párr. 1 Cp) igual que la tentativa (art. 62 Cp), regulación dirigida a alguien que abiertamente pasa de ella⁵⁷⁹. Y ciertamente, como refieren SILVA SÁNCHEZ, FELIP I SABORIT, ROBLES PLANAS y PASTOR MUÑOZ, acá se está ante personas a cuyo respecto, entre otras, la amenaza de pena es menos eficaz que en otros casos pues el delincuente no tiene en cuenta la intimación en su ponderación previa a la comisión del delito, el castigo efectivo no logra incidir sobre la motivación, la ley penal tampoco logra afirmar los valores jurídicos fundamentales ni fomentar una actitud positiva frente al Derecho (prevención general positiva) y fracasa toda pretensión del Derecho penal de resocialización⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ P. ej., en el CpE, el art. 568 Cp castiga la tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos con pena de prisión de 4 a 8 años, tratándose de promotores y organizadores, y con pena de prisión de 3 a 5 años si se trata de quien ha cooperado, y esta misma conducta es castigada en el art. 573 con pena de prisión de 6 a 10 años, tratándose de quien pertenece, actúa al servicio o colabora con organización o grupo terrorista.

⁵⁷⁹ En palabras de JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, *op. cit.*, pp. 41-42, en: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*, *op. cit.*, «también un terrorista [...] puede ser representado como delincuente que debe ser penado por parte de un Estado que declare que sus hechos son delitos [...] Pero sí hay que inquirir si la fijación estricta y exclusiva en la categoría del delito no impone al Estado una atadura -precisamente, la necesidad de respetar al autor como persona- que frente a un terrorista, que precisamente no justifica la expectativa de una conducta generalmente personal, sencillamente resulta inadecuada. [...] quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho [...] debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada». A su tiempo, señala SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001, pp. 165-166 «[...] en casos de [...] terrorismo, criminalidad organizada [...] surgen dificultades adicionales de persecución y prueba. De ahí que, en estos ámbitos, en los que la conducta delictiva no sólo desestabiliza una norma en concreto, sino todo el Derecho como tal, pueda plantearse la cuestión del incremento de penas de prisión, a la vez que la de relativización de las garantías sustantivas y procesales. Ahora bien, conviene subrayar que el Derecho penal de la tercera velocidad no puede sino manifestarse como el instrumento de abordaje de hechos «de emergencia», siendo expresión de una especie de «Derecho de guerra» en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción».

⁵⁸⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La ideología de la Seguridad en la legislación penal española presente y futura”. En: VV.AA. DA AGRA, Cándido *et al.* (Eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, pp. 113-135, pp. 121-122.

1.9. Doctrinas de la pena y legislación chilena

Semejante que la española, la Constitución chilena introduce una serie de valores superiores y Derechos fundamentales que generan determinados “principios” los cuales, por sí y en su conjunto, dan también lugar al de *proporcionalidad*, el que, como ya se ha expuesto, es capital a efectos de prevención general. Puntualmente, se estatuye como una de las bases de la institucionalidad el que «Chile es una república democrática» (art. 4), cuya inserción en un Estado subsidiario⁵⁸¹ en nada afecta, por lo demás, el “principio” pues se trata de un Estado que «está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías [...]» (art. 1 inc. 4). A continuación, el artículo 5 inc. 2, después de señalarse (inc. 1) que «La soberanía reside esencialmente en la Nación. [...]», establece que «El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes». Finalmente, la Carta garantiza a toda persona «[...] La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. [...]. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias» (art. 19 N° 2 incs. 1 y 2), garantía que realiza una de las bases de

⁵⁸¹ Como señala GÓMEZ ADANERO, Mercedes. “El marco jurídico-político de las teorías contemporáneas de la justicia: El tránsito del Estado liberal al Estado social y la crisis de éste”. En: VV.AA. MUINELO COBO, José Carlos; MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, José Luis (Coords.). *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. 1ª ed. Madrid: 2006, pp. 89-107, p. 102, un modelo de Estado *liberal* o *democrático-liberal* y uno *social* conceptualmente son bastante similares y, en este sentido, la teoría jurídico-política de la modernidad permanece invariable por lo que respecta al modelo de Estado social, con la sola excepción que en éste hay un incremento de las exigencias de llevar a un cumplimiento real los ideales ilustrados de libertad, justicia e igualdad en el diseño de las funciones atribuidas al poder político. En resumen, lo que varía entre uno y otro modelo es el fundamento de su legitimidad, esto es, la representatividad y la garantía de los Derechos civiles y políticos en el Estado liberal mientras que en el social se requiere, además, la satisfacción efectiva de determinadas demandas sociales.

la institucionalidad, específicamente, el que «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos» (art. 1 inc. 1), a su vez, se asegura a toda persona «El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica» (art. 19 N° 1 inc. 1) y el que «Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo» (art. 19 N° 1 inc. 4).

La norma fundamental chilena carece de una disposición como el artículo 25.2 de la CE, por ello no puede extrañar que en la legislación menor, Cp y leyes especiales, se plasmen los distintos fines de la pena, aún a veces llegando al extremo, cual es el caso, por ejemplo, del presidio perpetuo calificado.

Así, en el Cp, la retribución se identifica en un trato punitivo diverso según sea el delito, por ejemplo, presidio mayor en su grado medio (10 años y un día) a presidio perpetuo para el homicidio calificado⁵⁸² (art. 391 N° 1) y presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 años y 1 día a 15 años) para el homicidio simple⁵⁸³ (art. 391 N° 2), presidio mayor en su grado mínimo a máximo (5 años y 1 día a 20 años) para el robo con violencia o intimidación (art. 436 inc. 1) y presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) para el robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (art. 440).

⁵⁸² La denominación es doctrinaria, de general aceptación en Chile, p. ej., GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1994, pp. 137-138, expone que «La denominación, si bien unánimemente aceptada, no es la única; tampoco es la empleada por nuestra legislación [...] Preferimos en nuestro país individualizar esta figura como **homicidio calificado**, pues esta denominación se ha incorporado al medio jurídico nacional y es expresiva además, toda vez que las figuras agravadas de un delito se denominan **calificadas**, lo que en la especie sucede».

⁵⁸³ Es también una denominación doctrinaria, a cuyo respecto GARRIDO MONTT, *El homicidio y sus figuras penales*, op. cit., p. 17, quien trata del “homicidio simple”, señala que «Hemos acogido la denominación tradicional empleada en nuestro medio jurídico para designar este delito, porque está tan incorporada al léxico empleado, que no resulta recomendable usar otra [...] La denominación **homicidio simple** tiene sus virtudes, lo que explica su empleo por los autores y su mantención a través del tiempo, pues junto con diferenciar la figura del tipo rector “homicidio”, sirve para particularizarla del homicidio calificado, la palabra “simple” descarta de inmediato la concurrencia de circunstancias calificantes».

En el Código penal hay también normas relativas a circunstancias modificatorias [nominación en Chile] de responsabilidad penal, consistentes en atenuantes (art. 11) y agravantes (art. 12), incluida la mixta de parentesco (art. 13), de efecto semejante a las españolas (v. gr., con pena que consta de dos o más grados, una sola atenuante impide aplicar el grado máximo [art. 68 inc. 2] y dos o más facultan imponer la pena inferior hasta en tres grados al mínimo previsto [art. 68 inc 3], una sola agravante impide aplicar el grado mínimo [art. 68 inc. 2] y dos o más permiten imponer la pena inmediatamente superior en grado al máximo designado [art. 68 inc. 4]), así como disposiciones relativas a prescripción del delito (art. 93 N° 6, y arts. 94 y 95) y de la pena (art. 93 N° 7, y arts. 97 y 98), de igual efecto que las hispanas, por lo que sobre todas ellas, para no ser reiterativo, vale, íntegramente, lo ya dicho al respecto en el Ordenamiento punitivo español.

Responde a la prevención especial positiva el artículo 103 del CpCh, que prevé la media prescripción, porque por ésta, si se presenta el responsable o es habido antes que prescriba la acción penal o la pena, pero ha transcurrido la mitad del tiempo exigido para tales prescripciones, el Tribunal debe considerar el hecho revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante a efectos de imponer la pena, o para disminuir la ya impuesta, regla que no se aplica a la prescripción de las faltas ni a las especiales de corto tiempo. Otra expresión de la prevención especial positiva se encuentra, por ejemplo, en las diversas disposiciones, no muchas sí, que establecen pena de multa como pena alternativa a una privativa de libertad (v. gr., arts. 143, 144 inc. 1, 158 inc. 1 segunda parte, 170, 178, 189, 212 Cp).

Expresión de la prevención general negativa, asimismo de la prevención especial negativa, es la pena de prisión en cualquiera de sus grados (1-20, 21-40 y 41-60 días) para la falta de perjurio (art. 212 Cp) y en su grado mínimo a

medio para la falta de hurto [hurto falta en Chile] (art. 494 bis inc. 1 Cp) así como en su grado máximo -prevista como sanción mínima- para el simple delito de omisión de denuncia de la existencia de una asociación ilícita (art. 295 bis inc. 1 Cp)⁵⁸⁴ y que precisamente por su corta duración sólo pueden surtir efecto intimidatorio, de advertencia, así como de shock, ser una medida de control, prevenciones que a su vez se manifiestan en la pena de presidio y de reclusión menor en su grado mínimo porque, si bien llega hasta 540 días, principia en 61 días y está prevista para no pocas infracciones (v. gr., presidio menor grado mínimo, Cp, arts. 166, 183, 207, 211, 214, 288, 291, 295, 296 N° 3, 317, 318, 346, 389, 445, 446 N° 3, 447 y 476 N° 3, y reclusión menor grado mínimo, entre otras, Cp, arts. 117, 120, 138, 139, 143, 146 inc. 1 *in fine*, 156, 205 inc. 2).

Obedece a la prevención especial negativa la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad, durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, y que consiste en informar a Carabineros, cada tres meses, el domicilio (art. 372 Cp), para delincuentes sexuales, lo mismo la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad para condenados por delitos de amenaza (art. 298 Cp) y para reincidentes de hurtos o robos (art. 452 Cp), casos los dos últimos en que la sanción no es accesoria obligatoria como en el primero sino facultativa y su duración, conforme prescribe el art. 25 inc. 4 Cp, es de 61 días a 5 años. Otra manifestación de la prevención especial negativa, en etapa de imposición, y que en esta fase y en la de de conminación denota la prevención general negativa, es la pena de presidio perpetuo calificado, que lleva al extremo tales prevenciones porque de decretarse únicamente se puede recobrar la libertad (condicional) una vez, cumplidos otros requisitos adicionales, verificados 40 años de cárcel efectiva, siendo esencialmente improcedentes la amnistía y el indulto (art. 32 bis Cp).

⁵⁸⁴ En la primera falta la sanción específica es prisión en cualquiera de sus grados o multa de 1 a 4 UTM y en la segunda prisión en su grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM y en el simple delito prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo.

Fuera del Cp, la L 18.314 sanciona las conductas terroristas previendo penas considerables, por ejemplo, tratándose de homicidio simple en contexto de dichos comportamientos, la asignada al delito en el texto punitivo aumentada en uno, dos o tres grados (L 18.314, art. 3 inc. 1 en relación con art. 2.1), para la tentativa la asignada al ilícito rebajada en uno o dos grados y para la conspiración la asignada al delito rebajada en dos grados (art. 7 inc. 1 L 18.314), legislación que da cuenta entonces -como sucede en España- de la prevención general negativa, en fase de conminación, y de la prevención especial negativa, en etapa de imposición.

En el Cpp se recoge la prevención especial mediante las medidas de seguridad, que -cual se dijo *supra* n. 91- se aplican al enajenado mental que incurre en un hecho típico y antijurídico y siempre que hayan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí u otras personas (art. 455), pudiendo imponerse, según la gravedad del hecho, la internación en un establecimiento psiquiátrico o custodia y tratamiento (art. 457 inc. 1), y duran mientras subsistan las condiciones que las hacen necesarias, no pudiendo extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiera podido imponerse o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, ésta entendida como el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que prescribe la ley para el delito (art. 481 incs. 1 y 2). Son aplicables también al condenado que cae en enajenación mental (art. 482).

Finalizando, en la Ley 18.216 (DO 14/05/1983) se expresa la prevención especial positiva a través de -siguiendo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN [*vid. supra* n. 554]- la suspensión y sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad, mediante, la suspensión, la *remisión condicional de la pena* y la *libertad vigilada* y, el reemplazo, la *reclusión nocturna*. Requiriendo aquéllas el no haber sido antes condenado por crimen o simple delito, puede otorgarse la remisión condicional si la pena que se impone no

excede de tres años [art. 4 a)] y los antecedentes personales del sujeto, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir [art. 4 c)], y la libertad vigilada si la pena impuesta es superior a dos años y no excede de cinco [art. 15 a)] y los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del individuo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización [art. 15 c)]. La reclusión nocturna se puede conceder si la pena que se impone no excede de tres años y no se ha sido anteriormente condenado por crimen o simple delito o se ha sido a pena privativa o restrictiva de libertad que no excede de dos años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite, y los antecedentes personales del sujeto, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes de la infracción permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos [art. 8 a), b) y c)]. Estas suspensiones y sustitución no obstan a consideraciones de prevención general y de prevención especial negativa y, por lo mismo, no operan en delito de violación impropia (art. 362 Cp) y de violación con homicidio (art. 372 bis Cp), siempre que la víctima, en este último caso, sea menor de 12 años (art. 1 inc. 2 L 18.216). Manifiesta también la prevención especial positiva, según establece el art. 2 L 18.216, la suspensión de la pena y sus efectos en casos de falta concurriendo antecedentes favorables que lo aconsejen, ya por seis meses, conforme al art. 398 Cpp, ya por un año, acorde al art. 20 L 18.287 (ello porque ésta, que «Establece Procedimiento ante los Juzgados de Policía Local», deroga y prevé, desde el 01/01/1985, el Título III [«Del procedimiento»] de la L

15.231 [«Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local»] y cuya aplicación estatuye el señalado art. 2)⁵⁸⁵.

⁵⁸⁵ A grandes rasgos, la L 20.603 (DO 27/06/2012) modificó la L 18.216, cambios a regir, algunos gradualmente, cuando se publiquen en el Diario Oficial las adecuaciones que por los mismos se deben incorporar en el Reglamento de la ley, cuyo encabezado pasa a ser «“Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”», nominación errónea en tanto no puede decirse que las dispuestas son todas penas y sustitutivas. Ciertamente, contempladas la remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión [del territorio nacional el extranjero sin residencia legal] y prestación de servicios en beneficio de la comunidad (art. 1 L 18.216 [*novus*]), únicamente tienen carácter de pena y sustitutivas la reclusión parcial y los trabajos en beneficio de la comunidad, debiendo rechazarse tenerlos la expulsión por importar ella alejar al infractor del cuerpo social, lo que no se condice con el fin de prevención especial positiva que exacta y exclusivamente la L 18.216 persigue. En la reclusión parcial, de cumplimiento en el propio domicilio o establecimiento especial, durante cincuenta y seis horas semanales, se comprende una diurna, una de fin de semana y la actual nocturna (art. 7 L 18.216 [*novus*]). La prestación de servicios en beneficio de la comunidad, consistente en realizar actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, procede con pena impuesta igual o inferior a trescientos días y requiere del consentimiento del condenado (arts. 10 y 11 L 18.216 [*novus*]). La expulsión cabe respecto del extranjero no residente condenado a pena igual o inferior a cinco años de presidio menor en su grado máximo (art. 34 L 18.216 [*novus*]). La libertad vigilada intensiva procede con pena privativa o restrictiva de libertad superior a tres años y no superior a cinco (art. 15 bis L 18.216 [*novus*]) y la libertad vigilada con pena superior a dos años y que no exceda de tres (art. 15 L 18.216 [*novus*]). El tratamiento de la remisión condicional es similar al vigente. Se amplían los delitos que impiden, consumados los mismos, otorgar a sus autores alguna de las alternativas previstas a la privación o restricción de libertad que se decreta salvo que en la determinación de la pena se hubiere considerado la atenuante de eximente incompleta (art. 1 inc. 2 L 18.216 [*novus*]), etc. (las adecuaciones que han de incorporarse al Reglamento y publicarse en el Diario Oficial, según establece el art. 8 inc. 3 [final] de la L 20.603, «deberán efectuarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la publicación de la presente ley», o sea, a más tardar el 27 de diciembre de 2013, habiéndose solamente aprobado [hasta el 31 de agosto de 2013], y para efectos del control efectivo de las de reclusión parcial y de libertad vigilada intensiva, por DS 515 Ministerio de Justicia, DO 18/01/2013, cuyo Artículo transitorio Único dispone que regirá una vez que entren en vigencia las mentadas adecuaciones, el «Reglamento de Monitoreo Telemático de Condenados a Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad» [acceso a texto L 20.603 en: <http://www.leychile.cl/Consulta>]).

1.10. Antinomias entre fines de la pena y vías de solución posibles

No está dicha la última palabra sobre “teorías” de la pena porque el fin de ésta, por los distintos cometidos atribuibles al Estado, es un tema inevitablemente valorativo y, entonces, esencialmente “opinable”. Cual instrumento valioso para que el Estado enfrente los ataques considerados socialmente intolerables, la pena está vinculada directamente con la política criminal, en la cual influye la situación específica de cada sociedad y por lo que siempre las doctrinas de la pena pueden afirmarse o recrearse bajo nuevas perspectivas.

El carácter necesario de la pena no se discute ni tampoco los fines que con ella se pueden lograr, sólo que éstos positivamente son contrapuestos, notándose esta tensión con mayor claridad con las penas privativas de libertad, pues otras, por su naturaleza, no dejan mucho espacio para la asimetría, como sucede con la multa, que permite obtener tanto retribución como prevención general, incluso hasta prevención especial positiva, siendo imperioso intentar conciliar estos fines para impedir que en el afán por lograr la prevención general negativa resulte ilusoria la prevención especial positiva, aún con condenado llano a participar en un proceso resocializador y susceptible por ende de reinserción exitosa en el integrado social.

Pero la disonancia se plantea entre prevención general y prevención especial pues la retribución es inherente a toda pena, se presupone en el tipo y medida de ésta fijada por ley, equivale a pago merecido al injusto, unido a la idea de reproche, lo que importa castigar con buena conciencia, lo cual sólo da cuenta de la justicia conmutativa⁵⁸⁶, la que, como bien afirma

⁵⁸⁶ En este punto, señala KAUFMANN, Arthur. “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”. Traducción de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia; ROBLES MORCHÓN, Gregorio. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp.

ARISTÓTELES, aunque «Paréceles a algunos que [...] la reciprocidad es justa en sentido absoluto [...] Pero [...] no se ajusta ni a la justicia distributiva ni a la correctiva [...]»⁵⁸⁷.

Entendido el Derecho como un sistema, éste un conjunto de elementos y de relaciones existentes entre estos elementos, con lo que todas las totalidades isomorfas del tipo así definidos son observadas como uno y el mismo sistema⁵⁸⁸, el conflicto entre los fines de la pena hacen del Derecho un sistema inarmónico o disfuncional, lo que muy bien se advierte entre las fases de determinación y de ejecución penal, en que es factible encontrar que el juez está forzado en la medición de la pena a imponer una cuya ejecución es demasiado corta o demasiado larga, pudiendo darse dicha brevedad cuando el fin de la pena impide una superior, lo que pasa si el hecho punible no es muy grave y el fin de la ejecución (v. gr., reincorporar al delincuente a la sociedad) requiere un mayor tiempo, así como darse el exceso cuando se obtuvo el fin de la ejecución pero sin haberse cumplido la pena adecuada, es decir, su duración mínima.

Los fines se perturban entre sí, pues la consecución de uno es la frustración del otro, lo que afecta tanto a la sistemática teórica del Derecho como a la actividad judicial penal y la de Administración penitenciaria, siendo un factor siempre a considerar la dañosidad social del delito, porque mientras mayor es

47-141, p. 58, que «Las diferentes formas de justicia pueden ser aclaradas [...] recurriendo como ejemplo a las teorías de la pena. Así, si se concibe la pena como retribución o represalia («compensación de la culpa»), en el sentido de la «teoría absoluta», estaremos ante la justicia conmutativa: producción de una medida de absoluta igualdad entre la culpa y la pena [...] Si [...] se entiende que la esencia de la pena es la llamada resocialización, al estilo de la «teoría relativa», entonces se trata de actos pertenecientes a la justicia distributiva y a la justicia legal: imposición y cumplimiento de deberes, pero también garantía de derechos, con el objeto de evitar futuros daños sociales [...]».

⁵⁸⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducido por CALVO MARTÍNEZ, José Luis. 2ª reimpresión de 1ª ed. 2001. Madrid: Alianza Editorial, 2003, pp. 162-163 (Libro V, cap. V).

⁵⁸⁸ BÜLLESBACH, Alfred. «Enfoque de Teoría de Sistemas». Traducción de GARCÍA AMADO, Juan Antonio. En: Vv.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 311-332, p. 314.

la afección más pena debiera requerirse a objeto de provocar la abstención de infringir la ley, la prevención general negativa, lo que indefectiblemente repercute en la prevención especial positiva, al punto incluso de poder hacerla casi ilusoria si es que no anularla, como acontece con el asesinato, en que la pena prevista, prisión de 15 a 20 años (art. 139 CpE), o de 20 a 25 años si concurre más de una circunstancia (art. 140 CpE), puede significar para el condenado, cuya única opción es la libertad condicional por estarle negado el indulto (art. 2.3.º, Ley de 18 de junio de 1870), abandonar la cárcel ya cuando su personalidad pudiere estar irreversiblemente dañada, estimado este deterioro que se produce cumplidos ya más de 15 años de encierro⁵⁸⁹.

En opinión de LUZÓN-PEÑA, estas antinomias, dentro del sistema legal, entre la imposición y determinación de la pena y las necesidades y objetivos específicos de su ejecución, lo que puede ser por una mala técnica legislativa o por una política criminal equivocada, *«sólo serán tolerables y justificables, por ser inevitables, cuando haya exigencias de prevención general absolutamente contrapuestas e incompatibles con las exigencias de prevención especial»*⁵⁹⁰.

Visible la contradicción, si se exige del Derecho ser útil para la interacción social⁵⁹¹, lo pertinente es tratar de concertar los diversos fines de la pena, pues, al igual que el resto de las normas jurídicas, la norma penal tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos a través de la

⁵⁸⁹ Así GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales*, op. cit., p. 31: «La pena de prisión ha de tener un límite máximo de diez años, que en casos de acumulación por concurso de delitos podría ser elevado hasta un máximo de quince años, de cumplimiento efectivo en ambos casos», «Existen diferentes estudios que demuestran que la pena por encima de los quince años de duración provoca daños irreversibles en la personalidad de quien lo sufre».

⁵⁹⁰ LUZÓN-PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., pp. 19-20.

⁵⁹¹ En este aspecto, señala COTTA, Sergio. *¿Qué es el Derecho?*. Traducción por BLASCO, José Joaquín. Título original: *Perché il diritto*. 3ª ed. Madrid: Rialp, 2000, p. 101, «El derecho consiste [...] en un modo específico de vivir: conforme a reglas, y se justifica porque, cuando los hombres se comportan de acuerdo con ellas [...], contamos con comportamientos precisos y estables, previsibles por tanto, compatibles y armonizables entre sí».

motivación, o sea, desencadenando en los individuos procesos psicológicos que los induzcan a respetar esos bienes, en que es decisivo en esta motivación, que puede ser general como individual, la forma concreta en que se organiza la sociedad⁵⁹². Precisamente, RAZ señala que el Derecho cumple funciones sociales *directas*, cuya realización se encuentra asegurada al obedecer y aplicar el Derecho, y funciones *indirectas*, cuya realización consiste en actitudes, sentimientos, opiniones y formas de comportamiento que no son acatamiento o aplicación de disposiciones jurídicas sino que resultan del conocimiento de la existencia de tales disposiciones o de la conformidad a ellas o de su aplicación⁵⁹³. Dentro de las funciones directas, que útilmente pueden dividirse en *primarias*, que afectan a la población en general y en las que se encuentra la razón y justificación de la existencia del Derecho, y en *secundarias*, que mantienen el sistema jurídico, haciendo posible su existencia y funcionamiento, constituyen una función primaria la *prevención de comportamiento indeseable* y la *obtención de comportamiento deseable*, que se efectúan por el Derecho penal y el de responsabilidad civil extracontractual, a lo cual sirven, por ejemplo, las diversas prohibiciones legales, como la del homicidio, del asalto, de la privación ilegal de libertad, de ciertas conductas sexuales y otras, así como obligaciones de cuidado y diligencia al emprender actividades peligrosas, deberes de padres y tutores, etc.⁵⁹⁴.

Ahora, siendo objetivo del Orden legal salvaguardar la convivencia en el colectivo, lo debido es un Derecho penal capaz de inhibir la comisión de delitos a través de la sola amenaza de pena, y por esto, al legislar, el primer fin de la pena es la prevención general negativa, mas, al ser los actos de

⁵⁹² Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2001, pp. 90-93.

⁵⁹³ Cfr. RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y Moral*. Título original: *The Authority of Law Essays on Law and Morality* (Clarendon Press. Oxford, 1979). Traducción y notas de TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 212.

⁵⁹⁴ Cfr. RAZ, *La Autoridad del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 212-213.

significativo daño social, convencionalmente definidos como delitos, una sempiterna realidad mundana, la prevención especial positiva se convierte en otro ineludible fin de la pena, con mayor razón todavía si, como indica GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, muchas personas o colectivos (v. gr., taxistas, turistas, dependientes de gasolineras) son vulnerables, o sea, están sujetos a riesgo de victimización por características de ciertas estructuras ambientales, espaciales, urbanísticas, ecológicas, etc., y algunas de aquéllas por características personales (v. gr., imagen, estilo de vida) son víctimas propicias⁵⁹⁵.

Así, insoslayable la prevención general negativa, la justificación de tener inexcusablemente que conciliarla con la prevención especial positiva se puede encontrar en el fenómeno de la *reincidencia*, cuya ocurrencia no cesa⁵⁹⁶ y puede explicarse no sólo por particulares características del sujeto, como ser impulsividad, o bajo control o poca habilidad para resolver conflictos, sino justamente por haberse podido cumplir la condena previa

⁵⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3ª ed. actualizada, corregida y aumentada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 132-136.

⁵⁹⁶ Aparte de constituir la reincidencia agravante en el Derecho español (art. 22.8ª Cp) como en el chileno (art. 12. 14ª, 15ª y 16ª, Cp), en este último, ya que para la reincidencia propia genérica (art. 12.15ª) se requería “haber sido castigado el culpable antes por delitos a los que la ley señale igual o mayor pena” y para la propia específica (art. 12.16ª) “ser reincidente en delito de la misma especie”, exigiendo el art. 92 inc. 1 Cp que el nuevo delito se cometiera “después de haber cumplido una condena”, con lo cual el condenado beneficiado con una suspensión (v. gr., remisión condicional) o sustitución de pena (reclusión nocturna) que luego delinquía no era reincidente, para evitar efectivamente que se perpetre un nuevo delito, la Ley 20.253 (DO 14/03/2008) modifica estas normas estableciendo que es reincidente ya quien “comete un delito después de haber sido condenado o haberse impuesto una condena”.

En relación a la reincidencia impropia, esto es, «cometer el delito mientras se cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento» (art. 12 N° 14 Cp), norma cuya redacción no ha cambiado, declaran que no constituye agravante el delinquir durante el período de remisión condicional de la pena, SCA Santiago, de 18 de abril de 1986, *RDJ*, LXXXIII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 19, y SCA Pedro Aguirre Cerda, de 30 de junio de 1992, *RDJ*, LXXXIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 174.

Respecto de la reincidencia propia genérica (art. 12 N° 15 Cp), antes de la modificación comentada, rechazan la agravante mediando remisión condicional u otra medida alternativa, p. ej., SCS, de 28 de agosto de 1997, *GJN*° 206, p. 110, SCA Santiago de 4 de octubre de 1983, *GJN*° 41, p. 61, y SCA Santiago, de 9 de septiembre de 1988, *GJN*° 99, p. 69

En cuanto a la reincidencia propia específica (art. 12 N° 16 Cp), previo al cambio de la disposición, niega la agravante suspendida la pena vía remisión condicional, p. ej., SCA Pedro Aguirre Cerda, de 27 de marzo de 1998, *GJN*° 213, p. 173.

prescindiéndose⁵⁹⁷ de la prevención especial positiva, o sea, de «*un capacitar para la participación en la vida social con conciencia de la responsabilidad*»⁵⁹⁸, habilitación más que posible de alcanzar si el penado es esencialmente un *delincuente corriente*, quien quebranta el Derecho con mala conciencia, y no uno *por convicción*, que lo viola con buena conciencia, o uno *profesional*, carente por entero de conciencia, un no readaptable o difícilmente educable⁵⁹⁹.

La pena se fija según la gravedad del delito y en ello hay que procurar que la sanción dispuesta no impida la resocialización de quien delinque, pero con hechos especialmente graves es imposible pensar en una pena “menor” que permita armonizar la prevención general negativa con la prevención especial positiva, es decir, sería impensable punir un asesinato con sólo cinco años de prisión, estando justificado una pena mucho mayor, sólo que hay que convenir qué tanto puede serlo y si, ajustándose a los estudios sobre sus efectos, es bastante, por ejemplo, una máxima de 15 años o, por el contrario, para no arriesgarse a que la motivación de no realización delictiva decaiga extraordinariamente, se requiere una superior, como ser los mismos 15 a 20 años ya previstos (art. 139 CpE).

⁵⁹⁷ A este respecto, se consigna en documento del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, que en el caso de los programas aplicados como alternativas a la prisión, el Estado de Nueva York ejecuta el sistema Alternative to Incarceration (ATI), para agresores por delitos graves (ya sean inculcados sin adicciones o con consumo abusivo de drogas, mujeres o jóvenes), por el cual proporcionan consejo, clases y tratamiento durante seis meses a un año. Además de seleccionar personas con alto compromiso delictual, prioriza la aplicación de tratamiento y la supervisión directa antes que la vigilancia a través de monitoreo electrónico. Una evaluación de este sistema, desarrollada por el Instituto Vera, durante un periodo de cuatro años, halló que se trata de un programa exitoso de acuerdo a los siguientes resultados: un 60% finalizó el programa (porcentaje superior al identificado en otros Estados); el 86% no cometió un nuevo delito durante los seis meses posteriores a su ingreso al programa, y un 66% permaneció en la misma situación 3 años después de egresar del programa. Este indicador de reinserción fue especialmente alto respecto de quienes participaron integralmente del programa. (disponible en: <http://www.cesc.uchile.cl/Seminario%20sobre%20Reinsercion%20Social%20y%20Seguridad%20Publica.pdf> [visitado el 20/08/2008])

⁵⁹⁸ ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Título original: *Kriminalpolitik: Eine Einführung in die Grundlagen* (C. F. Müller, Grossdruckerei und Verlag GMBH, Karlsruhe, 1973). Traducido por IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Miguel. 1ª ed. en español. s.l.: Edersa, 1979, p. 143.

⁵⁹⁹ Así los conceptos RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, op. cit., pp. 63-65.

En estimación de LUZÓN-PEÑA, siendo absoluta la incompatibilidad, hay que dar preferencia a la prevención general, de modo que las exigencias mínimas de ésta prevalezcan, en la etapa de imposición y determinación, sobre las exigencias de prevención especial que pudieran aconsejar o requerir ir aún más lejos en la reducción o sustitución de la pena⁶⁰⁰, pues, si fracasa el fin de prevención especial o la ejecución no tiene sentido porque el sujeto no -o ya no- la necesita, el conflicto que ciertamente se creará es únicamente respecto del delincuente y no de los potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo efectivamente por sacrificarse la eficacia de la prevención general y relajarse las barreras inhibitoras frente a la generalidad⁶⁰¹.

Pero el que un hecho grave repudia prever una pena menor, pues con ella se renunciaría a la prevención general negativa y al mismo tiempo a una motivación -muy posiblemente efectiva- de abstención de cometer delitos, no tiene por qué significar que el establecimiento legal de una pena de medida considerable es una renuncia, irrevocable, a la prevención especial positiva, ya que, como es manifiesto, ésta *existe* habidas y/o surgidas ciertas circunstancias respecto del convicto y es tanto *posible* hasta antes de agotada la pena, lo que se produce sólo una vez que sea ella cumplida, abriendo justamente el ínterin el espacio para la referida *existencia y posibilidad*.

Consiguientemente, pudiera ser artificial la contrariedad pues no conciliando los dichos fines al legislar, la prevención general negativa, incuestionable en este trámite, no impide la prevención especial positiva ni por ésta desaparece aquélla porque ambas pueden perfectamente compatibilizar si se da lugar a un mecanismo que faculte revisar la pena impuesta y, atendidas las circunstancias, la sustituya o la suspenda, sirviendo perfectamente a lo último la “libertad condicional” porque, si bien cesa la respectiva ejecución, sin

⁶⁰⁰ LUZÓN-PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., p. 61.

⁶⁰¹ LUZÓN-PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, op. cit., pp. 64-65.

perjuicio de poder exigirse alguna -o más- condición (v. gr., prohibición de aproximarse a la víctima [CpE, art. 90.2 en relación con art. 83.1.2ª]) y entendido que tal cese procedería sólo con pronóstico científica y multidisciplinariamente testeado (psicólogo, psiquiatra, criminólogo, trabajador social, etc.) de ser favorable la salida del convicto, el cumplimiento parcial de condena, como puede inferirse, no obedece a una simple operación matemática, esto es, que pasados tantos años privado de libertad se tiene derecho a ésta sin más, sino, al contrario, responde a una especialísima situación anímico vital de quien delinque, debidamente acreditada⁶⁰². En una solución como la propuesta, la concesión de libertad condicional por razón de prevención especial positiva -que importa preocuparse por la persona del delincuente con miras a que supere su déficit de cognición⁶⁰³ e interactúe después en el conglomerado social despojado del comportamiento que lo entrecruzó con la justicia- no irroga no cumplir pena alguna sino que parcialmente la fijada por el juez en base a la que prevé la ley con fin preventivo general negativo, con lo cual se refuerza la confianza en el Orden legal (prevención general positiva) a la vez que se aparta al infractor de la sociedad (prevención especial negativa), ya en general, como cuando el sujeto se reintegra al colectivo social tras obtener efectivamente la libertad condicional, que implica cumplir a lo menos el 75% de la condena [art.

⁶⁰² Así, a falta de verificación de tal situación anímica, por STJOP (6°) Santiago de Chile, de 6 de agosto de 2007, RUC N° 0500586143-K, RIT N° 40-2007 (C.j. TRIGÉSIMO SEGUNDO), se deniega poder cumplir la pena en libertad el condenado por abuso sexual infantil reiterado y almacenamiento malicioso de material pornográfico infantil, sujeto de 56 años de edad, señalándose exactamente que «[...] no resulta posible conceder [...] beneficios consagrados en la Ley 18.216, atendido el tenor del Informe evacuado [...] que **no sugiere el ingreso del acusado [...] a la medida de libertad vigilada del adulto**, fundado en que un tratamiento en el medio libre se presenta ineficaz “dado que se aprecian rasgos deficientes en la personalidad [...] que harían que una intervención sea de reducida eficacia”, señalando entre otros que se trata de una persona sobre adaptada, sin un control efectivo de sus impulsos, requiere de la gratificación inmediata de la necesidad sin poder postergarla y si bien presenta una socialización adecuada no logra enjuiciar adecuadamente su conducta, extendiendo su responsabilidad hacia otros, lo cual disminuye su autocritica».

⁶⁰³ Ésta, dice MORRIS, Charles G. *Psicología: Un Nuevo Enfoque*. Título original: *Psychology an Introduction* (1990, Prentice-Hall Inc.). Traducción (de la séptima edición en inglés) por CUEVAS MESA, Guillermina. 2ª ed. en español. México D. F.: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1992, p. 305, y que implica diversos procesos de pensamiento que desempeñan un papel determinante en muchas funciones psicológicas, se refiere a la reflexión, la conceptualización, la resolución de problemas y la toma de decisiones, así como las distintas maneras de manipular información, incluyendo el procesamiento y recuperación de información almacenada en la memoria.

90.1.b) CpE], excepcionalmente el 66,66% (art 91.1 CpE), ya en particular, como cuando se impuso prisión no superior a dos años y se suspende la pena bajo condición, por ejemplo, de no acudir a determinados lugares y no aproximarse a la víctima y a ciertos familiares de ésta (art. 83.1.1ª.2ª). Por tanto, en la legislación española como chilena, para conciliar fines de la pena, una vía pudiera ser, en la situación específica de la libertad condicional, modificar los porcentajes actuales que autorizan ésta pues muchas veces el período de cumplimiento exigido podría bastar para dañar irreparablemente la personalidad del penado, variación porcentual que no parece problemática sabido que este beneficio procede sólo si hay pronóstico favorable de reinserción, o sea, la rebaja de los porcentajes, y con ello un menor tiempo de cumplimiento de condena, no da lugar por sí sola a la libertad, quedando indemne la amenaza penal y su efecto inhibitorio de realizaciones delictivas. Inclusive, hasta pudiérase prescindir de los indicados porcentajes porque ellos permiten mantener penas inútiles o innecesarias, esto es, que continúe en la cárcel quien superó ya debidamente el trastorno de la personalidad antisocial⁶⁰⁴, además que, como igual se cumple parte de una condena -como ya ha sido dicho-, nunca se afectará la prevención general negativa ni la prevención general positiva, ni, en su caso, la prevención especial negativa, pues todo aquel que pueda el día de mañana devenir en delincuente, como la generalidad de los ciudadanos, sabe que la pena legalmente dispuesta se ejecuta si ha sido judicialmente determinada, es decir, que, en definitiva, sólo queda exento de cumplir totalmente la sanción, goza de una “libertad anticipada”, única y excepcionalmente quien, en particular, en el intervalo de un efectivo cumplimiento de condena, ha podido verdadera y realmente “rehabilitarse”.

⁶⁰⁴ Ésta, señala MORRIS, *Psicología: Un Nuevo Enfoque*, op. cit., p.593, el patrón inflexible y anormal del comportamiento que hace a un individuo tener una conducta violenta, criminal o inmoral y explosiva, sin que haya sentimientos de consideración por los demás.

No obstante, prevención general y prevención especial son fines de la pena a contemplar en las respectivas legislaciones, además que resultan exigibles acorde las propias Constituciones, en el caso de España no sólo conforme al artículo 25.2 de la Carta, atinente a la prevención especial, sino también por los arts. 1.1. y 9.2 de la norma fundamental, que incumben a la prevención general, y en el caso de Chile según establece el art. 1 inc. 4 de la legislación base, que da pie para una y otra prevención aludidas. Efectivamente, la CE declara que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1.) a la vez que «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social», ideario de logro singular y común y de protección de la persona que “podría conseguirse enteramente” si se evitan delitos, forma de protección, a lo cual conduce tanto la prevención general como especial, aquélla porque intimida a posibles delincuentes y afirma las convicciones jurídicas fundamentales de la generalidad y ésta porque reeduca y/o rehabilita y aísla en lo necesario⁶⁰⁵. Igualmente la CCh, porque, aún sin clara referencia a la prevención especial, comprende la misma idea de la Carta española, esto es -como ya se dijo-, contempla un Estado que, con

⁶⁰⁵ En opinión de BUENO ARÚS, “El sistema de penas en el Derecho penal español desde la Guerra Civil hasta la democracia”, *op. cit.*, p. 168, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.), *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*, «La finalidad resocializadora es compatible con la prevención general, porque esta última finalidad de la pena la exige en todo caso la naturaleza de las cosas. Pues la pena puede o no ser proporcionada al delito, y el legislador se puede proponer o no aprovechar el internamiento para tratar de reinsertar socialmente al reo, pero de ninguna manera la pena puede dejar de ser un mensaje dirigido a la ciudadanía incitándola a no delinquir a la vista de sus consecuencias. La doctrina penalista entiende hoy en día que la finalidad preferente de la pena es la prevención general positiva [...] Lo que [...] no tiene duda es que la *prevención general negativa* [...] no puede dejar de existir [...] porque tal finalidad es incompatible con el terror penal [...] si, además de los límites que le fija el principio de proporcionalidad y la orientación hacia la resocialización, rodeamos a la pena de las mismas garantías (a veces más) que protegen al hombre libre y encargamos a una rama especializada de la Jurisdicción (los JVP) que velen por el respeto de los derechos fundamentales del condenado al mismo tiempo que le reconocen sus méritos para el adelantamiento de su libertad definitiva, lo que constituiría también un *efecto propio de la orientación resocializadora*».

pleno respeto de derechos y garantías, está al servicio de las personas y su finalidad es promover el bien común, debiendo para ello contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a los miembros de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible (art. 1 inc. 4).

Entonces, y sin ser exhaustivo, apreciado que afectar la libertad es el último recurso de la reacción penal, en España, debiera hacerse un esfuerzo serio por prever multa u otra similar para delitos patrimoniales que no involucran necesariamente -incluso para la víctima- gran valor económico, como sucede con el hurto (art. 234 Cp), la estafa (art. 249 Cp), la apropiación indebida (art. 252 Cp), para los que se dispone prisión mínima de seis meses si se afecta la propiedad ajena en más de 400 euros. El mismo predicamento en Chile para delitos semejantes, sobre todo a su respecto, si bien punidos a partir de un determinado detrimento, como si se tratase de un sibilino hado de “buena o mala suerte”, hecha efectiva la correspondiente responsabilidad criminal según el daño patrimonial concreto, habiéndose establecido al objeto diversas penas para la misma infracción, cual es la situación, por nombrar algunas, del hurto (art. 446 Cp⁶⁰⁶), susceptible de constituir una falta (art. 494 bis Cp⁶⁰⁷), los fraudes en la entrega (art. 467 Cp⁶⁰⁸), la apropiación indebida (art. 470

⁶⁰⁶ «Los autores de hurto serán castigados:

1º. Con presidio menor en sus grados medio [541 días a 3 años] a máximo [3 años y 1 día a 5 años] y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

2º. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatro y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3º. Con presidio menor en su grado mínimo [61 a 540 días] y multa cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de media unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa hurtada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales».

⁶⁰⁷ «Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo [1 a 20 días] a medio [21 a 40 días] y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasa de media unidad tributaria mensual.

La falta de que trata este artículo se castigará con multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si se encuentra en grado de frustrada. [...].

[...].».

⁶⁰⁸ «El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio, será penado:

1º. Con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si la defraudación excediera de cuarenta unidades tributarias mensuales.

Cp⁶⁰⁹), uno y otro igualmente posible castigar como falta (art. 497 N° 19: multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales).

A la vez, en España, estatuida con fin preventivo general negativo⁶¹⁰, con suma afección de la prevención especial positiva siendo impuesta, podría suprimirse la pena de prisión de tres a seis meses prevista -LO 15/2007, de 30 de noviembre- para algunos comportamientos viales, como ser conducir vehículo de motor o ciclomotor a velocidad superior a la permitida, en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana (art. 379.1 Cp)⁶¹¹, conducir vehículo de motor o ciclomotor sin

2°. Con presidio menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3°. Con presidio menor en su grado mínimo y multa cinco unidades tributarias mensuales, si excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

Si el valor de la cosa defraudada excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se aplicará la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veintiuna a treinta unidades tributarias mensuales».

⁶⁰⁹ «Las penas del artículo 467 se aplicarán también:

1°. A los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquiera otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla.

[...]».

⁶¹⁰ De acuerdo al Preámbulo de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que modifica el CpE en materia de seguridad vial (BOE, num. 288 [01/12/2007], pp. 495005-49506), párrafos 1 y 2, «[...] el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal [...] con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes», y «La reforma sobre los delitos contra la seguridad vial [...] persigue [...] incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás [...]. Las penas y consecuencias se incrementan notablemente, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir, y a ello se añade la no menos severa posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor o ciclomotor, en orden a disponer su comiso».

⁶¹¹ Siguiendo a GARCÍA ALBERO, Ramón. “La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *RECPC*. 2007, núm. 09-11, p. 11:1-11:28, pp. 11:08-09, una explicación para criminalizar este tipo de conductas es la alta siniestralidad carretera, que exige que la justicia exprese el reproche merecido a la “violencia vial” y satisfaga las necesidades psicosociales del conjunto de víctimas y por extensión a la sociedad, restañando - simbólicamente se entiende- el drama desatado, debiendo entonces el legislativo terminar con el modelo de tutela *ex post facto* de bienes jurídicos y sustituirlo por uno *ex ante*, con selección más o menos rigurosa de las normas preventivo cautelares cuya infracción se reputará delito independientemente del peligro concreto que hayan producido, como también limitar la discrecionalidad judicial a través del uso de términos típicos bien definidos y delimitados que permitan reducir los requerimientos de prueba para imponer la sanción, y caracterizar como delito a la simple imprudencia para no minimizar los accidentes viales, lo que presume, aún primando el desvalor de resultado frente al desvalor de acción, que la infracción de una norma de cuidado, por leve que sea, es grave, o sea, delito, cuando está en juego una vida o la integridad física. (A. en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf> [visitado el 12/01/2008]).

permiso o licencia, o sea, siendo titular de una autorización no vigente por pérdida total de los puntos asignados legalmente (art. 384 párr. 1 Cp), o estando privado de la misma cautelar o definitivamente por decisión judicial o sin haber nunca obtenido permiso o licencia de conducción (art. 384 párr. 2 Cp), desplazamientos viarios que además -junto con no ser unos por sí o necesariamente peligrosos para terceros (v. gr., conducir a exceso de velocidad o sin haber tenido jamás licencia) y otros podido castigar por quebrantamiento (v. gr., conducción privado cautelar o definitivamente de permiso vía judicial) o desobediencia (v. gr., conducir teniendo permiso no vigente por pérdida de puntos)⁶¹² - son, cualitativamente, propios del Derecho administrativo sancionador⁶¹³, lo que, por otro lado, se puede vislumbrar como un alejamiento de la convicción de un Derecho penal fiel a principios garantistas⁶¹⁴ para que cumpla nuevas funciones de prevención y represión⁶¹⁵.

⁶¹² Cfr. QUERALT, Joan J. “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”. En: VV.AA. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.). CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). *Seguridad Vial y Derecho penal: Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 63-71, pp. 69.

⁶¹³ Art. 65.4 Real Decreto legislativo 339/1990, de 2 de marzo, Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: «Son infracciones muy graves [...]:

a) No respetar los límites de velocidad reglamentariamente establecidos, de acuerdo con lo recogido en el Anexo IV.

[...]

k) Conducir un vehículo careciendo de la autorización administrativa correspondiente.

[...]».

⁶¹⁴ Precisamente, indica CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra la seguridad del tráfico”. En: VA.AA. COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español: Parte Especial*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 791-815, p. 797, que siendo alta la siniestralidad en el tráfico rodado, lo cual pone de manifiesto la magnitud ético-social de este problema y evidencia ser necesario desarrollar una *eficaz política preventiva* que tienda a disminuir los graves resultados que pueden producir las múltiples infracciones viales, «la cuestión central radica en cuál es el *medio de control social* más adecuado para ejercer dicha política preventiva con la exclusiva finalidad de obtener el mayor grado de efectividad posible. En cualquier caso, la solución a esta interrogante deberá siempre tener presente la exigencia que conlleva y el respeto que merece el principio de intervención mínima como criterio limitador del poder punitivo del Estado».

⁶¹⁵ De la misma opinión, indica QUERALT, “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”, *op. cit.*, pp. 63 y 65, en: VV.AA. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.). CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.), *Seguridad Vial y Derecho penal...*, *op. cit.*, «La [...] reforma [...] de la LO 15/2007 en materia de seguridad vial [...] vistos algunos de los gravísimos defectos de los que adolece [...] Estamos ante un parche más que recurre a la simple y efectista maniobra de cara a la galería consistente [...] en aumentar las penas, introduciendo las de privación de libertad, y [...] en convertir el Derecho penal en lacayo del Derecho administrativo sancionador», «nos hallamos [...] ante un *uso indebido del Derecho penal*, tanto por vulnerar la exclusiva protección de bienes jurídicos y no meros desideratums morales y por vulneración de su carácter fragmentario y de *ultima ratio*. No debe pasarse por alto que la separación entre Derecho penal y moral no sólo es entre Derecho Penal y moral sexual. Imponer bajo pena la obligación de ser justos y benéficos sigue siendo igualmente ilegítimo aunque no tenga el sexo como referente».

No afecta la convicción precedente el hecho que, conforme a las reglas generales, la extensión dispuesta para la prisión en comento posibilite suspender (art. 80.1 Cp) o sustituir (88.1 Cp) ésta o que derechamente en vez de ella -por expresa previsión legal (arts. 379 y 384 Cp)- se imponga pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, las mismas, sobre todo la última, en esa coyuntura, la opción de los jueces⁶¹⁶, pues no siempre a todo conductor es aplicable alguna de estas alternativas⁶¹⁷. Y, por tratarse de una prisión de muy corta duración no sólo se daña ostensiblemente la personalidad del reo, enhestando su espíritu, por su “conciencia” o conocimiento, en su caso, de no haber realizado una conducta realmente peligrosa para otro, sino también, lo que sería más grave, desdeña el mandato constitucional del art. 25.2 de orientarse la ejecución de toda pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social, algo que por cierto no se obtiene con una privación de libertad por breve tiempo⁶¹⁸, a no ser que la norma fundamental, que no impide dar lugar a los otros fines de la pena, se le entienda como meramente programática, de tal modo que la prevención especial positiva puede ser desconocida o anulada *ab initio*⁶¹⁹.

⁶¹⁶ P. ej., informa el diario La Vanguardia (www.lavanguardia.es), 29 de enero de 2009, p. 4: «**Congestión en las penas alternativas.** [...] La penalización de determinadas infracciones de tráfico (exceso de velocidad, alcoholemia y conducción sin permiso) ha disparado la aplicación en Catalunya de medidas penales alternativas (MPA). Durante el 2008 se registraron 11.630 demandas de aplicación de MPA, un 114,89% más que el año anterior, de las que 7.775 (63,53%) corresponden a delitos de tráfico».

⁶¹⁷ Así, p. ej., da cuenta el diario La Vanguardia, 23 de julio de 2010, p. 3, «[...] **El fiscal impulsará el decomiso del coche** [...] En junio, 988 personas cumplían pena en prisión en España, condenadas por delitos contra el tráfico [...] Uno de cada tres presos cumple pena por conducir sin carnet».

⁶¹⁸ Dicen JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 818, «Una estancia breve en la prisión no tiene ventajas preventivo-especiales mensurables frente a otras sanciones ambulatorias [...] sino que [...] pueden disminuir las posibilidades de resocialización del autor [...] En el mejor de los casos puede presumirse un efecto intimidatorio superior de las penas cortas de prisión para algunos grupos de delincuentes, pero hasta el momento no ha podido ser probado».

⁶¹⁹ En consideración de QUERALT, “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”, op. cit., pp. 70-71, en: VV.AA. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.). CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.), *Seguridad Vial y Derecho penal...*, op. cit. «Siguiendo la pauta [...] de la LO 15/2003, se usa y abusa de la pena corta privativa de libertad. No sólo es un uso político-criminal censurable, sino que se abusa en la certidumbre de que no se impondrá. En primer término, cuando la pena privativa de libertad tenga una pena alternativa no privativa de libertad, la tendencia judicial es la de imponer ésta. En los casos en que [...] no haya más remedio, tratándose de delincuentes primarios, la seguridad ex ante de su suspensión es total, por lo que el efecto disuasorio dista mucho de desplegarse. Una vez más, la huida al derecho penal culmina con la retórica del Derecho penal simbólico».

En Chile, es de esperar la pronta eliminación del presidio perpetuo calificado, el que sólo posibilita gozar de libertad después de 40 años de privación de ella⁶²⁰, lo que exige, de mantenerse, en procura de una eficaz reincorporación al colectivo social, modificar el tiempo de condena cumplida exigida para lograr la libertad condicional, lo mismo que en caso de presidio perpetuo [simple] pues los veinte años de pena efectiva requeridos para concederla muchas veces dificultarán, si es que no imposibilitarán, integrarse socialmente. Es más aceptable la regla general (art. 2 inc. 1 DL 321 [DO 12/03/1925]) de ser la mitad de la condena superior a un año, cuyas otras excepciones⁶²¹ que las dos antedichas pudieran advertirse proporcionadas, sea

⁶²⁰ Aún en países en que se prevé privación de libertad de por vida, p. ej., Alemania, § 211 (1) StGB [«Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft»], cabe excepción que posibilite la adecuada reincorporación social del condenado, en la especie § 57a. StGB, que dispone, en lo que interesa:

«Suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de la libertad perpetua

(1) El tribunal suspende la ejecución del resto de la pena privativa de la libertad perpetua para conceder la libertad condicional cuando:

1. se hayan cumplido quince años de la pena
2. la especial gravedad de la culpa del condenado no imponga el ulterior cumplimiento; y,
3. existen los presupuestos del § 57 inciso 1 frase 1 numeral 2 y 3.

El § 57 inciso 1 frase segunda e inciso 5 rigen en lo pertinente.

[...]

(en lo concerniente, prescribe el § 57 StGB: **«Suspensión del resto de la pena en los casos de pena privativa de la libertad temporal**

(1) El tribunal suspende la ejecución del resto de una pena privativa de la libertad temporal para dar la libertad condicional, cuando:

[...]

2. Se justifica esto en consideración al interés de seguridad de la comunidad; y,
3. el condenado dé su consentimiento.

En la decisión se deberá tener en cuenta particularmente la personalidad del condenado, sus antecedentes, las circunstancias de su hecho, el valor del bien jurídico amenazado en caso de reincidencia, la conducta del condenado en la ejecución, sus condiciones de vida y los efectos que para él se esperan de la suspensión.

[...].)

⁶²¹ Art. 3 DL 321: «A los condenados a presidio perpetuo calificado sólo se les podrá conceder la libertad condicional una vez cumplidos cuarenta años de privación de libertad efectiva [...]

A los condenados a presidio perpetuo se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos veinte años.

A los condenados por los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal [trata de personas] y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena [por Artículo 1° L 20.685 (DO 20/08/2013), se reemplaza «la frase “el previsto en el artículo 411 quáter del Código Penal”, por [...] “los contemplados en el número 2 del artículo 365 bis y en los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367 y 411 quáter, todos del Código Penal,”», o sea, se agregan los delitos de abuso sexual agravado cometido contra menor de catorce años (365 bis N° 2), abuso sexual impropio (366 bis), producción de material pornográfico con intervención de menores de edad (366 quinquies) y el de favorecimiento de la prostitución de menores (367)].

A los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena, y por este solo hecho ésta quedará fijada en veinte años.

que alzan o bajan la regla, atendida la naturaleza de los delitos a que atañen. Se extraña sí mayor énfasis en un pronóstico favorable de reinserción porque para la libertad en cuestión se ha de estar corregido y rehabilitado para la vida social (art. 1 inc. 1 DL 321), lo que en lo fundamental parece ser simplemente, al tenor de la normativa, ausencia de conflicto pues lo debido es -cuya observación, dispone el art. 11 del Reglamento (DS 2442 [DO 26/11/1926]), cada dos meses tiene que registrarlo en el Libro de Vida del penado con una nota media el Tribunal de Conducta⁶²²- un comportamiento intachable en el establecimiento penitenciario y allí aprendido bien un oficio, siempre que haya talleres, y asistido con regularidad y provecho a la escuela del recinto y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sabe leer y escribir (art. 2. 2°.3°.4°, DL 321)⁶²³. En fin, sería conveniente en la legislación chilena introducir de lleno penas claramente resocializadoras, tal como la de prestación de servicios en

Los condenados por hurto o estafa a más de seis años, podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos tres años.

A los condenados a presidio perpetuo por delitos contemplados en la ley N° 18.314, que fija la penalidad por conductas terroristas y, además condenados por delitos sancionados en otros cuerpos legales, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional, una vez cumplidos 10 años de pena, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998, y los condenados suscriban en forma previa una declaración que contenga una renuncia inequívoca al uso de la violencia».

⁶²² Art. 5° DS 2442: «En todos los establecimientos penales en que cumplan sus condenas reclusos condenados por sentencia ejecutoriada a penas privativas de la libertad, habrá un Consejo que se denominará Tribunal de Conducta, con las atribuciones y deberes que se detallan en este reglamento, y que lo integrarán las siguientes autoridades y funcionarios, sin derecho a percibir remuneración especial:

1. El Alcaide o Jefe respectivo;
2. El Jefe de la Sección de Criminología;
3. El Director de la Escuela;
4. El Jefe de la Sección Trabajo;
5. El Jefe de la Guardia Interna;
6. El Médico;
7. La Asistente Social; y
8. Un Abogado o un Psicólogo designado por el Director del Servicio.

Podrán formar parte del Tribunal de Conducta, un miembro de los Tribunales de Justicia designado por la Corte de Apelaciones respectiva, el Inspector Zonal correspondiente y un Abogado del Servicio de Asistencia Judicial del Colegio de Abogados».

⁶²³ Art. 19 DS 2442: «Para establecer la clasificación de la conducta de cada penado, las autoridades que correspondan tomarán en cuenta los siguientes elementos de juicio:

- a) Su conducta en el patio o calle, en el taller i en la escuela;
- b) Su asistencia al taller i a la escuela;
- c) El aseo personal de su celda i útiles; i
- d) Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación i moralidad.

Para pronunciarse sobre la aplicación i el aprovechamiento, tomarán en cuenta especialmente sus progresos como obrero i como alumno i las causas de sus inasistencias al taller i a la escuela».

beneficio de la comunidad, que se aplica solamente a infractores adolescentes (art. 6 e) L 20.084), siendo un significativo avance el que en lo próximo ella por lo menos sea un sustitutivo, aunque únicamente en defecto de otras (art. 11 inc. final L 18.216 [*novus*]), de pena privativa o restrictiva de libertad igual o inferior a trescientos días [*vid. supra* n. 585], lo mismo que, en lo venidero, de pena de multa en caso de impago y para que por ese motivo no se haga efectiva vía sustitución y apremio la de reclusión (Cp, arts. 21 inc. final [*novus*] y 49 [*novus*], modificados por art. 2 L 20.587 [DO 08/06/2012], vigencia pendiente de dictación y publicación de Reglamento [inexistente a 31 de agosto de 2013]).

Conclusión del Capítulo

Siendo para el Estado un instrumento necesario para hacer frente a ataques considerados socialmente intolerables, la pena se vincula directamente con la política criminal, la que está sujeta al influjo de la situación específica de cada sociedad, por lo que las doctrinas de la pena pueden reafirmarse o recrearse bajo nuevas perspectivas.

Por medio de la pena se logran diversos fines, pero entre éstos pueden producirse antinomias, lo que se nota más claramente con las sanciones privativas de libertad, diferentes de otras que por su naturaleza permiten una mayor conciliación de los fines, como acontece con la multa, que posibilita tanto retribución como prevención general, incluso prevención especial positiva.

En pro de antes que reprimir delitos evitar o reducir su comisión, el legislador prevé la pena con carácter esencialmente preventivo general negativo.

La disonancia de fines es dable entre prevención general y prevención especial. La retribución es inherente a toda pena, pues se presupone en la clase y extensión de ésta fijada por ley, porque retribuir equivale a pago merecido al injusto, unido a la idea de reproche, importa castigar con buena conciencia, sólo da cuenta de la justicia conmutativa, la que no se ajusta a la justicia distributiva ni a la correctiva.

Toda imposición de pena comunica al colectivo social que la norma instaurada para protegerlo rige, o sea, denota la prevención general positiva.

La ley debe contemplar fórmulas que permitan conciliar los fines de la pena para que en aras de evitar o disminuir la comisión delictiva -prevención

general negativa- no sea ilusoria la resocialización -prevención especial positiva-. Por tanto, más todavía llano el condenado a ser parte de un proceso rehabilitador, en España y Chile hay que reducir los plazos de procedencia de la libertad condicional y antes ya permitir que la privación de libertad pueda desde un principio cumplirse en régimen semi-abierto, por ejemplo, Centros de Educación y Trabajo, sistema intermedio entre el cerrado o cárcel tradicional y el de Tratamiento en el Medio Libre o de Penas Alternativas.

Aunque la ley establece la pena según la gravedad del delito, debe, al mismo tiempo, procurarse que la que priva de libertad no sea obstáculo insalvable para la resocialización. Por eso han de eliminarse las penas superiores a 15 años, ya que más allá de este tiempo la personalidad del convicto puede estar irremediablemente deteriorada, lo que niega el ideario de orientar la pertinente ejecución a la reeducación y reinserción social. Así, en Chile cabe suprimir el presidio perpetuo calificado y “simple” y reducir, lo que importa hacerlo con los grados mínimo y medio del mismo, la extensión del presidio mayor en su grado máximo, que integra la penalidad de varios delitos (traición, separatismo, ultraje ministro culto, secuestro, sustracción de menor, muerte a fiscal Ministerio Público o defensor penal público, fraude de proveedor, asociación ilícita, violación impropia, abuso sexual agravado a menor de 14 años, favorecimiento prostitución menores, parricidio y femicidio, homicidio calificado, robo calificado, piratería, robo con violencia o intimidación, extorsión, incendio). En España ha de rebajarse, entre otras, la penalidad del asesinato, asesinato cualificado, delito terrorista (muerte o lesiones arts. 149 y 150 Cp, o secuestro), ya del genocidio (muerte o agresión sexual), lo que exige, por proporcionalidad, reducir, por ejemplo, la de homicidio.

Es imprescindible armonizar la prevención general negativa con la prevención especial positiva pues la reincidencia, que no es infrecuente,

puede explicarse por características del individuo (v. gr., impusividad, bajo control o poca habilidad para resolver conflictos) pero también por él antes haber cumplido pena privativa de libertad sin capacitarse para participar en la vida social con conciencia de la responsabilidad, habilitación muy difícil de lograr, sobre todo con infractor primerizo, con sanción como la indicada, cuya duración -aun mínima- puede acarrear la destrucción irreparable de la personalidad del convicto, por lo que la ley debe establecer que, en cualquier tiempo, y más allá de motivos humanitarios (v. gr., muerte de familiar, enfermedad grave e incurable), puede alterarse el régimen normal de ejecución de la prisión [presidio o reclusión] impuesta (v. gr., visita extraordinaria sentimental íntima, salida con custodia).

La armonización de los fines de la pena es necesaria porque todas las teorías presentan falencias: Que la retribución compense la culpabilidad humana no autoriza al Estado retribuir con pena pues muchos se hacen culpables y no por eso son castigados. La culpabilidad puede asumirse con otra consecuencia que la pena, como indemnizar. El presupuesto, el libre albedrío, no es demostrable científicamente. La prevención general, si no es delimitada por el principio de culpabilidad, carece del baremo para la medida de la pena porque las más justas y no las más graves posibles son las que mayor impresión causan en la conciencia jurídica social. La eficacia de la prevención general puede depender, más que de la gravedad de la prevista, de imponerse y aplicarse la pena. La amenaza mediante la pena no siempre surte efecto, ejemplo de ello los delincuentes profesionales, por convicción e impulsivos ocasionales. No se justifica intimidar a uno para que otros se abstengan de delinquir porque ello es contrario a la dignidad humana. La prevención especial permitiría ejecutar la pena hasta que se corrija el individuo, quien, por ser reincidente en hechos menores, también podría ser sometido a drásticas medidas terapéuticas o de seguridad. Podría aun imponerse sanción bajo el mínimo al culpable que no presenta peligro de

reiteración y, lo que es peor, dejar impune a quien delinque gravemente una sola vez y después, durante muchos años, hace una vida absolutamente normal y no muestra compromiso delictual.

Por la resocialización y ponderado que las modernas investigaciones criminológicas evidencian que el corto encierro produce consecuencias nocivas en el individuo, hay que prescindir en España de la prisión con inicio en 3 meses y en Chile del presidio y reclusión menor en su grado mínimo con comienzo en 61 días, debiendo fijarse el principio del castigo en 1 año o al menos 6 meses. Por ello, en el Código penal chileno, aparte de subir el límite mínimo del presidio y reclusión menor, debe eliminarse la prisión en cualquiera de sus grados (1-20, 21-40 y 41-60 días) para la falta de perjurio y ya en su grado mínimo a medio para la falta de hurto así como en su grado máximo como sanción mínima del simple delito de omisión de denuncia de una asociación ilícita.

Consecuentemente, la legislación chilena debe ampliar la aplicación de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, hasta ahora sólo dispuesta para infractores adolescentes (art. 6 e) L 20.084), siendo ya un avance que próximamente sea por lo menos un sustitutivo, aunque únicamente a falta de otras, de pena privativa o restrictiva de libertad igual o inferior a 300 días, como también de pena de multa en caso de impago y para que por tal motivo no se haga efectiva vía sustitución y apremio la pena de reclusión.

Debe introducirse, como tercera vía de consecuencia jurídica del delito, aunque respecto de infracciones menores, la reparación, pues, lo que precisamente justifica su inserción, quien delinque voluntariamente puede reconocer que generó un resultado que es necesario remediar, admisión que supone que él desapruueba lo realizado (prevención especial), además que

envuelve un reproche de la comunidad (prevención general) y, porque asume su responsabilidad, satisface la culpabilidad que fundamenta la pena (retribución).

Al determinar e imponer pena privativa de libertad de verse incompatibles prevención general y prevención especial habría que preferir la primera, prevaleciendo sus exigencias mínimas sobre las de la segunda que aconsejarían reducir al máximo el castigo, ya que, si fracasa el fin de la última o es innecesaria la ejecución por no requerirla el convicto, el conflicto originado atañe sólo al delincuente y no a los que pueden devenir en tal por sacrificarse la eficacia de la prevención general y disminuir las barreras inhibitoras frente a la generalidad. La incompatibilidad en realidad puede ser aparente porque, estableciendo el legislador la pena con carácter preventivo general negativo, lo que basta para evitar o disminuir la comisión delictiva, cual podría ser justamente la sanción mínima legal aplicable, es suficiente también para confirmar la vigencia del Derecho (prevención general positiva) así como, en dicha extensión, aparte de neutralizar o incapacitar al condenado (prevención especial negativa), la única forma viable de si no impedir por lo menos menguar la desocialización propia del encierro (prevención especial positiva).

Capítulo II

“La Jurisprudencia”

Introducción

Previo a establecer qué fin(es) de la pena considerarían jueces españoles y chilenos al condenar a privación de libertad, ha de conocerse no sólo los respectivos sistemas de sanciones y cómo ellas se determinan o individualizan judicialmente sino que también, mucho antes, partiendo por *las diversas acepciones y conceptos de la Jurisprudencia*, acerca de los *sistemas jurisprudenciales*, del sistema *continental o normativista*, que es el propio, y del sistema *anglosajón o judicialista*, y de éste de *el common law en Inglaterra y en Estados Unidos* y de *el precedente judicial* y, por cuanto pudiere acogerse en la *praxis*, de *el precedente judicial en España y Chile en los Tribunales ordinarios de Justicia*. Ha de darse cuenta también de las *valoraciones de la Ciencia jurídica y su incidencia en la interpretación del Derecho*, de aquéllas exactamente la *Escuela del Derecho Libre*, el *Realismo Jurídico*, y la *Jurisprudencia de Conceptos*, *Jurisprudencia de Intereses* y la *Jurisprudencia de Valores*, más todavía que, como destacan FRISCH PHILIPP y GONZÁLEZ QUINTANILLA, la doctrina en la mayoría de los casos tiene un carácter *preparatorio*, esto es, se forma con anterioridad a las resoluciones judiciales en las cuales se toman en consideración, sin faltar, claro está, situaciones en las que una sentencia origina de su contenido y tema una reseña científica jurídica⁶²⁴. Correspondiendo saber de *la Jurisprudencia y las fuentes del Derecho*, hay que advertir las dificultades que encuentra quien resuelve y por eso sobre *la Jurisprudencia y conceptos jurídicos indeterminados*, procede asimismo referir la exigencia de

⁶²⁴ FRISCH PHILIPP, Walter; GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*. México D. F.: Porrúa, 1992, p. 85.

racionalidad de la decisión judicial -que lleva a justificarla interna y externamente- y su sujeción a la interpretación que de la normativa fundamental se haga, o sea, la *Jurisprudencia y el Tribunal Constitucional en el Derecho español y chileno*.

La ponderación entre normas y los intereses o valores que éstas representan no hay que entenderla como una situación normativa inmanente en el Ordenamiento jurídico como fuente para una decisión judicial, pues la solución pasa siempre por el intérprete, el que va a dar a una u otra disposición legal preferencia según la apreciación que haga o atribuya a cierta parte del referido Ordenamiento, en ello pudiendo tener muy presente, aunque no lo declare, un fin o más de la pena, porque, como dice ATIENZA RODRÍGUEZ, dicha decisión encierra «una moral *objetivista* y, en una cierta medida, *interna* al Derecho»⁶²⁵. Es más, una sentencia puede tener su fundamento en doctrinas del pasado, muestra de ello -se trata de materias civiles pero sirven para ejemplificar- los fallos alemanes del Juzgado de Bielefeld, de 13 de mayo de 1986 (NWJ 1987, p. 1089), que responde a la *jurisprudencia de conceptos*, del Tribunal Superior de Hamm, de 2 de diciembre de 1985 (NWJ, p. 781), y del Juzgado de Friburgo, de 25 de marzo de 1987 (NWJ 1987, p. 1486), que lo hacen a la *jurisprudencia de valores*, y del Juzgado de Luedenscheid, de 12 de junio de 1985 (NWJ 1986, p. 784), que obedece a la *jurisprudencia de intereses*⁶²⁶.

⁶²⁵ ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. En: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 248-262, p. 259.

⁶²⁶ Cfr. FRISCH PHILIPP / GONZÁLEZ QUINTANILLA, *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación, op. cit.*, pp. 41-46

2.1. Las diversas acepciones y conceptos de la Jurisprudencia

En una aproximación y en sentido amplio y general, la expresión jurisprudencia comprende cualquier tipo de actividad de carácter técnico que se realiza dentro del campo del Derecho⁶²⁷. En el mundo romano, el concepto de jurisprudencia es el de ciencia o conocimiento del Derecho, y en nuestros días, y en países de legislación codificada, la jurisprudencia se conceptúa como la doctrina sentada por los Tribunales o por un Tribunal determinado⁶²⁸, o sea, el conjunto de reglas resultantes de la actividad de los Tribunales⁶²⁹.

El término jurisprudencia, que en la antigüedad tiene un sentido muy amplio, todavía se emplea en ciertas áreas idiomáticas, especialmente en la alemana, como sinónimo de *ciencia del Derecho*, y ya en el ámbito del Derecho español, y continental en general, es, ante todo, la *doctrina de los tribunales* o, más exactamente, del Tribunal Supremo⁶³⁰. Es decir, «En sentido amplio se entiende por jurisprudencia la doctrina que mana de los fallos de los Tribunales. En sentido estricto es [...] “el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho, mostrado en las sentencias del Tribunal Supremo” o “el

⁶²⁷ NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, Manuel. *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*. Madrid, 1979, p. 122.

⁶²⁸ Cfr. CALVO VIDAL, Felix M. *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?* Valladolid: Lex Nova, 1992, p. 63. En la misma línea, IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “El sometimiento del juez sólo a la ley (Por un enfoque post-positivista). En: VV.AA. RAMOS PASCUA, José Antonio; RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Eds.). *El Positivismo Jurídico a Examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 581-597, p. 584: «Por *jurisprudencia* (del Tribunal X) suele entenderse, primariamente, un conjunto de *sentencias* (o incluso sólo una) proveniente del órgano judicial pertinente»; OVALLE FAVELA, José. “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y Jurisprudencia”. En: VV.AA. CORREA RESTREPO, Lorenza (Ed.). *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*. 1ª ed. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2005, pp. 43-70, p. 59: «En su significado original, la palabra jurisprudencia hacia referencia a la ciencia o conocimiento del derecho. Este es el significado que regularmente se otorga a *jurisprudence* en la tradición del *common law*. Sin embargo, en los países de tradición romano-germánica también se utiliza esta palabra, y seguramente con mayor frecuencia, para designar los criterios de interpretación de la ley sostenidos por los tribunales en sus sentencias».

⁶²⁹ TROPER, Michel. *La filosofía del derecho*. Título original: *La philosophie du droit* (Presses Universitaires de France, 2003). Traducido por GARCÍA-BERRIO, M.ª Teresa. Madrid: Tecnos, 2004, p. 97.

⁶³⁰ Cfr. MARTÍN OVIEDO, José María. *Formación y Aplicación del Derecho (Aspectos actuales)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972, p. 57, n. nº 120.

conjunto de sentencias de éste, por las que se revela el modo uniforme de aplicar el derecho”»⁶³¹.

Al presente, la jurisprudencia, de la manera en que se la concibe, tiene un objeto y una finalidad distinta a la jurisprudencia romana, ya que ésta no pretende formular un sistema de conceptos sino que resolver justa y equitativamente los asuntos que se presentan en la vida diaria, y para lo cual se adaptan principios y dialéctica⁶³².

Iurisprudentia, en fuentes romanas, es la jurisprudencia, o ciencia del Derecho, que ULPIANO define como *est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti ciencia*⁶³³ (el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo e injusto), o sea, y rectamente entendida, es el *iusprudentium*⁶³⁴, además que la expresión latina *prudencia* es una traducción del vocablo griego *fronesis* y cuyo significado es conocimiento y valoración de todo lo humano⁶³⁵ o -dicho en términos similares- conocimiento y valoración de lo justo e injusto, para practicar lo primero y evitar lo segundo⁶³⁶.

Jurisprudencia y otras expresiones similares son vocablos que traducen, por relación, la palabra latina *iurisprudentia* la que hoy nada dice si se toma en

⁶³¹ CAMARGO HERNÁNDEZ, César. “Estudios sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia”. *ADPCP*. t. XII, fasc. I, Enero-Abril 1959, pp. 63-71, p. 69.

⁶³² Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, p. 63.

⁶³³ PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la Novena edición Francesa por RODRÍGUEZ CARRASCO, Manuel. Buenos Aires: Editorial Araujo, 1943, p. 13 y nota (7) [ULPIANO, Libro 10, § 2, D., cod.].

⁶³⁴ Cfr. NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, *op. cit.*, p. 122.

⁶³⁵ Así el significado BIONDI, citado -sin referencia- por NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, *ibid.*

⁶³⁶ Así el significado, según cita CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, pp. 64-65, n. (4), BIONDI, B. *La ciencia del Derecho como arte de lo justo*. Barcelona, 1951, citado por DIEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 1, 2ª ed. Editorial Tecnos, Madrid, 1973, p. 2. V., y BIONDI, B. *Arte y ciencia del Derecho*. Editorial Ariel, Barcelona, 1953, pp. 90-91.

el sentido de ciencia del Derecho o de decisiones judiciales y, en cambio, dice todo si se la toma en un significado convencional⁶³⁷.

La palabra jurisprudencia tiene dos acepciones principales, una ligada a la idea de saber o conocimiento del Derecho y la otra a la actividad de los órganos jurisdiccionales y por esto es un término, en su primera acepción, que se vincula a la actividad de los *juristas* y, en su segundo sentido, es uno vinculado a la actividad de los jueces⁶³⁸.

La jurisprudencia como saber tiene un doble significado. El primero de ellos, y que es el más habitual o común, es la actividad que desde antiguo realizan los juristas con el fin de exponer y describir un Derecho vigente y facilitar su aplicación, significado que se corresponde con ciencia del Derecho⁶³⁹. El segundo, por su lado, alude a un tipo de saber más general acerca del Derecho, cuya finalidad no es dar cuenta de proposiciones acerca de un determinado Derecho vigente y realidad histórica sino formular proposiciones que puedan tener validez por referencia a todo Derecho positivo y, en tal concepto, reemplaza a expresiones tales como “filosofía del Derecho” o “teoría general del Derecho”⁶⁴⁰. Consecuentemente, son diversas las formas en que suele ser denominado el Derecho, ya como ciencia jurídica, doctrina jurídica, dogmática jurídica, “jurisprudencia”⁶⁴¹.

En su significado de ciencia del Derecho, la jurisprudencia es una actividad antigua, cuyos orígenes aparecen ligados a la Ley de las XII Tablas, del siglo

⁶³⁷ CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 65.

⁶³⁸ QUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al Derecho*. Reimpresión de 1ª ed. 2000. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 260.

⁶³⁹ Así también, p. ej., FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales: Fuentes del derecho. Legalidad en el Derecho tributario, procesal penal y aduanero*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 56: «La expresión jurisprudencia tiene [...] diversas acepciones, entre las que se destaca aquella que utiliza el vocablo para mentar la ciencia del derecho (*juris*), *prudentia* -sabiduría- [...] El primero de los significados [...] aparece en Roma, donde la jurisprudencia fue sinónimo del *derecho científico* [...]».

⁶⁴⁰ QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 260.

⁶⁴¹ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Introducción al Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 1985, p. 163.

V a.c., o sea, se trata de una actividad unida al primer texto escrito del Derecho romano, Ordenamiento que muestra madurez sólo a partir del siglo II a.c., y por obra de los juristas cuya labor, aún centrada sobre los preceptos del Derecho, se orienta a casos prácticos y se expresa en respuestas o dictámenes pronunciados acerca de ellos⁶⁴².

Enlazada a la actividad de los órganos jurisdiccionales, la palabra jurisprudencia tiene tres significados distintos. En el primero de ellos, es el conjunto de fallos o decisiones que, emanados de un Tribunal de justicia cualquiera, han sido dictados sobre un asunto o materia similar y sobre la base, siempre, de aplicar un mismo criterio respecto del Derecho referente a esa cuestión y al modo como debe ser interpretado⁶⁴³. En esta consideración, se puede decir que todo Tribunal, en cada país e independientemente de su posición o jerarquía, tiene o forma su propia jurisprudencia y, es más, aún siendo evidente que en un sistema jurídico continental no está sujeto a sus fallos anteriores, es posible conjeturar acerca de cómo resolverá en el futuro, porque así otorga, sin duda, estabilidad a los criterios de interpretación y decisión adoptados previamente sobre determinada materia.

En su segundo significado, jurisprudencia es una palabra que refiere a una serie de fallos concordantes dictados por los Tribunales Superiores de Justicia en asuntos similares, y los que permiten establecer el o los criterios que esa judicatura observa de manera uniforme en presencia de casos semejantes⁶⁴⁴.

⁶⁴² Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 261-262.

⁶⁴³ Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 263.

⁶⁴⁴ Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 263.

En este sentido, para RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en Derecho Público: Reconsideración de las Sentencias como fuente del Derecho". *Revista de Administración Pública*, num. 157, Enero-abril 2002, pp. 89-118, pp. 114, «son jurisprudencia las sentencias del Tribunal Constitucional, las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, las del Tribunal Supremo y, en cuestiones de Derecho autonómico, las de los Tribunales Superiores de Justicia». (A. disponible en: <http://www.cepc.es/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=155&IDA=24417> [visitado el 20/02/2008])

Aunque en un sistema jurídico continental el criterio sustentado en las sentencias de los Tribunales de mayor jerarquía no obliga a los Tribunales inferiores, éstos, pese a su independencia interna para solucionar los asuntos de su competencia, frecuentemente en sus criterios y decisiones se sujetan a los fallos concordantes que sobre una misma materia pronuncian los Tribunales superiores⁶⁴⁵.

La jurisprudencia juega un papel importante como *fuerza material* del Derecho en cuanto es seguro que influirá en las futuras decisiones del Tribunal que la formó y también en las posteriores de los inferiores en jerarquía, no configurándose como fuente formal del Derecho únicamente por la ausencia de obligatoriedad de ella para los Tribunales. Y contra lo que se suele afirmar, puede ser artífice de la formación de la jurisprudencia un Tribunal Superior de un país como uno al que toca conocer sólo de casos “menores”, por ejemplo, un Juzgado de Policía Local⁶⁴⁶.

El segundo significado es el de mayor uso y ello se puede explicar por su innegable trascendencia: es la última palabra sobre la cuestión sometida a la decisión judicial. Como ilustra RIVACOBÁ, «el criterio de los tribunales de mayor jerarquía suele venir avalado por la superior preparación jurídica que se exige a sus integrantes y la gran autoridad moral de que normalmente están revestidos, lo que hace que se imponga a los inferiores por el convencimiento y el respeto que suscita, no por obligatoriedad jurídica. Esto

⁶⁴⁵ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 263-264.

Un factor que podría influir en la sujeción de un Tribunal inferior al criterio sustentado por uno superior es la previa mala evaluación de desempeño del que sirve el primero, realizada por los que integran el segundo, con mayor razón todavía si la mala calificación obedece a que el funcionario pronunció sentencias que, recurridas posteriormente, han sido revocadas en su mayoría, o bien se le invalidó sólo una pero que recayó sobre un asunto de estimable connotación o trascendencia social o pública. En Chile, conforme establece el art. 273 Cot, «Los funcionarios del Escalafón Primario, con la sola excepción de los ministros y fiscal judicial de la Corte Suprema, los funcionarios del Escalafón Secundario y los empleados del Poder Judicial serán calificados anualmente [...] La evaluación se hará por quienes se indica a continuación: a) La Corte Suprema, en pleno, calificará a los ministros de Cortes de Apelaciones, [...]; b) Las Cortes de Apelaciones, en pleno, calificarán a los jueces de letras, [...]».

⁶⁴⁶ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 264.

se comprende mejor todavía si se tiene que presente que esos mismos tribunales no están vinculados por sus propios criterios, y que es usual también que los cambien más o menos a menudo, hablándose, entonces, de que el tribunal tal o cual cambió o varió su jurisprudencia»⁶⁴⁷.

O sea, el que un Tribunal inferior dicte resolución siguiendo el criterio jurídico sostenido por el Tribunal Superior, obedece a un *argumento de autoridad*, esto es, uno cuyo alcance está condicionado por el prestigio y que utiliza actos o juicios de una persona o grupo de personas⁶⁴⁸, un argumento que es de suma importancia y que no puede sin más desecharse como irrelevante cuando se cuestiona su valor, a no ser que ello se funde en una o más proposiciones que sólo pueden ser consideradas como verdaderas o falsas o en dos o más autoridades que se contradicen⁶⁴⁹.

Juega también en favor del precedente judicial un *argumento por el ejemplo*, que implica un cierto desacuerdo respecto a la regla particular que se trata de fundamentar a través del ejemplo. Este argumento supone un acuerdo previo sobre la posibilidad misma de una generalización a partir de casos particulares. En Derecho, invocar lo precedente equivale a tratarlo como un ejemplo que funda una regla, nueva, al menos, en algunos de sus aspectos, aparte que frecuentemente se estima que una disposición jurídica es un ejemplo de principios generales, los que son reconocibles a partir de tal disposición⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ RIVACOBBA, Manuel. *División y fuentes del derecho positivo*. Valparaíso: Edeval, 1962, citado -sin referencia- por SQUELLA NARDUCCI, *ibid*.

⁶⁴⁸ Cfr. PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*. Título original: *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (5ª ed. [Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1989]). Traducción de SEVILLA MUÑOZ, Julia. Madrid: Gredos, 1989, pp. 469-470.

⁶⁴⁹ Cfr. PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*, *op. cit.*, pp. 470-472.

⁶⁵⁰ PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*, *op. cit.*, pp. 536-537.

Asimismo, contribuye al uso del precedente judicial un *argumento pragmático*, es decir, que permite apreciar un acto o suceso con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Este argumento desempeña un papel esencial, al punto que algunos han querido ver en ello el esquema único que posee la lógica de los juicios de valor. El argumento pragmático que permite apreciar algo con arreglo a sus consecuencias presentes o futuras tiene una importancia directa para la acción, no requiere, para que lo admita el sentido común, justificación alguna, distinto que el punto de vista opuesto, el cual exige, cada vez que se defiende, una argumentación, como la afirmación de que debe preconizarse la verdad, sea cual sean las consecuencias, porque posee, independiente de éstas, un valor absoluto⁶⁵¹.

A su vez, el precedente judicial obedece a razones de *justicia formal*, o sea, a una administración imparcial y congruente de las leyes e instituciones, cualquiera que sean sus principios sustantivos⁶⁵², lo que importa que la continuación de la doctrina jurídica de los Tribunales superiores por parte de los inferiores responde a principios de *igualdad*⁶⁵³ y de *seguridad jurídica*⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*, op. cit., pp. 410-411.

Para MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2002, p. 128, conforme al argumento pragmático, la razón para seguir los precedentes radica en los beneficios que con ello se obtiene, como ser la uniforme aplicación de las leyes, la economía procesal, la predicción de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y el prestigio de los jueces y Tribunales.

⁶⁵² RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Título original: *A Theory of Justice* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971). Traducción de GONZÁLEZ, María Dolores. 6ª reimpresión de 2ª ed. en español 1995. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 65.

En palabras de PERELMAN, Chaim. *De la Justicia*. Título original: *De la Justice* (Université Libre de Bruxelles, 1945). Traducción de GUERRA, Ricardo. 1ª ed. en español. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964, p. 28, la justicia formal y abstracta se puede definir como «un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera», noción sí que deja intactas todas las divergencias a propósito de la justicia concreta pues es una definición que no dice ni cuándo dos seres forman parte de una categoría esencial ni cómo hay que tratarlos.

⁶⁵³ Según señala el TCE, «[...] la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE) se produce cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales; de modo que son requisitos de la apreciación de dicha vulneración la existencia de igualdad de hechos [...]; de alteridad personal en los supuestos contrastados [...]; de identidad del órgano judicial, entendiéndose por tal la misma Sección o Sala aunque tenga una composición diferente [...]; de una línea doctrinal previa y consolidada, o un precedente inmediato exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició, que es carga del recurrente acreditar [...]; y, finalmente, el apartamiento inmotivado de dicha línea de interpretación previa o del inmediato precedente, pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley "es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a mantener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con

Como expresa el Presidente del TS, el 21 de septiembre de 2009, en su discurso inaugural del año judicial, titulado “Seguridad jurídica, igualdad ante la ley y aplicación uniforme del Derecho” (p. XLVII), «[...] la contribución de los jueces a la uniformidad de la ley y del Derecho, a través de la búsqueda de una interpretación homogénea de las normas jurídicas, no se justifica exclusivamente en razones de seguridad jurídica -con anterioridad

vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución ad personam" [...]» (STC 161/2008, de 2 de diciembre (F.j. 2), Recurso de amparo, Número de registro: 415-2006).

⁶⁵⁴ En el mismo sentido DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas: La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 272 y 298: «La práctica del precedente [...] es algo que posee una relevancia mayor de la que tradicionalmente se ha dado en nuestro Ordenamiento, vinculada a las exigencias de seguridad y de igualdad por parte de los poderes públicos, así como a la tutela judicial efectiva», «Con la vinculación al precedente no se promueve el inmovilismo, sino la garantía de igualdad y seguridad».

El principio de seguridad jurídica, indica el TCE, «[...] integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la C. E., pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios» (STC 62/1984, de 21 de mayo (fundamento jurídico 5), Recurso de amparo, Número de registro 362/1983).

Para RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *Las justificaciones de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2003, p. 415, seguir el precedente presenta juicios positivos y negativos, entre los primeros el que ello contribuye a aumentar la certeza y seguridad jurídica del sistema jurídico y aumenta al mismo tiempo las garantías de los ciudadanos en la medida que pueden prever las futuras decisiones de los jueces, y entre los segundos el que conduce a la congelación y petrificación del sistema jurídico con lo cual se imposibilita la adaptación de éste a las cambiantes necesidades sociales.

En cuanto a la seguridad jurídica, para AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, op. cit., p. 29, de acuerdo con la ideología del derecho basada en la democracia occidental y generalmente aceptada, no todo uso del poder legal es aceptable y se supone que el juez no toma sus decisiones impulsivamente, por casualidad o de manera tal que el modelo de decisiones oscile en forma imprevisible sino que se espera que el decisor adhiera lo más posible a la certeza jurídica, ésta una expectativa que en estricto sentido significa que todo ciudadano tiene derecho de esperar protección jurídica, y que entendida en sentido más amplio importa que se evite la arbitrariedad y que la decisión sea correcta.

En opinión de PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. 5ª ed. actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 502-504, la seguridad jurídica puede concebirse de tres maneras, esto es, *seguridad por el Derecho*, que es la seguridad contra todo lo que atenta contra los derechos de las personas, *certeza del Derecho*, que exige la perceptibilidad de cierta de la norma de derecho así como la prueba de los hechos de que depende su aplicación y la ejecución de lo que ha sido reconocido como derecho y la certeza de que se trata del contenido del derecho vigente; y *seguridad contra las modificaciones del Derecho*, que procura evitar la incertidumbre del derecho vigente, o sea las modificaciones jurídicas arbitrarias que se realizan sin previo estudio y consulta.

Según señala GEIGER, *Estudios de Sociología del Derecho*, op. cit., pp. 91-93 y 401*, la seguridad jurídica en su forma general es *seguridad del ordenamiento*, la que presenta dos dimensiones, una la *seguridad de orientación o certeza del ordenamiento*, que es la circunstancia de que se conozca lo que está en el Ordenamiento, es decir, saber acerca del contenido de las normas, y la otra la *seguridad de realización o confianza en el ordenamiento*, que es fiarse de que uno participa de su derecho y se responsabiliza de su deber, de modo que, con cierta reserva, se puede decir que la certeza del ordenamiento se refiere a qué es la norma, al núcleo normativo que a una situación dada le sigue un cierto tipo de actuación o conducta, mientras que la confianza en el ordenamiento hace referencia a qué fuerza tiene la norma, a la intensidad de su estigma vinculante u obligatorio [* GEIGER utiliza símbolos cuyo significado, tratándose de los pertinentes a este tópico, se hallan en esta página].

apuntadas-, sino también en exigencias de igualdad de las personas en la aplicación de las leyes, en cuanto que destinatarias de los preceptos y mandatos en ellas contenidos»⁶⁵⁵.

En esta idea de seguir la orientación surgida de la resolución de un Tribunal superior, y dicho muy resumidamente, distinto sucede en el Derecho anglosajón o sistema del *common law*⁶⁵⁶, porque éste, aunque también se sirve de la legislación escrita, ésta denominada *statute law*, es un sistema de Derecho jurisprudencial, esto es, que se basa en las sentencias pronunciadas por los Tribunales, las que se configuran como precedentes obligatorios a ser aplicados en los casos futuros de igual naturaleza que ocurran. En este sistema, los Tribunales deben atenerse a las decisiones ya dispuestas para casos similares o análogos por ellos mismos o por otros Juzgados de mayor jerarquía (*stare decisis*), es decir, se trata de un Derecho del caso, lo cual

⁶⁵⁵Discurso en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm> (visitado el 20/11/2009).

⁶⁵⁶ Si bien la mayoría de autores suelen emplear sinónimamente las expresiones “Derecho anglosajón” y “*common law*”, algo que, siguiendo la tendencia, también aquí se hace, como indica MARÍN CASTÁN, María Luisa. “La figura del juez en el Sistema Jurídico inglés”. En: Vv.AA. LÓPEZ MORENO, Ángeles (Coord.). *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid: Colex, 1999, pp. 171-191, p. 176, n. n° 11, el término Derecho anglosajón, que generalmente utilizan los autores del Continente europeo para designar el Derecho angloamericano, es bastante inadecuado, sobre todo desde la perspectiva de los juristas ingleses, quienes al hacer uso de esta expresión se refieren exclusivamente al Derecho vigente en Inglaterra antes de la conquista de la isla por los normandos en el año 1066.

A su vez, como refiere ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995, pp. 14-16, *common law* es una expresión que adquiere distintos significados según el contexto y grado de generalidad en que se use. Así, y circunscritos al contexto del Derecho angloamericano, puede referirse, primeramente, al Derecho angloamericano en su conjunto, o sea al de Gran Bretaña, Estados Unidos y otros países como Canadá, Australia, India, etc. En segundo lugar, puede entenderse por *common law* el elemento casuístico del Derecho angloamericano (*case law*) constituido por los precedentes judiciales, o sea la jurisprudencia de los Tribunales angloamericanos. En un tercer sentido, la expresión *common law* puede hacer referencia al derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos Tribunales ingleses llamados *common law courts* y los modernos Tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, en contraposición con el derecho construido por la jurisprudencia de los Tribunales de *equity*. En una cuarta acepción, por *common law* puede entenderse el antiguo derecho existente en Inglaterra y los Estados Unidos, a diferencia de las normas introducidas en épocas recientes por la legislación o la jurisprudencia.

En cambio, para MORINEAU, Marta. *Una Introducción al Common Law*. 2ª reimpresión de 1ª ed. 1998. México D. F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004, p. 36, el término *common law* se utiliza para referir a tres cosas distintas, según el contexto en que se encuentren, esto es, en una acepción restringida designa a la rama más antigua del Derecho inglés, en una acepción más amplia incluye también a la otra rama, a la *equity*, y sirve para referirse al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto, y se utiliza, en una tercera acepción, que tiene una connotación más amplia todavía, para referirse a la familia jurídica que se fue formando al extenderse tanto el dominio político como el Derecho inglés a otros lugares más allá de Inglaterra.

explica que en el mundo anglosajón se hable de *case law* y que los estudios de Derecho y la práctica de los abogados aparezcan más concentradas en el estudio de casos que en el de las leyes. En países del *common law*, si alguien preguntara acerca de qué dice el Derecho sobre una determinada materia, el especialista consultado va a atender esencialmente a la manera de cómo los Tribunales ya resolvieron ese asunto y su respuesta, más que hacer mención a normas legales, entregará información de cómo los Tribunales decidirán la cuestión de que se trata, no siendo así si se tratara del sistema continental, formado por la recepción del Derecho romano, pues, aquí, los operadores jurídicos se concentrarían antes en la legislación que en la jurisprudencia de los Tribunales⁶⁵⁷.

En su tercera acepción, utilizada la palabra vinculada a la actividad de los órganos jurisdiccionales, la jurisprudencia significa las normas jurídicas concretas y singulares que producen los jueces mediante sus sentencias, con las que ponen fin a las controversias y demás asuntos que ante ellos se promueven⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 265.

⁶⁵⁸ Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 266.

Para PACHECO GÓMEZ, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 358, «La palabra jurisprudencia posee varias acepciones [...] significa conocimiento del Derecho; en otra, Ciencia del Derecho, teoría del orden jurídico positivo o doctrina jurídica; en otra, sirve para designar el conjunto de principios generales emanados de los fallos uniforme de los Tribunales de Justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; y en una tercera, corresponde a las normas jurídicas individuales emanadas de sentencias pronunciadas por los Tribunales de Justicia».

En concepto de LABBE, Xavier. *Les critères de la norme juridique*. s.l: Presses Universitaires de Lille, 1994, p. 96, jurisprudencia es, en primer lugar, el conjunto de las decisiones pronunciadas por los Tribunales. En este sentido, se habla de las recopilaciones de jurisprudencia que contienen las decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales. Pero el término jurisprudencia puede cubrir otra realidad: él puede designar la práctica tomada por un juez, de resolver tal tipo de litigio de tal o cual manera. En este sentido, se dice de un juez que él tiene su jurisprudencia. [«(...) la jurisprudence, c'est d'abord l'ensemble des décisions prononcées par les tribunaux. En ce sens, on parle des "recueils de jurisprudence" qui contiennent les décisions rendues par les juridictions françaises. Mais le terme de "jurisprudence" peut aussi recouvrir une autre réalité il peut désigner l'habitude prise par un juge, de trancher tel type de litige de telle ou telle manière. En ce sens, on dit d'un juge qu'il a "sa" jurisprudence». (traducción libre)].

Así, «La *jurisprudencia* está formada por el conjunto de resoluciones dictadas por los tribunales. En términos estrictos⁶⁵⁹, es solamente la que emana del Tribunal Supremo cuando resuelve recursos de casación»⁶⁶⁰.

2.2. *Sistemas Jurisprudenciales*

En sistemas jurídicos continentales como el español y el chileno no es permitido que el actuar judicial origine una norma general y abstracta, esto es, una ley y, por el contrario, sometidos al imperio de ésta deben fallar los Tribunales⁶⁶¹. En la práctica difícilmente a través de las sentencias judiciales se puede crear Derecho puesto que por no ser siempre una misma persona quien resuelve es muy posible que se obtengan soluciones jurídicas disímiles para casos de naturaleza semejante, lo que afecta también considerablemente el principio de igualdad ante la ley y la seguridad jurídica⁶⁶². Ni la natural diferencia de criterio entre jueces podría llevar por sí a la creación judicial de

⁶⁵⁹ En este sentido, al decir de REALE, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, p. 137, jurisprudencia es la forma de manifestación del Derecho que se realiza a través del ejercicio de la jurisdicción, en virtud de una sucesión armónica de decisiones judiciales.

⁶⁶⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general*, *op. cit.*, p. 265. De igual parecer, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. t. I, *op. cit.*, p. 196. Muy similarmente, indica CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, pp. 74 y 76-79, la jurisprudencia no es sólo la ciencia del Derecho, el conocimiento del Derecho, que es la acepción del Derecho romano, es también la aplicación del derecho al hecho, o sea poner la ley en acción, lo que importa que, al corriente, el término se refiere a las consecuencias extraídas de la ley en su aplicación a casos particulares por parte de los órganos judiciales, por lo cual la jurisprudencia es, en sentido amplio, la doctrina que establecen jueces y magistrados al resolver el caso que se les presenta, y es, en sentido estricto, la interpretación del Derecho vigente realizada por el Tribunal Supremo. Es más, señala CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, pp. 80-84, aún habiéndose creado con la Constitución Política de 1978 órganos relativamente extraños al Ordenamiento jurídico español, salvo el período de la Segunda República, a saber el Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss.) y los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 152.1, § 2), la jurisprudencia en sentido técnico y estricto es únicamente la doctrina que de modo reiterado establece el Tribunal Supremo al resolver los asuntos que se le presentan a su conocimiento, siendo otro tipo de jurisprudencia la doctrina que sienta el Tribunal Constitucional al abordar las cuestiones suscitadas ante él y, en consecuencia, junto con la jurisprudencia judicial cabe ahora hablar también de la jurisprudencia constitucional.

⁶⁶¹ STC 133/1995, de 25 de septiembre (F.j. 5), Recurso de amparo, Número de registro: 2588/1991: «La independencia judicial de cualquier presión o influencia externa, tiene como anverso el sometimiento exclusivo de los Jueces a la ley y al Derecho, principio de juridicidad, más allá del de legalidad, que implica respeto no sólo a las normas sino también a los usos y costumbres, a los principios generales del Derecho [...]».

⁶⁶² No obstante, en opinión de REALE, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, p. 137, las divergencias entre Tribunales, en cuanto al contenido de sus decisiones respecto a las mismas cuestiones de hecho y de derecho, dan cuenta de que el acto de juzgar no es pasivo frente al texto legal e implica un margen importante de poder creador.

Derecho, porque, si bien cada uno de aquéllos basa sus teorías interpretativas con parte de sus propias convicciones, las diferencias existentes no tienen por qué necesariamente ser relevantes, aparte que las mismas se reducen y se propende a la convergencia por el influjo de diversas fuerzas, a la que los jueces no son ajenos, y como son las expectativas sociales⁶⁶³ frente a determinados sucesos, el ambiente letrado general y su lenguaje⁶⁶⁴. Como refiere VERNENGO, la interpretación judicial -la interpretación operativa- es vista, típicamente, como un acto de control social, mediante el cual un órgano del Estado controla un conflicto y lo resuelve conforme a criterios en los cuales entran en juego también sus propios intereses (profesionales, estamentales y personales), y que admitimos justamente en el juego conflictual de intereses únicamente como órgano y no como sujeto individual porque se supone que los intereses que representa predominarán⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Advierte FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 601, más allá de las formas de responsabilidad jurídica, la principal garantía de control sobre el funcionamiento de la justicia es la *responsabilidad social*, que se expresa en la más amplia sujeción de las resoluciones judiciales a la crítica de la opinión pública. O como señala BETTI, Emilio. *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti (Teoria generale e dogmatica)* (Milán, Giuffrè, [1949] 1971). En: BETTI, Emilio. *La Interpretación Jurídica: Páginas escogidas*. Prólogo de CRIFÒ, Giuliano. Compilación y traducción de VERGARA BLANCO, Alejandro. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006, pp. 194-195, el juez debe prever las reacciones que es de presumir habrán de producirse al utilizar un determinado modo de entender la valoración normativa de la ley, por lo cual tiene que tomar en cuenta tanto la ventaja que se puede esperar como el daño eventual que se puede originar por aplicarla al resolver el conflicto de intereses en cuestión.

Habría que considerar también que toda sociedad es conservadora, en el buen sentido del término, o sea, es favorable a seguir con la forma de vida en común existente y es adversa a cambios bruscos o radicales, y esto es válido, incluso, para conglomerados surgido por la fuerza, p. ej., por una revolución, porque, ya alcanzado el poder, se querrá, sin duda, por los que proclaman y por los que dirigen esa “nueva sociedad”, que se continúe con el orden de cosas tan abruptamente establecido y, en tal sentido, yendo específicamente a la aplicación del Derecho, sea cual fuere la colectividad, siempre hay una sintonía entre la doctrina del aula y la del foro, entre la teoría y la práctica, esto es, invariablemente la enseñanza del Derecho a los próximos operadores del sistema, cómo ha acontecido con los actuales, no presenta mayor diferencia con cómo son concebidas las normas del Ordenamiento jurídico al interior del órgano jurisdiccional. Justamente -a propósito de la Constitución política como realidad social-, señala HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Título original: *Staatslehre* (1934, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. M., Leiden). Traducción de TOBÍO, Luis. 4ª reimpresión argentina de 1ª ed. en español 1942. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 269 y 274, «el Estado es una forma organizada de vida cuya Constitución se caracteriza no sólo por la conducta normada y jurídicamente organizada de sus miembros, sino además por la conducta no normada, aunque sí normalizada, de los mismos» y «la normatividad requiere como supuesto permanente una cierta normalidad y no existe, evidentemente, norma alguna que pudiera aplicarse a un caos».

⁶⁶⁴ Cfr. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Título original: *Law's Empire* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986). Traducción de FERRARI, Claudia. 2ª reimpresión de 1ª ed. 1988. Barcelona: Gedisa, 2005, pp. 72-73.

⁶⁶⁵ Cfr. VERNENGO, R. J. *La Interpretación Jurídica*. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, pp. 125-126 (esta interpretación operativa, en palabras de VERNENGO, *La*

En las legislaciones continentales la ley es condición básica para la actuación del juez pues no sólo lo vincula u obliga sino que también, de manera más o menos exacta y visible, le prescribe las normas conforme a las cuales ha de decidir el caso que le ha sido presentado⁶⁶⁶. Sin embargo, el Derecho escrito como asiento de la labor judicial no es un fenómeno universal, esto es, hay Estados en los que el juez decide sin hallar necesaria e indispensablemente el fundamento de su resolución en una norma positiva y, de este modo, consonante con los Ordenamientos jurídicos reales, se constatan dos sistemas diversos de jurisprudencia⁶⁶⁷, a saber: *sistema continental o normativista* y *sistema anglosajón o judicialista*.

2.2.1. Sistema Continental o Normativista

En el siglo XIX asoma la codificación y su influencia se siente en gran parte del orbe, incluida España y Chile, siendo el elemento clave de este hito histórico la idea que el Derecho puede ser racionalizado, ser sometido a una *legalidad* tanto material como de forma⁶⁶⁸. La codificación es un rechazo a las tendencias metafísicas de los siglos previos, en los que ha predominado la doctrina clásica del Derecho natural que, igual que las filosofías históricas del

Interpretación Jurídica, *op. cit.*, p. 4, es la que practican los órganos jurisdiccionales de un sistema jurídico positivo cuando aplican Derecho o, más simplemente, cuando resuelven casos).

⁶⁶⁶ Cfr. HASSEMER, Winfried. "Sistema Jurídico y Codificación: La vinculación del Juez a la Ley". Traducción de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 197-217, p. 201.

⁶⁶⁷ Según define BRUGER, Walter. *Diccionario de Filosofía*. Título original: *Philosophisches Wörterbuch* (Verlag & Herder & Co. de Friburgo de Brisgovia [Alemania]). Traducción de VÉLEZ CANTARELL, José María. 9ª ed. ampliada. Barcelona: Herder, 1978, p. 478, «Sistema es una multiplicidad de conocimientos articulados según una idea de totalidad» y, como señala BÜLLESBACH, Alfred. "Enfoque de Teoría de Sistemas", *op. cit.*, pp. 313, en: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*, «Las teorías de sistemas mantienen la pretensión de abarcar la sociedad en su conjunto, en su totalidad [...] Al jurista continental no le es ajeno el uso del término sistema. Conoce una pluralidad de «sistemas». El sistema jurídico mismo, el sistema (dogmático) del derecho romano, el sistema legal, incluyendo el modo de interpretación sistemática, los sistemas de los siglos XIX y XX (por ejemplo, la jurisprudencia de conceptos, la jurisprudencia de intereses, la teoría pura del derecho, etc.). En todos estos casos se emplea el concepto al modo tradicional y hace referencia a un principio de ordenación o a un sistema de codificación».

⁶⁶⁸ Cfr. MARTÍN OVIEDO, *Formación y Aplicación del Derecho (Aspectos actuales)*, *op. cit.*, p. 40.

Derecho sostenidas por Savigny, Hegel y Marx, muestra como rasgo distintivo la existencia de ciertos principios últimos que operan más allá de la superficie empírica de las cosas y los cuales perfectamente explicarían la naturaleza y el significado del Derecho⁶⁶⁹.

La codificación responde al llamado movimiento filosófico del *positivismo*⁶⁷⁰, el que, como actitud científica, implica un rechazo a las especulaciones apriorísticas y metafísicas y se remite a los datos de la experiencia y a la conexión e interrelación de éstos, de lo cual se infiere ciertas leyes causales, que ligan un grupo de hechos con otro grupo de hechos, y las cuales, aplicadas a la esfera de las ciencias sociales, dan por sentada la absoluta primacía de la ley de causalidad en el dominio de la conducta social humana lo que, trasladado a lo jurídico, trae consigo que el Derecho es un imperativo del poder gubernamental, es un mandato del soberano⁶⁷¹.

En un contexto de consolidación del Derecho positivo⁶⁷², es decir, en países de Derecho preferentemente codificado o escriturado, el actuar del juez tiene como fundamento o pilar básico la ley vigente y la primacía de ésta es por sí un obstáculo mayor para reconocer a los precedentes jurídicos y a las

⁶⁶⁹ Cfr. BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Título original: *Jurisprudence* (1940, McGraw-Hill Book Company, Inc., Nueva Cork). 8ª reimpresión de 1ª ed. en español 1942. México D. F.: 1983, p. 304.

⁶⁷⁰ Dice ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El Derecho como argumentación: Concepciones de la argumentación*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 2006, p. 20, es usual presentar al positivismo jurídico a partir de la llamada «tesis de las fuentes sociales del Derecho», o sea, la tesis de que el Derecho es un fenómeno convencional que se crea y se modifica por actos humanos.

⁶⁷¹ Cfr. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 305-306.

⁶⁷² Para ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de SEÑA, Jorge M. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 13-14, todas las teoría positivistas sostienen la tesis de la separación, esto es, el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, es decir, no existe conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, entre aquello que ordena el Derecho y aquello que exige la moral o entre el Derecho que es y el que debe ser y, por lo mismo, para el concepto positivista del Derecho hay sólo dos elementos definitorios: el de legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios. A todas ellas es común el hecho de que lo que es Derecho depende de lo que es impuesto y/o eficaz y, por lo mismo, la corrección del contenido, cualquiera que sea éste, no juega aquí papel alguno. Inversamente, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación* y, según ella, el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales.

decisiones de los Tribunales un valor vinculante y que entonces pueda considerárseles como genuinas fuentes de Derecho. La misma separación o división de poderes justifica la supremacía de la legislación en uso e imposibilita situar como una real y efectiva fuente de Derecho a la jurisprudencia, a la cual le está vedada alguna facultad para dictar normas de carácter general y obligatorio, siendo el titular único autorizado al efecto el Poder Legislativo.

Por lo mismo, es frecuente negar a la jurisprudencia ser fuente de Derecho (v. gr., arts. 1.1 CcE⁶⁷³, 3 inc. 2 CcCh⁶⁷⁴, 1.1 CcP⁶⁷⁵, 1.1) CcIt.⁶⁷⁶) como también radicar la potestad legislativa en los respectivos parlamentos (v. gr., arts. 66.2 primera parte CE⁶⁷⁷, 63 CCh⁶⁷⁸, 161 c) CPort.⁶⁷⁹, 70 Clt.⁶⁸⁰), y en este escenario el Poder Judicial queda constreñido a interpretar y aplicar la ley⁶⁸¹,

⁶⁷³ «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

⁶⁷⁴ «Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren».

⁶⁷⁵ «(Fontes imediatas)

1. São fontes imediatas do direito as leis [...]».

⁶⁷⁶ «**Indicazione delle fonti**

Sono fonti del diritto:

1) le leggi (Cost. 70 e seguenti, 117, 138; prel. Cod. Civ. 2, 10 e seguenti);

[...]».

⁶⁷⁷ «[...] Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, [...]».

⁶⁷⁸ «Las normas legales que interpreten preceptos constitucionales necesitarán, para su aprobación, modificación o derogación, de las tres quintas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales a las cuales la Constitución confiere el carácter de ley orgánica constitucional requerirán, para su aprobación, modificación o derogación, de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio.

Las normas legales de quórum calificado se establecerán, modificarán o derogarán por la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio.

Las demás normas legales requerirán la mayoría de los miembros presentes de cada Cámara, o las mayorías que sean aplicables conforme a los artículos 68 y siguientes».

⁶⁷⁹ «**(Competência política e legislativa)**

Compete à Assembleia da República:

[...]

c) Fazer leis sobre todas as matérias, salvo as reservadas pela Constituição ao Governo;

[...]».

⁶⁸⁰ «La funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere».

⁶⁸¹ No existe coincidencia y consideran algunos la interpretación judicial un acto de creación de Derecho, sustentándolo así, p. ej., Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Título original: *Reine Rechtslehre* (zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960). Traducción del original en alemán de VERNENGO, Roberto J. 1ª ed. en español. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 354-355; BALDÓ LAVILLA, Francisco. "Observaciones Metodológicas sobre la construcción de la Teoría del Delito". *Anales de Jurisprudencia*. t. 248, Sexta época Segunda Etapa, Noviembre-Diciembre 2000, México D. F.: Dirección General de Análisis de Jurisprudencia y Boletín Judicial, pp. 233-287, pp.

o sea, en sistemas de Derecho codificado se monopoliza el concepto de ley y a tal punto que la formación judicial de normas es impensable así como comportaría una extralimitación o contravención flagrante del marco trazado por la normativa fundamental.

Como indica COING, «El jurista del continente europeo está acostumbrado a imaginar el orden jurídico como un sistema de leyes amplias, precisas y coherentes, y no hay duda que la teoría jurídica europea está considerablemente influida por esa idea [...] El derecho está codificado; todos sus principios esenciales se formulan en códigos abstractamente redactados; la actividad del jurista consiste en la aplicación de leyes; el desarrollo del derecho tiene lugar, sobre todo, en las reformas legislativas y en su preparación»⁶⁸².

241-242; LÓPEZ GUERRA, Luis. “La legitimidad democrática del juez. *Cuadernos de Derecho Público*. N° 1, Mayo-Agosto 1997, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 43-76, pp. 53-56; HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho*. Título original: *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961). Traducido por CARRIÓ, Genaro R. Reimpresión de 1ª ed. 1963. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 167-169 (también HART, Herbert L. A., en: *Post scriptum al concepto del derecho*. Título original: *Postscript* (Oxford University Press, 1994). Traducción de TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 54); COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Título original: *Grundzuge der Rechtsphilosophie*. Traducción de MAURI, Juan Manuel. Barcelona: Ariel, 1961, pp. 260-261; SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sobre la interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacions e Intercambio Científico, 2003, pp. 113-114; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2005, pp. 224-225.

Se muestran dudosos en orden a que el juez cree Derecho JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 164-165, y KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica: Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*. Título original: *Introduction à la logique juridique* (Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965). Traducido por CASAUBON, Juan A. Buenos Aires: Eudeba, 1973, p. 179.

Entre quienes niegan que al interpretar la ley el juez cree Derecho se cuentan, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*. Reimpresión de 3ª ed. 1958. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; Editorial Sudamericana, 1997, p. 87; NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2005, p. 121; FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: Introducción y Parte General*. Actualizado por LEDESMA, Guillermo A. C. 16ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, pp. 107-108; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., pp. 147-148 y 216-217; PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Título original: *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique* (Jurisprudence Generale Dalloz, París, 1976). Traducción de DÍEZ-PICAZO, Luis. Reimpresión de 1ª ed. 1979. Madrid: Civitas, 1988, pp. 196-199; CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 1992, pp. 58-59; DWORKIN, *El Imperio de la Justicia...*, op. cit., pp. 18-19; BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Título original: *Introduction à l'étude du droit* (Librairie du Recueil Sirey [Paris]). Traducción de GUERRERO R., Jorge (de 2ª ed. francesa 1931). 2ª ed. Bogotá: Temis, 1982, pp. 130-135.

⁶⁸² COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 51-52.

En el sistema continental el juez aplica la norma creada por el legislativo, si de ley se trata, o por la sociedad, cuando es costumbre, empleando un razonamiento deductivo, o sea, de lo abstracto y general se va o llega a lo concreto y particular, por lo que quien sentencia simplemente encaja el caso que examina en la norma general que previamente ha proporcionado el legislador, se trata entonces de un sistema cerrado de Derecho codificado que da lugar a fuentes de Derecho circunscritas al ámbito normativo y que desconoce la importancia de los principios, el sistema del precedente, como también se designa al anglosajón⁶⁸³.

Pero, pese a su característica de vincular al juez a la ley, o sea, que la ley le señala al juez las alternativas de elección: la o las normas que ha de aplicar para pronunciar sentencia, y el o los argumentos con los que se debe fundar la alternativa de decisión elegida: la manera en que debe interpretar la norma electa, el sistema continental o normativista no implica un repudio total y absoluto al precedente pues la propia *independencia* del juez para resolver permite a éste, cuando falla, tener en cuenta tanto sus propios criterios o principios jurídicos ya adoptados para materias semejantes como también los criterios o principios jurídicos que para las mismas fueron antes establecidos por sus superiores jerárquicos, más todavía si procediendo de esa forma se resguarda la seguridad jurídica, esto es, el administrado sabrá a que atenerse ante una situación determinada que a su respecto se ha presentado.

Al consagrar el sistema continental la “independencia” de los jueces o establecerse el Poder Judicial como un poder del Estado “independiente”, la vinculación de los Tribunales con la ley no impide que el juez que conoce de un asunto similar a otro ya resuelto pueda e incluso deba dictar sentencia según convicción formada en razón de acuerdo justamente con el precedente y por ser éste acertado y continuar fundado en el Derecho vigente.

⁶⁸³ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., pp. 92-93.

En opinión de HASSEMER, la vinculación del juez a la ley y su independencia son realidades relacionadas entre sí, en una conexión funcional que representa una conquista destacada propia del Estado de Derecho, la cual es asegurarle al juez, como instancia intermedia, una independencia personal y objetiva que le permita efectivamente trasladar las ideas jurídicas incorporadas a la ley codificada a la decisión jurídica específica⁶⁸⁴. Por lo mismo, es dudoso que el juez debe someterse estrictamente a la ley y su tenor literal y que la prohibición de interpretación analógica, tan propia del Derecho penal⁶⁸⁵, le signifique límite a su libertad para resolver ya que, en este último aspecto, las fronteras de la punibilidad más que conformarse por el tenor de la ley penal lo hacen por la interpretación de los jueces, de la que no puede prescindirse, y sin que exista algún criterio idóneo que permita fijar sin duda alguna las competencias judiciales de decisión⁶⁸⁶.

Además, la realidad que ofrece la legislación en ocasiones, como ser la vaguedad y porosidad de los conceptos legales, incluida la distinta forma en que los jueces abordan éstos, hace perder sentido al afán que la sentencia se atenga estrictamente a la ley porque, siendo así, quien juzga va a ocultar la inseguridad que puede causar su interpretación detrás de una verdadera manifestación de seguridad, inmutabilidad y carencia de lagunas, provocando con ello lo que la misma vinculación a la ley quiere siempre evitar, cual es que permanezcan ocultos los ineludibles cambios de la jurisprudencia y los elementos determinantes de tal mutación⁶⁸⁷, o sea, el juez continuaría con su

⁶⁸⁴ Cfr. HASSEMER, "Sistema Jurídico y Codificación: La vinculación del Juez a la Ley", *op. cit.*, p. 209, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁶⁸⁵ En este sentido, para DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004, pp. 69-70, en el Derecho penal existen dos principios específicos trascendentales de interpretación, esto es, *in dubio pro reo* y *no reformatio in pejus*

⁶⁸⁶ Cfr. HASSEMER, "Sistema Jurídico y Codificación: La vinculación del Juez a la Ley", *op. cit.*, p. 210, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁶⁸⁷ Cfr. HASSEMER, *ibid.*

modo de resolver bajo una apariencia invariable de estar limitado tan sólo a dar a conocer el significado de las palabras de la ley.

Dentro del sistema normativista, una “desvinculación” del juez a la ley y una sujeción al precedente del Tribunal superior puede encontrar cobijo en razones prácticas, como el que el Tribunal inferior ahorra tiempo así como evita dificultades y responsabilidad y, asimismo, cumple con el ideario de justicia formal, que parece ser siempre un elemento esencial en la administración de justicia, y cual es la exigencia de que los casos análogos se traten de manera similar o que cada decisión concreta se base en una regla general⁶⁸⁸. Se trata de un efecto fáctico de vinculación pues el juez se puede desviar del Derecho judicial, de lo resuelto previamente por uno de sus pares para un caso semejante, ya que no se halla sujeto a los precedentes con la rigidez que se deriva del postulado de la vinculación de la ley, pero si efectivamente se aparta del precedente tiene que traslucir claramente, al fundamentar su decisión, un volumen importante de argumentos de peso⁶⁸⁹. Dicho de otro modo, dentro de la igualdad formal es coherente que la interpretación que se dé a una norma sea igual para casos idénticos y, de no serlo, debe darse una explicación plausible para romper la igualdad interpretativa⁶⁹⁰.

Para ROSS, aún suponiendo que el precedente no posee “fuerza obligatoria”, es también un hecho que los jueces de Europa continental son influidos, en gran medida, por decisiones anteriores, y sólo rara vez y a disgusto se apartan de la práctica aceptada⁶⁹¹. Eso sí, es difícil descubrir qué es lo que

⁶⁸⁸ ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 115.

⁶⁸⁹ Cfr. HASSEMER, “Sistema Jurídico y Codificación: La vinculación del Juez a la Ley”, *op. cit.*, p. 213, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁶⁹⁰ DUEÑAS RUIZ, *Lecciones de hermenéutica jurídica*, *op. cit.*, pp. 88-89.

⁶⁹¹ En este sentido, para NINO, *Introducción al análisis del derecho*, *op. cit.*, pp. 292-293, las normas de origen judicial no sólo constituyen el núcleo más importante de algunos sistemas jurídicos, el llamado *common law* vigente sobre todo en Inglaterra y Estados Unidos, sino que hasta en los sistemas de tipo *continental europeo* tienen una vigencia no desdeñable para la solución de los casos, pudiendo decirse que la

verdaderamente ocurre en la realidad, ya porque los *considerandos* no invocan el precedente o bien porque con frecuencia las nuevas líneas jurisprudenciales no aparecen como un abandono abiertamente admitido de la práctica anterior. No ha prevalecido una ideología que se corresponda con la angloamericana en el continente europeo y la razón de ello puede estar en el rol mucho más sustancial que aquí desempeña la legislación como fuente de Derecho. El deseo de ver al juez obligado por un Derecho objetivamente determinado, que ha sido de antemano establecido, acá se satisface por la doctrina de la absoluta “fuerza obligatoria” de la ley⁶⁹².

2.2.2. Sistema Anglosajón o Judicialista

Una adecuada aplicación del Derecho no sólo es posible y conveniente teniendo como marco un cúmulo de leyes, y entre éstas algunas que fijan y marcan estrictamente las pautas a las que debe ceñirse el juez al efecto, sino que también lo es mediante asignar a la magistratura una cuota no despreciable de arbitrio o margen amplio de decisión.

Precisamente, una perspectiva muy diferente ofrece la configuración de la jurisprudencia en el mundo anglosajón (v. gr., Inglaterra, Canadá, Australia, Estados Unidos) pues, en el despliegue de ella, se asigna al juez un papel central para solucionar los casos y en tanto su sentencia no necesariamente tiene que apoyarse en una disposición o ley escrita o codificada pudiendo, al objeto, bastar el razonamiento contenido en una decisión anterior sobre un

distinción entre ambos sistemas se limita a una cuestión de grado respecto de las áreas cubiertas por la legislación o por las normas jurisprudenciales y a la mayor o menor fuerza obligatoria que se asigne a cada una de esas especies de normas. Incluso en las materias que en nuestro sistema están cubiertas por la legislación se va dando lugar a reglas jurisprudenciales que sirven para especificar una interpretación de los textos legales, determinándose las normas jurisprudenciales relevantes para solucionar un caso por medio de un complicado proceso fundado en el llamado “razonamiento mediante ejemplos”, o sea en la comparación entre casos, uno de los cuales ya ha sido clasificado bajo cierto concepto.

⁶⁹² Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 119.

asunto similar, y de ahí, indudablemente, también el calificativo para este sistema de judicialista.

Este sistema, muy aceptado y significativo en el espectro geográfico en que se desenvuelve, motivo por el cual en los países en que rige hay similitud de legislación y formas de aplicación del Derecho, presenta sí, en ciertos aspectos, algunas diferencias importantes de un lugar a otro, especialmente Estados Unidos con respecto al Reino Unido⁶⁹³, y entre tales el que en aquél, en relación al Derecho, hay un valor más reconocido a los estatutos, si bien ellos se consideran como Derecho vivo sólo cuando han sido aplicados por los Tribunales de justicia, y por otra parte, a virtud de su federalismo, a cada Estado se le reconoce plenas facultades legislativas y jurisdiccionales, lo que se traduce en una doble jurisprudencia en cada instancia⁶⁹⁴.

Según refiere POUND, una idea fundamental en el *common law* es la de la relación y no de la voluntad, esto es, distinto de un romanista, quien examina todos los problemas desde el punto de vista de la voluntad de un actor y de las implicaciones lógicas de lo que ha hecho y querido, un jurista de *common law* considera que todos los problemas (todos aquellos, en realidad, en los que no fue llevado a la adopción del punto de vista romanista del siglo XX) se presentan bajo el aspecto de una relación, con todas sus incidencias, a manera de derechos y deberes recíprocos implicados o requeridos para dar eficacia a dicha relación. Así, la Magna Carta, que es el fundamento del Derecho público inglés, no constituye la expresión de la idea de libertad individual sino que la formulación de los derechos y deberes que son incidentales a la relación entre el soberano y sus *tenants in chief*. A su vez, el Derecho público norteamericano, que constituye un desenvolvimiento

⁶⁹³ Cfr. PITT, Gwyneth. “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”. Título original: Law application in the Common Law tradition. En: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 37-69, p. 39.

⁶⁹⁴ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 90.

judicial y jurídico a base de tratar los nuevos problemas según analogías derivadas de la Magna Carta, puede ser explicado como el conjunto de derechos y deberes recíprocos existentes entre quien gobierna y el gobernado, en una relación política, de manera mucho más exacta que según la relación contractual o consistente en dar eficacia a la libertad individual por medio de las instituciones políticas⁶⁹⁵.

El *common law*, que es, muy literalmente, la ley común, es decir, el Derecho común de Inglaterra, deducido del conjunto de costumbres locales, inicia su período de formación en el último tercio del siglo XI⁶⁹⁶. Después de vencer en la batalla de Hastings, en 1066, al Rey inglés Haroldo II de Wessex, y ascender al trono como Guillermo I, Guillermo “el Conquistador” (1027-1087), duque de Normandía (lo era desde el 1035), inició un proceso de unir bajo un solo cetro a todos los antiguos reinos anglosajones. Guillermo I, al igual que sus sucesores, advirtió que como base de la unidad nacional era indispensable unificar el Derecho y la Administración de Justicia, meta a alcanzar a través de los jueces reales y, por eso, en el transcurso del tiempo, se crearon tres Tribunales, con sede en Londres, en la Sala de Tribunales de Westminster: Tribunal del Tesoro (*Court of Exchequer*), para asuntos de Hacienda; Tribunal del Banco del Rey (*Court of King’s Bench*), con jurisdicción tanto civil como penal; y Tribunal de Causas Comunes (*Court of Common Pleas*), con jurisdicción civil. Estos Tribunales, ya perfectamente delineados para el reinado de Eduardo I (1272-1307), constituyen la base de la actual organización judicial inglesa⁶⁹⁷, y los cuales a fin de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento tuvieron que buscar lo que había de

⁶⁹⁵ POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Título original: *Interpretation of Legal History*. Traducción y estudio preliminar, de la edición americana de 1946, de PUIG BRUTAU, José. Barcelona: Ariel, 1950, p. 78.

⁶⁹⁶ TUNC, André; TUNC, Suzanne. *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Traducción de ELOLA, Javier. 1ª ed. México D. F.: Imprenta Universitaria (Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones), 1957, pp. 152-153.

⁶⁹⁷ Sobre organización judicial del Reino Unido (Inglaterra y Gales), *vid.* ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law, op. cit.*, pp. 39-48 (para información actualizada, *vid.* <https://e-justice.europa.eu/home.do?action=home&lang=es> [Portal Europeo de Justicia]).

común en las costumbres locales para poder crear un Derecho unificado, reglas, que, todavía estando basadas en esas mismas costumbres, comenzarían a ser, de ahí en adelante, las normas aplicables en todo el país, esto es, el “Derecho común” a todo el territorio surgiendo, en consecuencia, el *Common Law* o *comune ley* como lo denominaron los normandos⁶⁹⁸.

2.2.2.1. El *Common Law* en Inglaterra

Ubicados en el régimen del Derecho de Inglaterra⁶⁹⁹, la cuna del sistema anglosajón o judicialista, el *common law* se caracteriza porque, junto al Derecho estatutario o legislativo (*statute law*⁷⁰⁰), existe el Derecho judicial, el que se deriva de las decisiones de los jueces, las que son vinculantes para los Tribunales subordinados⁷⁰¹.

Destaca DE LA VEGA BENAYAS, la calificación de Derecho judicial es correctamente aplicable al sistema tradicional inglés, o sea, no la parcela del

⁶⁹⁸ Así MORINEAU, *Una Introducción al Common Law*, op. cit., p. 15.

⁶⁹⁹ Como hace ver ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law*, op. cit., p. 17, geográficamente, en lo que atañe al Reino Unido, el *common law* rige en Inglaterra e Irlanda, y se puede decir que hay tres Derechos británicos: el Derecho inglés (Inglaterra y Gales), el Derecho irlandés y el Derecho escocés. Mientras que los dos primeros pertenecen a la tradición del *common law*, el Derecho escocés es de origen romano y puede considerarse como un sistema mixto. Señala MARÍN CASTÁN, “La figura del juez en el Sistema Jurídico inglés”, op. cit., p. 175, en: VV.AA. LÓPEZ MORENO, Ángeles (coord.). *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, op. cit., en Escocia rige un sistema híbrido y en parte similar al de los países del Derecho Continental. En palabras de CASTÁN TOBEÑAS, José. “Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental”. En: CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN VÁSQUEZ, Roberto; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 15-142, p. 118, «Por obra de los jurisconsultos [...] se operó en Escocia una verdadera recepción del sistema del Derecho Romano. Y sigue éste predominando allí, después de efectuarse la unión con Inglaterra en 1707, aun cuando esté bastante afectado por la inevitable penetración, por vía legislativa y jurisdiccional, de las concepciones jurídicas inglesas».

⁷⁰⁰ No obstante, resaltan CARD / CROSS / JONES, *Criminal Law*, op. cit., p. 19, al presente, la inmensa mayoría de los delitos (*offences*) son definidos y regulados por estatutos, como ser las *Acts of Parliament* que han sido debidamente aprobadas por ambas Cámaras y recibido la sanción Real. Es más, de los 540 delitos registrados en la edición de 1995 de *Archbold*, 520 estaban regulados por la ley y 20 eran delitos de Derecho común. Un Estatuto puede crear completamente un nuevo delito. Ejemplificando, antes de la aprobación de la *Incest Act* 1908 no era delito que un hombre tuviera una relación sexual con una mujer adulta que fuera su nieta, hija, hermana o madre, aunque la relación sexual incestuosa ha sido generalmente estimada como moralmente aborrecible. La Ley (*Act*) hizo criminal semejante conducta. Este es un ejemplo de un delito grave que ha sido creado por ley y hay muchos otros ya que, de tiempo en tiempo en la historia del Derecho penal, el Parlamento ha considerado necesario sancionar actos los cuales no fueron castigados por la ley común o *common law*.

⁷⁰¹ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 93.

Derecho inglés que se rige por el *statute law* o Derecho legal o legislado sino el *common law*, un Derecho formado y formulado judicialmente a lo largo de los siglos y plasmado en un extenso conglomerado de resoluciones judiciales de casos concretos y de las cuales los jueces extraen, por vía del mecanismo del “precedente”, los principios fundamentales que permiten solucionar los nuevos litigios y evolucionar el Derecho, y que no cabe confundir con el Derecho consuetudinario ni con lo que entre nosotros se llama doctrina jurisprudencial⁷⁰².

En el Derecho anglosajón⁷⁰³ hay menor influencia de la historia y de los dogmas racionalistas de la Revolución francesa pues en el Derecho común inglés se consideran como sus fuentes primordiales no sólo los estatutos y las prácticas costumbristas sino también, e igualmente, las decisiones judiciales, o sea, no hay un sistema invariable y jerárquico de fuentes del Derecho y es ley tanto su legislación como las decisiones de los jueces⁷⁰⁴.

El Derecho inglés se emancipó, al parecer, a fines del siglo XIII, del influjo inicial del Derecho romano, que aportan los primeros jueces eclesiásticos de los reyes normandos, para llegar a una formulación de su propio Derecho ya en los siglos XV y XVI, el que tiene como componentes fundamentales el Derecho de la “*common law*” y el de la “*Equity*”, aquél el Derecho común

⁷⁰² Cfr. DE LA VEGA BENAYAS, Carlos. *Introducción al Derecho Judicial*. Madrid: Editorial Montecorvos, 1970, pp. 28-29.

⁷⁰³ Esta es la expresión con la que los autores del Continente europeo generalmente designan el Derecho angloamericano lo cual, indica MARÍN CASTÁN, “La figura del juez en el Sistema Jurídico inglés”, *op. cit.*, p. 176, n. n° 11, en: VV.AA. LÓPEZ MORENO, Ángeles (coord.). *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*, *op. cit.*, es bastante inadecuado, sobre todo desde la perspectiva de los juristas ingleses, quienes al usar esta expresión se refieren exclusivamente al Derecho vigente en Inglaterra antes de la conquista de la isla por los normandos en el año 1066. [la propia Encyclopedia Britannica, ed. en español de Britannica Concise Encyclopedia, 2006, Chile, vol. 1 (*a priori* / *Antiguo Testamento*), p. 125, define el Derecho anglosajón en los siguientes términos: «Conjunto de principios legales que prevalecieron en Inglaterra desde el s. VI hasta la conquista NORMANDA (1066). Recibió la influencia del primitivo derecho escandinavo como consecuencia de las invasiones vikingas de los s. VIII y IX e indirecta (principalmente a través de la Iglesia) del derecho ROMANO. El derecho anglosajón se componía de tres elementos: leyes promulgadas por el rey, prácticas consuetudinarias -como las que regulaban las relaciones de parentesco- y recopilaciones privadas. Hacía hincapié en el derecho penal, pero también se ocupaba de problemas relacionados con la administración pública, el orden público y los asuntos eclesiásticos»].

⁷⁰⁴ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op.cit.*, p. 93.

estricto y éste el Derecho-equidad, en principio aplicado por dos jurisdicciones diferentes, las “*Common law courts*” y la “*Court of chancery*”, respectivamente, y las que posteriormente se unifican, mediante una reforma judicial de 1873 (luego “*Judicature Act, 1925*”) que refundió ambas jurisdicciones con la instauración de la “*Supreme Court*”⁷⁰⁵.

En relación a la doctrina anglosajona, señala ROSS, «Ya en el siglo XIII pasó a ser una costumbre general citar precedentes, y en su famoso *Note Book Bracton* coleccionó dos mil casos, casi con seguridad para fines prácticos. Originariamente no se entendía que el juez estuviera obligado por ellos. La doctrina anglosajona se desarrolló muy gradualmente y adquirió una forma más definida en los siglos XVII y XVIII. Pero la falta de una organización jerárquica homogénea de los tribunales y el estado de las colecciones de fallos (*reports*) impidieron que la doctrina alcanzara desarrollo pleno. Estas deficiencias fueron remediadas recién en el siglo XIX»⁷⁰⁶.

⁷⁰⁵ Así DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho Judicial*, op. cit., p. 29.

MORINEAU, *Introducción al Common Law*, op. cit., pp. 15-19, indica que al funcionar los Tribunales reales en principio como Tribunales de excepción frente a los Tribunales locales de los condados (*County Courts* o *Hundred Courts*), fue necesario, para que intervinieran, el solicitar y pagar un *writ* o autorización real al Canciller, el funcionario de más alto rango palaciego. Siendo muchas las demandas semejantes, los textos de los *writs* se estandarizaron llegando a ser un formato tipo al cual sólo cabía llenar con los datos particulares de cada caso, formato que se le denominó *forms of action* (formas de acción), y habiendo ya, para finales del siglo XII, el Canciller redactado cerca de setenta y cinco tipos de *writs*, cuyo número aumentó considerablemente en los dos siglos que siguieron. Estos *writs* aparecieron publicados en los Registros de *Writs*, colecciones semioficiales. En 1285, por el Estatuto de Westminster II, al funcionario regio sólo se le autorizó a emitir *writs* pero *in consimili casu*, o sea, sólo si los hechos del caso eran semejantes a los de una situación contemplada en un *writ* anterior, lo que permite concluir que al Canciller, más que autorizarlo para crear nuevos *writs*, tan sólo se le permitió la aplicación de los antiguos. Habiendo aumentado las demandas de la población, el sistema de emisiones de *writs* fue insuficiente y para remediar el descontento creciente surgió la *Equity*, consistente ella en llevar el reclamo directamente ante el Rey quien, por su parte, los remitía al Canciller para ser resueltos y quien, para ese objeto, creó el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*), el que, en un comienzo, funcionó como Tribunal de equidad y, de esta forma, la *Equity* surge como rama complementaria del *Common Law*, para remediar las situaciones que este último fue incapaz de resolver. Los Tribunales de *Common Law* y de *Equity* funcionaron como jurisdicciones paralelas hasta finales del siglo XIX ya que, entre 1873 y 1875, sendas leyes del Parlamento, los *Judicature Acts*, modificaron la organización judicial existente, fusionando ambas jurisdicciones en la *Supreme Court of Judicature* (Suprema Corte de Judicatura), Tribunal que se integró por varios cuerpos, que absorbieron a los Tribunales reales y al Tribunal de la Cancillería, estableciéndose, además, que cualquier Tribunal podía conocer de asuntos derivados de *Common Law* como de *Equity*.

⁷⁰⁶ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 116.

Como la resolución del juez constituye una fuente de Derecho, al Tribunal que conoce de un caso le es vinculante la justificación jurídica (*ratio decidendi*) de una causa anterior si esa justificación se recoge en la causa actual. Es decir, la técnica de aplicación en el *common law* está basada en la *force of decided cases*, en el denominado principio *stare decisis*⁷⁰⁷, y conforme los principios que fundan el respectivo fallo, o sea, acorde la *ratio decidendi*⁷⁰⁸ de éste, los cuales si proceden de determinados altos Tribunales obligan a todo juez salvo que éste califique el “hecho” de modo distinto⁷⁰⁹, excluyéndose los *obiter dicta*⁷¹⁰ o argumentos circunstanciales que ayudan a formar la decisión y que únicamente tienen fuerza vinculante para el caso particular.

El principio del *stare decisis* se verifica aún existiendo una sola sentencia al respecto, o incluso si al Tribunal le parece que hay buenas razones para discrepar de la decisión anterior⁷¹¹. Esta sujeción al precedente ha dado continuidad y uniformidad al Derecho judicial inglés porque a través de aquél se persigue encontrar la solución justa de los problemas legales como también el mantener las soluciones obtenidas, para no confundir a la comunidad y a la profesión legal. El principio obligatorio es el incorporado en el denominado “*leading case*”, esto es, el aceptado por la magistratura

⁷⁰⁷ Cfr. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 53.

Según expone MARTÍN OVIEDO, *Formación y Aplicación del Derecho...*, *op. cit.*, p. 57, las decisiones judiciales, históricamente en el *common law*, forman un cuerpo de doctrina, que va engrosándose por la reiteración (costumbre) de idénticos fallos o decisiones posteriores, pasando a ocupar la costumbre judicial (*stare decisis*) pasa a ocupar un lugar de importancia dentro de las fuentes actuales de producción del Derecho.

⁷⁰⁸ Ésta corresponde, según señala BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982, p. 61, «a los motivos, [...] a las razones que han dado lugar, que han sido especialmente relevantes para la adopción de la decisión concreta».

⁷⁰⁹ Cfr. DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho Judicial*, *op. cit.*, p. 30.

⁷¹⁰ Para FRISCH PHILIPP / GONZÁLEZ QUINTANILLA, *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*, *op. cit.*, pp. 102-103, los *obiter dicta* son en la práctica, en ciertas ocasiones, la resultante de una jurisprudencia dinámica cuyos vuelos ideológicos no se limitan a la materia de la litis y la exceden, es decir, son apreciaciones que en los puntos considerativos del fallo no son necesarios para fundamentar los puntos resolutivos del mismo.

⁷¹¹ Cfr. PITT, “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”, *op. cit.*, p. 41, en: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *op. cit.*

inglesa de las diferentes instancias o repetida independientemente por Tribunales distintos.

La misión del juez inglés no es actuar como árbitro sino estrictamente como juez y, por lo mismo, no le concierne decidir lo que sería justo sino que, según principios jurídicos definidos, cuáles son los respectivos derechos de cada cual. Por consiguiente, el Tribunal que juzgó un caso con arreglo a un principio determinado ha de juzgar también con arreglo a ese principio en un caso semejante, no estando vinculado a las decisiones de otros Tribunales de igual jerarquía. Solamente el Tribunal de la *House of Lords*, la Cámara de los Lores, la que ha sido reemplazada por una Corte Suprema a partir del 1 de octubre de 2009⁷¹², puede, por una sola decisión, transformar en “*leading case*”, o sea, obligatorio para sí y para los demás Tribunales, la solución dada por ella para un caso particular⁷¹³.

La doctrina del precedente es jerárquica, esto es, son vinculantes para los Tribunales inferiores las resoluciones de los Tribunales superiores, y las propias resoluciones anteriores no tienen obligación de seguirlas los de la jurisdicción en primera instancia pero sí los Tribunales con competencia de Apelación, aunque, y en una declaración histórica que quiebra este principio, la Cámara de los Lores (*House of Lords*), en 1966, manifestó que “se apartaría de una resolución anterior cuando lo considerara adecuado”, prerrogativa de uso moderado, lo que podría deberse, señala PITT, a que, en general, al ejercerla, los Tribunales pueden tratar una resolución que quizás es preferible no seguir estableciendo su diferenciación⁷¹⁴, ésta un proceso que implica que el Tribunal de un caso, que aparentemente está recogido en la norma jurídica establecida en una resolución anterior, encuentra que hay

⁷¹² Vid. <http://www.supremecourt.gov.uk/> (visitado el 09/03/2011).

⁷¹³ Cfr. DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho Judicial*, op. cit., pp. 30-31.

⁷¹⁴ PITT, “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”, op. cit., pp. 47-49, en: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, op. cit.

entre las dos causas una diferencia importante que justifica decidir distinto que antes, pudiendo al efecto manifestar su interpretación de cuál era la norma jurídica en el asunto pasado, gozando de cierta libertad al interpretar esa resolución, o intentar buscar una circunstancia que diferencia el caso vigente del ya fallado, debiendo el desacuerdo, sin que ello suponga alguna limitación, ser algo importante⁷¹⁵.

Poseen autoridad o fuerza vinculante absoluta, pero ello sólo hasta 1966⁷¹⁶, las decisiones de la Cámara de los Lores cuando actúa como Tribunal de Justicia, respecto de sus propias decisiones. El Tribunal de Apelación (*Court of Appeal*) está ligado a sus propias decisiones y a las de la Cámara de los Lores (*House of Lords*). El Alto Tribunal (*High Court*), resulta vinculado por las decisiones del Tribunal de Apelación y de la Cámara de los Lores; cuando actúa como Tribunal unipersonal crea también precedente obligatorio, las resoluciones del mismo Tribunal actuando en forma colegiada; y cuando se constituye en esta forma también se está vinculado por sus propias decisiones, salvo en materia penal. El Tribunal de la Corona (*Crown Court*), los Tribunales de Condado (*County Courts*) y los Tribunales de Magistrados (*Magistrates' Courts*), están ligados por las decisiones del Alto Tribunal, Tribunal de Apelación y Cámara de los Lores. En principio, los precedentes de los Tribunales superiores vinculan las decisiones de los inferiores. Si los Tribunales son de igual rango o la decisión procede de uno inferior, la vinculación es relativa⁷¹⁷.

Señala ENGISCH, lo peculiar del sistema anglosajón, también nominado *case-law*, es que el punto de apoyo del juez está en las anteriores decisiones singulares de un Tribunal de Justicia superior: *House of Lords*, y *Court of*

⁷¹⁵ Cfr. PITT, “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”, *op. cit.*, pp. 47-49, en: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *op. cit.*

⁷¹⁶ Así CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, p. 98.

⁷¹⁷ CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, pp. 98-99.

Appeal, y no solamente allí donde hay silencio de la ley sino también cuando se trata de una interpretación dudosa, a diferencia del sistema continental o normativista en que el aludido punto se encuentra, sin más, en la ley⁷¹⁸.

Si bien para un caso presente, semejante a uno ya resuelto por otro Tribunal investido de la correspondiente autoridad, la decisión judicial debiera ser similar, lo cierto es que la proposición jurídica que expresa la sentencia anterior vincula sólo si era necesaria para la decisión del asunto previo y, por tanto, si fue concebida de manera más amplia que la que habría sido necesaria ya no constituye, en ese aspecto, una decisión *ratio decidendi* para el futuro sino más bien un *obiter dictum* del juez sin carácter obligatorio⁷¹⁹.

Consecuencialmente, el juez inglés sólo se coloca por encima de una sentencia anterior (*overrule*) si ésta es evidentemente irracional (*plainly unreasonable*)⁷²⁰, en otras palabras, los jueces anglosajones, sin sentirse trabados por la doctrina del *stare decisis*, sólo dejan a un lado con frecuencia aquellos precedentes que ya no guardan armonía con las nuevas condiciones, y es prueba de la variación jurisprudencial el hecho que el *common law* desarrollado a través de la práctica de los Tribunales no es hoy el mismo que el de años atrás⁷²¹.

En resumen, la doctrina del *stare decisis* o del precedente importa que un Tribunal está obligado por las decisiones de los Tribunales superiores, y en Inglaterra la Cámara de los Lores (*House of Lords*) y el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) lo están por sus propias decisiones; toda decisión relevante dictada por cualquier Tribunal es un fuerte argumento que tiene títulos para que se lo tome respetuosamente en cuenta; una decisión es

⁷¹⁸ ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Granada: Comares, 2001, p. 216.

⁷¹⁹ Cfr. ENGISCH, *ibid.*

⁷²⁰ Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico, op. cit.*, pp. 216-217.

⁷²¹ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, pp. 116-117.

solamente obligatoria respecto de su *ratio decidendi*; y, un precedente no pierde vigencia aunque los muy antiguos no son aplicables en principio a circunstancias modernas⁷²².

Pero, aunque el precedente obliga en cuanto a la *ratio decidendi* del fallo, o sea, el principio general de Derecho que necesariamente hay que introducir como premisa para fundar la resolución, el *stare decisis* no es inamovible porque el juez, al determinar el principio básico del caso, no está obligado por las declaraciones de quien antes dictó sentencia e interpreta la correspondiente decisión a la luz de su propia razón⁷²³. Si se trata del “*case law*” y no hay norma legislada, el juez no está sometido a la enunciación de la regla de Derecho que ha hecho otro, ni aun en el supuesto que esa regla haya sido enunciada en el “*controlling case*”, y porque ese enunciado es simple *dictum*, es decir, el que conoce de la causa puede hallar irrelevante la existencia o ausencia de otros hechos que jueces anteriores han considerado importantes. Lo significativo no es la proposición previa de un juez sino lo que el magistrado que debe resolver piensa que debe ser la clasificación determinante, quien trata de ver el Derecho como un todo dotado de un razonable grado de consistencia⁷²⁴. Incluso con la doctrina de estar el que juzga obligado por los precedentes, el juez no está ligado por el Tribunal superior sino por sí y, finalmente, sólo a él corresponde decidir si está obligado o no en las circunstancias particulares del caso por una decisión determinada de la Cámara de los Lores⁷²⁵. En realidad, opina ROSS, la doctrina del *stare decisis* es sólo una ilusión, una ideología mantenida por ciertas razones para ocultar a sus propugnadores y a los demás la libre función creadora de Derecho que tienen los jueces, y para transmitir la impresión engañosa de que éstos sólo aplican el Derecho ya existente, que

⁷²² ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 116.

⁷²³ Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 117.

⁷²⁴ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 117 y n. n.º 11.

⁷²⁵ Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 119 y n. n.º 15.

puede determinarse por virtud de un conjunto de reglas objetivas como indica la doctrina de *stare decisis*⁷²⁶.

2.2.2.2. *El Common Law en Estados Unidos*

Pese a que en Estados Unidos el Derecho legislado ha tenido siempre un lugar importante y es en la jerarquía de las fuentes superior al *common law*, el jurista norteamericano, al igual que el inglés, se considera un *common lawyer*, es decir, sabe que su manera de razonar, de entender y vivir el Derecho no es la de un *civilian* pues él ha sido formado en el estudio del *common law*. En el siglo XVII, los colonizadores ingleses que se establecen sobre las costas del ahora Estados Unidos transportan consigo el Derecho de su patria, cuyo elemento fundamental era el *common law*, del cual la mayoría de aquéllos sólo conocía reglas muy elementales, no hallándose en las Colonias las instituciones que hubiesen sido necesarias para aplicarlo formalmente y por lo que a menudo se le repudió en beneficio del Derecho natural o de códigos muy simples, en donde se pretendían inscribir los derechos y deberes de cada cual, no obstante que continuó informando el fondo del Derecho⁷²⁷. Sólo una vez que las relaciones con la metrópoli se

⁷²⁶ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, *op. cit.*, p. 119. En igual sentido, PITT, “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”, *op. cit.*, pp. 67-69, en: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *op. cit.* Citando a ATIYAH: “Judges and Policy”, 15 Israel LR 346 (1980), señala PITT, “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”, *op. cit.*, p. 69, en: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*, *op. cit.*, «Una de las mayores paradojas del sistema del *common law* es que le asigna a los jueces el papel de creadores del derecho sin explicar las condiciones de su funcionamiento o validez» y «aunque los jueces en general aceptan que una de sus funciones es la de confeccionar la ley, parecen preferir que la gente no sea consciente de ella y que mantenga la antigua creencia de que los jueces simplemente “pronuncian” la ley».

⁷²⁷ Como indica MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *El Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América*. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 13, con el caso Calvino, resuelto en 1608, se establece como principio que el *common law* de Inglaterra es aplicable a todos los súbditos de la Corona británica, de modo que éstos lo llevan consigo cuando se establecen en territorios no sometidos a naciones civilizadas, entendiéndose que las colonias inglesas de América, en aquel tiempo, quedan incluidas en este supuesto, sólo que este principio tiene ínsita una limitación, cual es que el *common law* británico sólo resulta factible de aplicación en las colonias norteamericanas en la medida que sus normas se adaptan a las condiciones de vida que en ellas existen, siendo el resultado inmediato de esto el que en el transcurso del siglo XVII la limitación cobró mayor importancia que el principio mismo pues las normas del *common law* inglés se adaptaban escasamente a la situación de existencia de los colonos, cuyos problemas eran nuevos y no encontraban solución satisfactoria en aquél. Es más, dejando de lado disposiciones específicas emanadas de las autoridades locales, lo que se tiene en la práctica es un Derecho considerablemente primitivo,

hacen más regulares encuentra de nuevo los Tribunales, los abogados y las colecciones de sentencias, sin las cuales no podía realmente ser aplicado, y se aprovechó de los monumentos doctrinales escritos en Inglaterra, antes de dar origen en Estados Unidos mismo a obras notables. Después de la independencia, su ámbito se ensancha en cuanto que, en cierto sentido, todo el Derecho inglés, anteriormente aplicable, se encontró convertido en *common law*. Ya en pleno siglo XX, el Derecho legislado ocupa un amplio campo en materias muy importantes, y en todo Estados Unidos, con excepción del Estado de Louisiana y los Estados que han adoptado uno o varios códigos dignos de tal nombre, el conjunto del Derecho sigue estando constituido por el *common law*, que es el medio en el que se sumerge el Derecho legislado, esto es, da sentido a los términos de la ley, colma sus lagunas y ocupa el lugar de ella en caso de derogación así como proporciona también la teoría general de la ley y los principios de su interpretación⁷²⁸.

El Derecho inglés y el norteamericano se desarrollaron autónomamente a partir de la Declaración de Independencia de Estados Unidos, pero los métodos del *common law*, específicamente la institución del precedente, se conservó y empleó como americana, siendo libres los Tribunales estadounidenses para construir una estructura jurídica privada propia, la cual fue erigida sí con los materiales y el estilo de decisiones del *common law* inglés. A fines ya del siglo XIX, el Derecho norteamericano está integrado por las decisiones de los antiguos Tribunales ingleses, las decisiones de los Tribunales americanos, casi todas tomadas a partir de la Revolución, las decisiones judiciales inglesas y de otras jurisdicciones de *common law* posteriores a la Revolución, por el Derecho comercial, el Derecho canónico,

fundamentado en muchas colonias sobre la Biblia y sometido en todas partes a la discrecionalidad de los magistrados. Como exponen TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 169-170, el Derecho inglés para los colonos en América, conforme lo establece el *Calvin Case*, es un derecho innato (*birthright*) y una herencia (*inheritance*).

⁷²⁸ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 149-150.

el Derecho internacional, y las leyes inglesas anteriores a la Revolución aplicables en Estados Unidos⁷²⁹.

La divergencia entre el Derecho estadounidense y el inglés se explica en que la fundamentación del Derecho del *common law*, o sea, que el Derecho se basa en la autoridad no escrita de la costumbre, es rechazada en Estados Unidos, en donde su Constitución es la fuente fundamental y superior del sistema jurídico así como, distinto que la inglesa, un documento escrito cuya autoridad proviene de su ratificación por las Convenciones de los diferentes Estados y que prevalece sobre cualquier ley mientras que en Inglaterra el poder legislativo del Parlamento es ilimitado. Incide también la existencia en Estados Unidos de una estructura federal en la que hay dos sistemas de Tribunales: estatales y federales, por lo que cada Estado tiene una jurisdicción propia y hay una multiplicidad de jurisdicciones federales a lo largo de todo el territorio, dispersión que genera problemas que no se presentan en Inglaterra y que da lugar a que se tienda a adoptar actitudes más flexibles respecto de la autoridad de las decisiones judiciales. En fin, gravita igualmente en la discrepancia aludida la necesidad de una sistematización del Derecho que ha sido sentida antes y más urgentemente en Estados Unidos que en Inglaterra por causa de la cantidad de material jurídico que ha llegado a ser inmanejable⁷³⁰.

El *common law* norteamericano se caracteriza por estar fragmentado por Estados, tener un fundamento experimental, ser flexible, inmutable, poseer facultad de resolver problemas, presentar un gran realismo y eclecticismo⁷³¹.

Ciertamente, hay ausencia de un *common law* nacional en Estados Unidos, ya que el *common law* inglés se aplicó y modificó de distintas maneras en las Colonias y en los Estados, siendo entonces muy limitado el dominio del

⁷²⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law*, op. cit., pp. 133-134.

⁷³⁰ ITURRALDE SESMA, *El precedente en el common law*, op. cit., pp. 134-135

⁷³¹ TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 316.

único *common law* que puede decirse federal, de lo cual resulta que los Derechos de cada Estado son primos (hay que dejar aparte el Derecho de Louisiana), siendo sus principios más fundamentales comunes, admitiendo la mayor parte de ellos las mismas reglas generales, sólo que hay una gran variedad, que aumenta en el ámbito del Derecho legislado, en los detalles de las soluciones que se dan. Así, no es oponible, sin precauciones, una decisión de Massachussets a una de Nebraska, siendo todavía posible que una decisión reciente de aquél, en oposición a una antigua de éste, revele una evolución del Derecho americano, o bien que la decisión del primero corresponda a un principio que ha sido siempre reconocido en ese Estado y que, por su parte, los tribunales de Nebraska no estén dispuestos a hacer abandono de su principio tradicional⁷³².

El ser un Derecho esencialmente fundado en la experiencia, el *common law* norteamericano obedece a que él no es más que el conjunto formado progresivamente por las decisiones de los distintos Tribunales, en su esfuerzo por determinar lo que es justo entre los individuos en conflicto sobre sus intereses privados⁷³³. La flexibilidad de este *common law* dice relación con su adaptación, por sí mismo, a las condiciones nuevas, de modo de servir siempre a la causa de la justicia⁷³⁴.

La inmutabilidad del *common law* estadounidense, que no todos reconocen⁷³⁵, ha sido afirmada frecuentemente por las sentencias⁷³⁶, siendo para algunas antiguas de éstas el *common law* verdaderamente inmutable,

⁷³² Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 317-318.

⁷³³ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 320.

Entre otras sentencias, p. ej., *Lutwak vs. United States* (1953), 344 U.S. 604, 97 L. ed. 593, 73 S. Ct. 481 (vid. <http://openjurist.org/344/us/604/lutwak-v-united-states>); *Rosen vs United States* (1918), 245 U. S. 467, 62 L. ed. 406, 38 S. Ct. 111 (vid. http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/245/467/case.php).

⁷³⁴ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 321-322.

⁷³⁵ Según señalan TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 324, n.º 1, párr. 2, ningún autor moderno afirma la inmutabilidad del *common law* y muchos critican esta ficción.

⁷³⁶ P. ej., *Kansas vs. Colorado* (1907), 206 U. S. 46, 51 L. ed. 956, 27 S. Ct. 655 (vid. http://www.chanrobles.com/usa/us_supremecourt/206/46/case.php).

pues los precedentes nuevos se circunscriben a repetir los antiguos o a resolver conforme a éstos los casos que aún no habían sido planteados y, por ende, a dar al Derecho mayor certidumbre⁷³⁷. Otras sentencias afirman que el *common law* es inmutable tan sólo en sus principios y que la aplicación de las antiguas reglas a los casos nuevos se realiza con la flexibilidad suficiente para que aquél se adapte a las nuevas circunstancias⁷³⁸. Asimismo, hay sentencias que aseveran que el *common law* es inmutable, carácter éste que debe conciliarse con su flexibilidad y su admirable facultad de desenvolvimiento. Con motivo de su evolución, sólo las últimas sentencias son informativas acerca del Derecho actual, mas, en razón de su inmutabilidad, estas sentencias son simplemente declarativas de lo que el Derecho ha sido siempre⁷³⁹.

La facultad de resolver todos los problemas que se pregona del *common law* americano concierne a que éste posee una cierta plasticidad o elasticidad que le permite aportar una solución a todo problema jurídico, o sea el *common law* no deja ninguna laguna en el Derecho, soluciona satisfactoriamente a las situaciones más extrañas, proporciona remedio a todas las injusticias, así como llena todos los intersticios y ocupa todo el espacio vacío que la ley no puede ocupar, colmando, principalmente, el vacío que crea toda supresión de la ley, y revive, tal como era antes de lo que debe estimarse (durante la vigencia de esa ley) como una simple suspensión de su aplicación⁷⁴⁰.

⁷³⁷ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 323-324.

Entre las sentencias correspondientes, a más de la ya previamente citada *Kansas vs. Colorado* (1907), p. ej., *State vs. Buchanan* (1821), 5 Har and J. 317, 9 Am. Dec. 534.

⁷³⁸ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 324.

Entre las sentencias, p. ej., *Jackman vs. Rosenbaum* (1919), 263 Pa. 158, 106 A 238; *Lanier vs. Box* (1904), 112 Tenn. 393, 79 SW 1042, 64 LRA 458.

⁷³⁹ Cfr. TUNC / TUNC, *ibid.*

Entre estas sentencias, p. ej., *Chilcott vs. Hart* (1896), 23 Col. 40, 45 P. 391; *Sunray Oil Co. vs. Comissioner* (10th Cir. 1945, 147 F. (2d) 962; *Ruppert* (D. C. Cir. 1943), 134 F. (2d) 497.

⁷⁴⁰ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 325.

El *common law* de Estados Unidos es de un gran realismo pues se encamina bastante directamente a la solución que parece satisfactoria, sin embarazarse mucho con construcciones técnicas o ficciones, además que los juristas anglosajones ponen el acento sobre el carácter de técnica social del Derecho⁷⁴¹. Igualmente, este *common law* es ecléctico, esto es, tiene aptitud para aprovecharse de elementos de toda clase a efecto de llegar a una buena solución, contándose entre aquéllos no tan sólo los precedentes sino que también la doctrina y el *Restatement of the law*, aunque concurren sí muchos otros elementos a formar la decisión⁷⁴².

⁷⁴¹ Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., pp. 326-327.

⁷⁴² Cfr. TUNC / TUNC, *El Derecho de los Estados Unidos de América...*, op. cit., p. 331.

2.3. El precedente judicial

Con una dimensión tanto teórica como práctica, es innegable la considerable importancia, cada vez más creciente, del precedente⁷⁴³, incluso en el sistema continental⁷⁴⁴, en el cual es muy propio carecer aquél de eficacia vinculante y los jueces tener libertad para seguirlo o no.

La dimensión teórica atiende, por ejemplo, a que el recurso al precedente caracteriza en manera especial la estructura de la argumentación jurídica en orden a la interpretación de la norma de la ley y su justificación, sea que el precedente diga relación con la doctrina⁷⁴⁵ o con la interpretación judicial del Derecho⁷⁴⁶. En general, una “decisión precedente” da cuenta de la que, ya sea normativamente o de hecho, afecta a la toma de otras decisiones⁷⁴⁷. A objeto

⁷⁴³ Cfr. CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999, p. 191.

⁷⁴⁴ Precisamente, señala SODERO, Eduardo. “Sobre el cambio de los precedentes”. *Isonomía*, n° 21, Octubre 2004, pp. 217-251, p. 217: «[...] en la discusión filosófica actual [...] los “precedentes” ocupan una posición muy destacada entre los argumentos de que dispone el juez para justificar sus decisiones, tanto si hablamos del sistema de derecho continental o codificado, como si nos referimos al sistema del *common law*».

⁷⁴⁵ La “doctrina” puede ser un requisito esencial de la sentencia, así sucede, p. ej., en Chile, en que el art. 342 d) Cpp impone que «[...] La sentencia definitiva contendrá: [...] Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo», por lo cual, según prescribe el art. 374 e) del mismo cuerpo legal, sobre motivos absolutos de nulidad, «El juicio y la sentencia serán siempre anulados: [...] Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)».

⁷⁴⁶ Como indica REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 149-150, el juez argumenta y justifica su decisión a partir de la norma por todos aceptada y por eso su sentencia puede contar con el suficiente grado de aceptación, pudiendo aplicar igual lógica al tiempo de determinar las reglas y los criterios en virtud de los cuales debe interpretar la base argumentativa sobre la que ha de fundamentar su resolución, pero, si en el caso de la norma la existencia misma de ésta permite identificar con facilidad la base consensuada sobre la que el juez debe operar, resulta más difícil localizar las reglas de interpretación generalmente aceptadas, reglas que vienen representadas, además de por los principios constitucionales y estructuradores del Ordenamiento, por los precedentes judiciales y por las construcciones de la doctrina.

⁷⁴⁷ WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Traducido por EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. 2ª reimpresión de 1ª ed. 2001. México D. F.: Fontamara, 2008, p. 299.

Ya tratándose del concepto y función del precedente en sistemas continentales, consigna WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho, op. cit.*, pp. 299-300, para especificar qué significa la palabra precedente, sirve lo siguiente como punto de partida para el análisis: una decisión D_1 tomada bajo condiciones c_1 , es un precedente de una decisión D_2 bajo unas condiciones c_2 ; (3.1.) D_2 es una repetición de D_1 , o (3.2.) D_2 es deducible de D_1 , a través de reglas de inferencia aceptadas, o (3.3.) D_2 puede justificarse por las reglas R , mediante las cuales D_1 ha sido aceptada, con el uso de idénticos o similares medios que han servido para justificar D_1 bajo unas condiciones c_1 , o (3.4.) D_2 puede justificarse a través de D_1 , de modo diferente a (3.2.) y (3.3.). El punto (1) de la definición anterior se refiere a quien toma una decisión D_2 y, según se

de interpretación jurídica, constituye un precedente toda decisión judicial anterior que tenga relevancia para el juez que deba resolver el actual caso, por lo que se trata entonces de una noción amplia que excluye eventuales restricciones como las que podrían derivarse de otorgar valor de “precedentes” tan sólo a las decisiones que emanan de las respectivas Cortes Supremas, o que expresen criterios reiterados en otras decisiones (exigencia ésta del artículo 1.6 del CcE), o que se encuentren firmes o ejecutoriadas, o que hayan sido publicadas⁷⁴⁸.

La importancia práctica radica en que el precedente ilustra, indiscutiblemente, al litigante forense acerca de cómo los jueces podrían decidir el caso nuevo que se ventila y que es semejante con otro ya resuelto por ellos⁷⁴⁹. Como señala DE ASÍS ROIG, dentro los criterios de corrección del razonamiento jurídico, junto a los de la coherencia a futuro, el de la aceptabilidad y el de la saturación, se encuentra el de la atención al precedente, el cual expresa la exigencia de mantener decisiones de significado anteriores o, en su defecto, de justificar el cambio de significado, y el cual se deduce de la exigencia de la tutela jurídica efectiva y, más concretamente, del principio de igualdad (formal y material) y el de

admira o rechace la realización de (1), se tomará o no en consideración el aspecto funcional de la decisión precedente. En el último caso sólo habría una “objetiva” -*sit venia verbo*- convergencia de decisiones que pueden establecerse observando la consistencia en la aplicación judicial del derecho. El punto (2) establece el hecho que se tomó la decisión D_2 bajo unas condiciones c_2 . Los puntos (3.1.) y (3.4.) caracterizan alternativamente a D_2 al describir sus diferentes propiedades y de las que se ha cumplido una al menos. El punto (3.1.) establece una situación en la que puede decirse que D_2 es una repetición de D_1 , pero no pueden ser idénticas habida cuenta de la diferencia entre las condiciones c_1 y c_2 . El punto (3.2.) acepta la existencia de algunas reglas de inferencia mediante las cuales D_1 origina a D_2 , y por referencia a las decisiones judiciales esas serían directivas de razonamiento jurídico. En el punto (3.3.) la cuestión estriba en que D_2 se justifica por la misma base normativa y por una base factual análoga. En el punto (3.4.) el interés es en las situaciones en las que a pesar de las diferencias en la base normativa de D_1 y D_2 se considera que no hay suficientes premisas para descartar aquélla, o sea, para un cambio de “decisiones judiciales”. Si se toman en consideración los respectivos puntos de la definición, se ve un concepto objetivo de precedente, que comprende los puntos (2) y (3.1.) y (3.4.), así como un concepto funcional, que comprende los puntos (1), (2), (3.1) y (3.4.). Asimismo, los conceptos de precedente, sea objetivo o funcional, puede serlo *strictissimo sensu* (3.1.), *sensu stricto* (3.2.), *sensu largo* (3.3.) y *sensu largissimo* (3.4.).

⁷⁴⁸ SODERO, “Sobre el cambio de los precedentes”, *op. cit.*, p. 220.

⁷⁴⁹ En este sentido, dice PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. 1ª ed. Lund: Springer, 2008, p. 272, un precedente es una decisión de un caso concreto que se convierte en un patrón de autoridad para decisiones futuras.

seguridad jurídica o más específicamente del carácter predecible que debe poseer todo pronunciamiento jurídico al menos como exigencia ideal, avalando además a este criterio el reclamo de racionalidad que acompaña la idea moderna de Derecho y los rasgos de un Estado de Derecho⁷⁵⁰.

En sentido lato, el precedente judicial no es desconocido en los Ordenamientos de origen romano y, al contrario, la regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental⁷⁵¹. Si hubiera que clasificarlo, considerando sí los correspondientes sistemas, se distingue entre *precedente vinculante*, característico del mundo jurídico anglosajón, y *precedente persuasivo*, más propio de los sistemas continentales. Este último precedente, y en cuanto la nueva decisión no puede repetir en sentido literal la anterior pues ésta resuelve un caso diferente, opera como mecanismo de motivación, ya por analogía o bien por distinción trazada entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*⁷⁵².

Se admiten también tipologías más complejas que den cuenta de diferentes grados posibles de vinculación, tal como hace SARTOR, quien diferencia entre precedentes *absolutamente vinculantes* (siempre deben aplicarse), *formalmente vinculantes* (deben aplicarse a no ser que concurra una específica excepción), *presuntamente vinculantes* (deben aplicarse a menos que prevalezcan razones sustantivas en contrario), *de apoyo* (puede ser aplicado y fundamenta una decisión, sin forzarla) y *meramente ilustrativos*

⁷⁵⁰ DE ASÍS ROIG, Rafael. "Sobre el razonamiento jurídico correcto". *Revista de Ciencias Sociales* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso), n° 45, Primer y Segundo Semestre 2000, Valparaíso: Edeval, pp. 153-167, pp. 163-164.

⁷⁵¹ PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Las fuentes en el Derecho comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*. Título original: *Le fonti nel diritto comparato* (G. Giappichelli Editore-Torino, 2000). Traducido por LEÓN, Marta (Prefacio); BERZOSA, Daniel (caps. I, II y supervisión), DELGADO, Jhoana (cap. III). 1ª ed. Lima: Grijley, 2003, p. 82.

⁷⁵² Cfr. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, op. cit., p. 301.

(sólo valen por las razones que lo sostienen, que deben ser ponderadas con las razones contrarias)⁷⁵³.

Visto desde la fuerza más o menos vinculante de un criterio judicial en base al cual un mismo u otro Tribunal de Justicia falla después cuestiones análogas, el término precedente en la comunidad jurídica normalmente significa obligación, en ciertos sistemas jurídicos, de observar la doctrina que establecen los Tribunales superiores, caso en el cual se habla de *precedente vertical*, propio de los sistemas de *stare decisis*, y cuyo fundamento reposa en la exigencia de justicia uniforme, esto es, en el ideal de un juez único que preside todo sistema jurisdiccional que quiera garantizar la seguridad, igualdad y unidad del Derecho. Pero el precedente puede ser también entendido como la obligación de todo órgano jurisdiccional de resolver del mismo modo los casos sustancialmente iguales, o sea, la autovinculación de cada juez o Tribunal a sus propias decisiones, situación en la que se habla de *autoprecedente*⁷⁵⁴.

En el precedente *vertical* hay una relación jerárquica entre el Tribunal del cual emana el precedente y el Tribunal que lo usa, de modo que este

⁷⁵³ Cfr. SARTOR, Giovanni. “Il precedente giudiziale”. Bozza, pp. 234-275, p. 246 (recibido por correo electrónico directamente del autor el 24/12/2009; disponible también en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/g Sartor1996_precedenti_contimpr.pdf [visitado el 20/11/2009]; este Artículo de SARTOR -de acuerdo a su *Currículum Vitae* oficial en internet [<http://www2.cirsfid.unibo.it/~sartor/GSCirsfidOnlineMaterials/GScurrMain.pdf>]- figura como publicado en *Contratto e impresa* 11 (1996), pp. 1100-56, coincidente con cita que del mismo hace ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica Social*, n° 20, 2002, Valparaíso: Edeval, pp. 559-582, p. 581, pero no así con realizada por IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”. *Isegoría*, num. 35, julio-diciembre 2006, pp. 193-205, p. 204, quien lo sitúa en *Contratto e impresa*, 1995, n°?”, aparte que -para mayor confusión aún- aparece en el índice general 1985-2008 de CEDAM (Padova), la editorial de *Contratto e impresa*, con año de publicación 1995 y con página de inicio 1300 [vid. http://www.cedam.com/statici/Indici_generali_1985-2008.pdf (visitado el 25/12/2009)]].

⁷⁵⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. “Igualdad y respeto al precedente”. *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 1, n° 2, 1993-1994, pp. 211-228, p. 212. Alguno signan el *autoprecedente* como *precedente horizontal*, así, p. ej., GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. “La controversia sobre el precedente judicial: Un clásico del Derecho en constante renovación”. *Foro*, num. 4 (2006), pp. 127-152, p. 135, aunque en realidad tal denominación es empleada, mayoritariamente, para referir al precedente judicial surgido de un Tribunal y que es seguido por otro de igual categoría jerárquica.

precedente puede ser *descendente* o *ascendente*, según si, respectivamente, su fuente es un Tribunal de mayor o menor jerarquía. Con Tribunales situados en igual nivel jerárquico, el precedente es *horizontal*. Si el precedente procede de una resolución previa del mismo Tribunal, se habla de *autoprecedente*, ya en *sentido estricto* si proviene de los mismos jueces encargados de resolver el nuevo caso, ya del *órgano* si no hay identidad personal entre los jueces del mismo órgano en dos momentos diferentes o si se trata también de Secciones distintas de un mismo órgano⁷⁵⁵.

Habiéndose antes juzgado un asunto similar, conforme al precedente vertical, los Tribunales inferiores han de resolver el nuevo caso siempre de acuerdo al criterio ya sentado o establecido por los Tribunales superiores en jerarquía⁷⁵⁶. Ciertamente, como indica TARUFFO, la fuerza del precedente, de hecho, no se expresa en general y de manera indiferenciada, y contra cualquier juez, sino que depende precisamente de su dirección, siendo el caso típico de aplicación del precedente cuando su dirección es vertical, o sea cuando el juez sucesivo y que debe decidir sobre un asunto idéntico o similar está ubicado en un grado inferior en la jerarquía judicial. Esto se debe a que tradicionalmente la fuerza del precedente se basa en la autoridad y la relevancia del Tribunal que dictó la resolución, las mismas ligadas a la posición de tal magistratura, de modo que cuanto mayor es el grado del órgano, del cual emana el precedente, más influyentes son sus decisiones. Por así decirlo, la fuerza del precedente desciende desde lo alto hacia abajo, por lo que el verdadero "Tribunal del precedente" son los Tribunales Supremos, cuyas decisiones se imponen a todo otro de rango inferior, siendo a continuación los Tribunales de apelación y así sucesivamente, descendiendo en la escala judicial. Por supuesto, puede suceder que un fallo de la Suprema

⁷⁵⁵ Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, "La fuerza vinculante del precedente judicial", *op. cit.*, p. 195.

⁷⁵⁶ Cfr. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, "La controversia sobre el precedente judicial...", *op. cit.*, p. 135.

Corte importe una mala decisión⁷⁵⁷ y que un Tribunal de Primera Instancia dicte una decisión excelente, pero esto es aleatorio y no toca la base del concepto de precedente vertical⁷⁵⁸.

Si bien el *precedente horizontal* indica el poder de persuasión que un precedente puede tener para un órgano judicial que pertenece al mismo nivel que el que pronunció la primera decisión, la fuerza persuasiva de este tipo de precedente tiende a ser inferior a la del precedente vertical, y esto puede deberse a que no se trate de la Corte Suprema, que es única, y porque entre los órganos del mismo nivel -por lo menos *a priori*- no hay alguna diferencia de autoridad. Y puede acontecer que un órgano no de alta jerarquía produzca una decisión especialmente apreciable, y que ha de tener influencia sobre los otros jueces del mismo nivel, pero esto se refiere a la calidad intrínseca de las decisiones más que a los mecanismos comparables al precedente⁷⁵⁹.

De acuerdo al *autoprecedente*, cada Tribunal se vincula a sus propias decisiones anteriores y no así a las de otro Tribunal de igual o mayor rango jerárquico⁷⁶⁰. El *autoprecedente*, que es una situación peculiar e interesante de precedente horizontal, importa que el precedente emana del mismo

⁷⁵⁷ Para TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil*. Título original: *Il vértice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile* (Il Mulino, Bologna, 1991). Traducción de MONROY PALACIOS, Juan J.; MONROY GÁLVEZ, Juan F. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2005. Lima: Palestra, 2006, p. 149, la jurisprudencia incoherente tiene variadas causas, como ser el número excesivo de decisiones, que dificulta el control de coherencia, además que la Corte no resuelve sobre qué cosa es oportuno decidir y opera entonces como una variable dependiente de otros factores, como la litigiosidad de las partes y su tendencia a alejar en el tiempo el instante en el cual deberían obtener una decisión firme, lo que trae consigo el que se vuelve demasiado bajo el nivel en el cual la Casación alcanza a realizar efectivamente la función de interpretación uniforme de la ley y, además, la jurisprudencia de Casación tiende a utilizarse, tanto por las partes como por los jueces, no como guía para individualizar la exacta interpretación de la norma sino como un repertorio *bon à tout faire*, en el que siempre puede encontrarse alguna pieza de apoyo para la tesis que se quiere sostener.

⁷⁵⁸ Cfr. TARUFFO, Michele. "Precedente e Giurisprudenza". En: VV.AA. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio como investigador del Derecho*. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Marcial Pons, t. V (Juez y Sentencia Constitucional), 2008, pp. 795-810, pp. 803-804.

⁷⁵⁹ Cfr. TARUFFO, "Precedente e Giurisprudenza", *op. cit.*, p. 804, en: VV.AA. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional...*, t. V., *op. cit.*

⁷⁶⁰ Cfr. GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, "La controversia sobre el precedente judicial...", *op. cit.*, p. 135.

Tribunal que decide el caso sucesivo, pudiendo ser quien resuelve cualquiera, planteándose sí el problema a propósito del Tribunal Supremo, y en relación a si éste debería de alguna manera vincularse a su propio precedente, pareciendo ser una respuesta justificada a esta pregunta la necesidad esencial de que los casos iguales sean tratados de manera similar por el mismo Tribunal. Un tribunal que sobre el mismo tema cambia un día de opinión tendría muy poca autoridad y violaría cualquier principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, por lo tanto se justifica, y con razones sólidas, un alto grado de fuerza del *autoprecedente* o incluso una limitación formal del Tribunal en cuanto a que ha seguir su propio precedente, habiendo sí buenas razones para creer que tenemos que admitir un grado de elasticidad en un vínculo de este tipo ya que podría ocurrir que el mismo Tribunal está en posición de tener que cambiar su orientación, por lo que se aparta de su propio precedente, y por diversas situaciones, como ser la obsolescencia del precedente por modificación de las condiciones históricas, económicas o sociales que influyen en la decisión del caso sucesivo, o la posibilidad que los asuntos se presenten con características especiales tan fuertes que no pueden ser comprendidas por el precedente⁷⁶¹.

Activamente, todos los precedentes operarían regidos por un criterio de universalización⁷⁶², esto es, «en presencia de un mismo hecho, resuelve siempre de igual forma o, mejor aún, toma aquella decisión que en el futuro

⁷⁶¹ Cfr. TARUFFO, “Precedente e Giurisprudenza”, *op. cit.*, pp. 804-805, en: VV.AA. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional...*, t. V, *op. cit.*

⁷⁶² En palabras de ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Título original: *Theorie der juristischen argumentation: Die theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen begründung* (Editado por Suhrkamp). Traducción de ATIENZA, Manuel; ESPEJO, Isabel. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 262, «El fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de la justicia, en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual». Para PERELMAN / OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*, *op. cit.*, p. 340, los precedentes se aplican conforme a un *principio de inercia*: «La regla de justicia exige la aplicación de un tratamiento idéntico a seres o a situaciones que se integran en una misma categoría. La racionalidad de esta regla y la validez que se le reconoce se relacionan con el principio de inercia, del cual resulta, sobre todo, la importancia que se le concede al precedente».

estuvieras dispuesto a respaldar ante unas mismas circunstancias»⁷⁶³, pero tal universalización se comparte sólo parcialmente ya que en el precedente vertical hay también un factor de organización jerárquica, o sea, aquí el fundamento del precedente no sólo se halla en una regla de universalización sino que, particularmente, en alguna idea sobre la estructura piramidal de un poder del Estado o sobre el sistema de recursos jurisdiccionales, y, a su vez, en el precedente horizontal el principio de universalización parece combinarse con otro género de razones, como ser una ideología judicial que, vinculada al espíritu institucional que caracteriza a la profesión judicial y que hace estimar una virtud de cada miembro el obrar integrado con el conjunto, lleva a responder, en buena parte, con una búsqueda de homogeneidad en la jurisprudencia⁷⁶⁴. Entonces, es en el autprecedente donde impera íntegramente la regla de universalización pues la adopción de soluciones uniformes por un mismo aplicador del Derecho mal puede atribuirse a consideración alguna de orden jerárquico y menos todavía a una ideología “gremial” de aceptación de los criterios mayoritarios, obedeciendo dicha uniformidad únicamente a una regla de racionalidad cuyo fundamento es la exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización⁷⁶⁵.

En cuanto las sentencias contienen una decisión (*decisum*) y su correspondiente fundamentación (*ratio decidendi*), hablar de precedente puede implicar referirse al *decisum* de una (o más de una) sentencia anterior, o a su *ratio decidendi*, o a ambas cosas, aunque comúnmente es la *ratio decidendi* lo que se denota con el término “precedente”⁷⁶⁶, de manera que si

⁷⁶³ Así el concepto GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993, p. 31.

⁷⁶⁴ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, op. cit., pp. 35-36.

⁷⁶⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, op. cit., pp. 37-38.

⁷⁶⁶ En este sentido, p. ej., CALVO GARCÍA, Manuel. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Tecnos, 2000, p. 123: «[...] el precedente ha de buscarse en la *ratio decidendi* de la sentencia. Esto es, no en la decisión judicial propiamente dicha, sino en el principio que sirve como motivo para tomar esa decisión o, dicho de otro modo, en la razón sobre la que se apoya la decisión [...], también es importante diferenciar los motivos o argumentos sobre los que descansa la decisión y los *obiter dicta*, o argumentos adicionales, que no dan lugar a ningún tipo de vinculatoriedad».

dos casos iguales se resuelven sucesivamente de la misma forma pero con distintos fundamentos jurídicos no es posible sostener que la primera resolución es precedente de la segunda⁷⁶⁷.

Eso sí, la *ratio decidendi* en tanto significado del precedente se puede entender de tres maneras distintas, esto es, *norma jurídica general* (v. gr., regla, principio, etc.) en base a la cual se resuelve el caso, *norma jurídica general contextualizada*, o sea no sólo la norma en sí sino unida a los argumentos que la sustentan y la descripción del asunto al cual se aplica, o genéricamente cualquier *elemento esencial de la argumentación* (sea o no una norma jurídica general o jurídica general contextualizada) utilizada por el juez para motivar su decisión. De estas tres acepciones, la segunda es la más usada ya que por lo general las sentencias judiciales se presentan como aplicaciones de normas jurídicas y además, al tratarse de precedentes, de aplicaciones de normas jurídicas a situaciones que presentan entre sí cierta similitud⁷⁶⁸.

El que una decisión dada sea o no un precedente se determina sólo por el contenido de la práctica judicial posterior. Antes, únicamente podría afirmarse que dicha decisión probablemente sea un precedente en el futuro. Un pronóstico así tiene lugar en dos situaciones distintas, esto es, cuando hay una regla de precedente vinculante y cuando no la hay. Habiendo regla, y contando con que ésta sí es observada, sobre el carácter de precedente de la decisión se puede emitir pronunciamiento con la misma certeza que se tiene acerca de la observancia de alguna especie de norma válida por parte de los Tribunales, pero la manera más simple de detectar que se está ante un precedente es hacerlo *ex post*, comparando las sentencias, siendo una práctica

⁷⁶⁷ Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, “El sometimiento del juez sólo a la ley (Por un enfoque post-positivista), *op. cit.*, p. 584, en: VV.AA. RAMOS PASCUA, José Antonio; RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Eds.), *El Positivismo Jurídico a Examen...*, *op. cit.* También en el mismo sentido IGARTUA SALAVERRÍA, “La fuerza vinculante del precedente judicial”, *op. cit.*, p. 194.

⁷⁶⁸ IGARTUA SALAVERRÍA, “La fuerza vinculante del precedente judicial”, *op. cit.*, pp. 194-195.

judicial consolidada un síntoma de que se ha establecido un cierto modo aceptado de solucionar ciertos tipos de casos de una forma determinada, lo que puede ser resultado del manejo de la regla del precedente como también de considerar las decisiones anteriores al tomar las actuales⁷⁶⁹.

En países en donde no es vinculante, valerse del precedente para resolver un caso tiene un gran valor pues facilita la decisión a adoptar, ya que el esfuerzo es menor refiriendo decisiones previamente tomadas. Esto favorece la uniformidad, como resultado de una cierta rutina al fallar, inercia que sin duda es más cómoda que la novedad. Quien basa en el precedente su decisión, que se deriva de otras que él mismo antes adoptó, reduce la posibilidad de una disonancia subsiguiente y la necesidad de removerla. Asimismo, siendo recurrida, si la sentencia actual se funda en un precedente proporcionado por las más altas instancias, es mayor la posibilidad que ella se mantenga mientras que es menor si se discrepa del punto antaño abrazado por tales jerarquías. Aquí, el precedente es un elemento de orientación para las decisiones que se van a tomar, creando una buena ocasión para unificar las decisiones del Tribunal Supremo, incluso sin recurrir a las formas calificadas de decisiones vinculantes, sólo que para que esto funcione es menester que el máximo Tribunal continúe resolviendo en la misma línea. También, para basar las decisiones en precedentes hay una motivación ideológica, esto es, la convicción que una uniformidad de normas jurídicas vinculantes tiene una contrapartida en la aplicación uniforme del Derecho, porque esta aplicación garantiza la justicia formal y la certeza de la misma, o sea, deberían ser similares las decisiones sobre hechos que esencialmente son de un mismo tipo, por lo que apartarse del precedente transgrede la mencionada justicia cuando la decisión era correcta y la restaura cuando no lo era⁷⁷⁰.

⁷⁶⁹ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, op. cit., p. 304.

⁷⁷⁰ Cfr. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, op. cit., pp. 310-311.

2.3.1. El precedente judicial en España en Tribunales ordinarios de Justicia

Diferentes *precedente* y *jurisprudencia* cuantitativamente, pues aquél es una decisión sobre un caso particular y ésta una pluralidad, especialmente amplia, de decisiones sobre varios y distintos asuntos concretos, habiendo, a su vez, una diferencia cualitativa, porque el precedente establece una norma (universal) susceptible de aplicar como criterio de decisión al caso sucesivo en función de la identidad o -como es la regla- de la analogía entre los hechos del primer y del segundo proceso y en la jurisprudencia el análisis comparativo de los hechos es deficiente, al menos en la gran mayoría de las veces⁷⁷¹, estructurada ya la judicatura jerárquicamente, los precedentes judiciales más relevantes son, indiscutiblemente, los del máximo Tribunal, esto es, el llamado precedente vertical⁷⁷², sin perjuicio, como mínima racionalidad exigible⁷⁷³, de la fuerza inherente del autprecedente.

Hay que considerar tanto un aspecto normativo como uno descriptivo, y en el primero de ellos, tratándose de España, la situación es sumamente interesante pues la legislación reconoce explícitamente el carácter vinculante de la jurisprudencia sentada por el TS al resolver los recursos de casación⁷⁷⁴ en

⁷⁷¹ Cfr. TARUFFO, “Precedente e Giurisprudenza”, *op. cit.*, pp. 797-799, en: VV.AA. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional...*, t. V., *op. cit.*

⁷⁷² Como hace ver FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 160-161, lo razonable es reconocer a la jurisprudencia eficacia vinculante en un sentido vertical, dimensión inexistente si la función jurisdiccional estuviera en manos de un solo juez, caso en el cual la preocupación únicamente sería el asegurar que tal magistrado interprete el Derecho de modo estable a lo largo del tiempo, pero como el Poder Judicial es servido por una pluralidad de jueces es por tanto necesario unificar criterios.

⁷⁷³ Aunque la refiere a las reglas procedimentales de la carga de la prueba, perfectamente aquí se podría evidenciar este aserto con la afirmación de AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, *op. cit.*, p. 260, en orden a que «No es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido aceptado como prevaleciente [...] necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificada».

⁷⁷⁴ Ciertamente, como señala MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, *op. cit.*, p. 164, aunque las decisiones del TS no son fuentes del Derecho español, en el sentido del precedente anglosajón o *stare decisis* de vinculación absoluta, queda analizar la relevancia jurídica reconocida a las decisiones de la jurisprudencia ordinaria, en particular a la del TS, desde la perspectiva del recurso de casación. Según indica COUSO SALAS, Jaime. “El uso de precedentes en materia penal: Retórica y realidad en perspectiva”. *RGDP*, N° 5 (2006), pp. 1-48, p. 33, la vinculación entre el principio de sometimiento del juez

interés de la ley, sólo que esta condición no opera en el ámbito penal sino que en el civil y en el contencioso-administrativo (arts. 493 LEC⁷⁷⁵ y 100.7 Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷⁷⁶).

Asimismo, tampoco la LECr prevé como motivo de casación -cosa que si ocurre con la LEC (art. 477.3)- la infracción de la doctrina jurisprudencial del Supremo, presupuesto cuya contemplación en su momento fracasó pues, a causa de la disolución de las Cortes Generales y convocatoria de proceso electoral, caducó el “proyecto de ley orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal” (BOE num. 69-1, de 27 de enero de 2006)⁷⁷⁷, el cual -teniendo entre sus motivos el

a la ley, un aspecto éste del Estado de Derecho, y el seguimiento de precedentes, en los sistemas jurídicos continentales, no es de aparición reciente sino que tiene base en la tradición del recurso de casación, el que se dirige precisamente a evitar la dispersión de interpretaciones judiciales, en casos semejantes, que se traduce en que no hay ya una ley sino varias, pudiendo cada juez escoger la que le parezca. Y, como anota LAPORTA, Francisco J. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”. En: FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 1ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 11-42, p. 14, la casación, un mecanismo de protección de la ley ante interpretaciones peregrinas o desobediencias judiciales abiertas, y que fue encomendada al Tribunal Supremo, apareciendo con ese nombre en un Real Decreto de 1852, viene a aquí a cuento porque entre los motivos de casación va a figurar siempre, junto a la “infracción de ley”, la infracción de “doctrina legal”, “jurisprudencia” o expresiones similares, además que los autores que mantienen en España que la jurisprudencia no tiene fuerza vinculante se han tenido en todo momento que ver las caras con esa categoría jurídica de la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y más aún desde que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 estableció el recurso en interés de la ley, es decir, un recurso cuya decisión no afecta a los derechos de las partes en un caso concreto y tiene como única función crear jurisprudencia, esto es, emitir un fallo que no parece resolver caso alguno sino que se produce solamente para establecer una pauta interpretativa con vocación de permanencia (en palabras de GARCÍA RUIZ, María del Pilar. “El Tribunal Supremo como mero órgano unificador de doctrina: la posible afectación de su garantía institucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 82, enero-abril 2008, pp. 119-179, p. 159, el objetivo de la casación es, ya desde este momento, dual, esto es, la tutela del interés individualizado que sustenta su interposición, a través de la declaración de nulidad de la sentencia contraria a la ley o a la doctrina jurisprudencial, y la defensa genérica de la legalidad, que se perpetúa mediante la aplicación uniforme que el Tribunal hace al resolver conforme a la interpretación que él mismo juzgue, en el asunto concreto -o haya juzgado, en otros- que es la correcta).

⁷⁷⁵ «La sentencia que se dicte en los recursos en interés de la ley respetará, en todo caso, las situaciones jurídicas particulares derivadas de las sentencias alegadas y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

⁷⁷⁶ «La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional».

⁷⁷⁷ Proyecto de ley disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_069-01.PDF (visitado el 20/09/2009). Este proyecto fue objeto de diversas enmiendas, incluso algunas totales,

que “con la reforma del sistema de recursos se pretende que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, sea el garante de la igualdad y de la seguridad jurídica en la aplicación del ordenamiento estatal, cumpliendo su función unificadora”- modificaba la casación en materia criminal estableciendo (art. 848.1.a) LECr) que un fundamento de este recurso era la “contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo”.

En la legislación se advierte que son contradictorios los artículos 1 del Cc y el antiguo 1692.5º de la LEC pues el primero niega el carácter fonticio de la jurisprudencia, con lo que el precedente carece de fuerza vinculante, y el segundo facultaba el recurso de casación fundado en “infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia”, lo cual, manifiesta DE OTTO, parece indicar que la jurisprudencia tenía valor normativo ya que sólo en tal caso cabe hablar de “infracción”⁷⁷⁸.

Después, con la nueva LEC (Ley 1/2000, de 7 de enero), en el artículo 477.1 se establece como motivo único de la casación el infringir «normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso», por lo que se infiere que contravenir la jurisprudencia no permite recurrir de casación contra la respectiva sentencia, estimación que no quedaría en entredicho por la reintroducción en el artículo 477.3 LEC de la jurisprudencia mediante la figura del interés casacional, el cual existe, entre otros, «cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo [...]», puesto que tal interés se entiende que sólo condiciona la admisión del recurso

publicadas las mismas en BOE num. 69-15, de 8 junio de 2006. (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_069-15.PDF [visitado el 20/09/2009]). Sobre caducidad del proyecto, *vid.* BOE num. 69-17, de 4 de marzo de 2008. (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_069-17.PDF [visitado el 20/09/2009]). Para un análisis pormenorizado y crítico de este Proyecto, *vid.* GARCÍA RUIZ, “El Tribunal Supremo como mero órgano unificador de doctrina...”, *op. cit.*

⁷⁷⁸ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*. 3ª reimpresión de 2ª ed. 1988. Barcelona: Ariel, 1993, p. 297.

pero no su acogida, que siempre exige (v. gr., arts. 477.1 LEC y 847 LECr) la transgresión de una norma⁷⁷⁹.

Por su parte, el artículo 4 de la LOPJ de 1870 prohibió a jueces y Tribunales dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigida a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del Ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional, preceptiva no sólo en vigor, conforme dispone el artículo 12.3 de la actual LOPJ (LO 6/1985, de 21 de julio), sino también extensiva a los órganos de gobierno de los aludidos impedidos y al CGPJ.

Distinto a como pasa con el TC, cuya sentencia obliga a todos los poderes públicos y produce efectos generales desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (arts. 164.1 CE; 38.Uno LO 2/1979, de 3 de noviembre; 5.1 LOPJ), el máximo órgano de Justicia no cuenta en el Ordenamiento punitivo con una disposición que dé fuerza vinculante a sus resoluciones respecto de otros Tribunales, lo que no significa que sea intrascendente su “jurisprudencia”, cuya importancia⁷⁸⁰ reconoce no sólo la LEC sino también el artículo 1.6 del CcE, el que le asigna, precisamente, que «complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo

⁷⁷⁹ Cfr. IGARTUA SALAVAVERRÍA, “La fuerza vinculante del precedente judicial”, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁸⁰ Indiscutiblemente, no se puede desconocer la relevancia práctica de la labor de los jueces, pues, como apunta MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, p. 251, la jurisprudencia ha creado teorías al margen de la ley, como la del delito continuado, o bien en contra de ella, como lo fue en un tiempo la interpretación jurisprudencial del antiguo párrafo primero del art. 166 CpE de 1973, que permite subsumir en este precepto las reuniones o manifestaciones de personas que *ad hoc* hayan sido prohibidas por la autoridad administrativa. (este párrafo en cuestión prescribía que «No son reuniones o manifestaciones pacíficas: [...] Las que se celebren con infracción de las disposiciones de policía establecidas con carácter general en el lugar en que la reunión o manifestación tenga efecto. [...]»). Asimismo, y criticando antes una sentencia de la Audiencia de Bilbao que condenó como delito de violación un coito anal pese a estar este supuesto excluido de la ley, de modo que la pena impuesta tendría que haber sido por un delito de abusos deshonestos y haciéndose uso de lo prescrito en el art. 2 del Cp, recomendando entonces al Gobierno una modificación de la legislación, señala ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Principio de legalidad y resoluciones judiciales”. *Jueces para la Democracia*, n° 8, diciembre 1989, pp. 13-14, p. 13, «esta tendencia a violar el principio de legalidad, en alguna de las decisiones de los jueces y tribunales, no es la primera vez que se manifiesta en nuestra jurisprudencia. Uno de los pasos más claros en esta dirección se dio con la llamada «creación jurisprudencial del delito continuado», que vino a derogar, en ciertos supuestos, lo previsto en los preceptos reguladores de los concursos real e ideal de delitos; asimismo, esas conculcaciones de la legalidad son visibles en algunas recientes resoluciones sobre prescripción».

reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», sólo que esta pretendida preeminencia -por lo expuesto- habría que encontrarla ya en el plano descriptivo, teniendo sí muy presente, cual marco regulatorio del quehacer judicial, el principio de igualdad, el mismo un valor superior del Ordenamiento jurídico (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE), y sin dejar de lado, por supuesto, la interdicción de arbitrariedad (art. 9.3 CE).

Ahora, cierto que juega a favor de negarle al precedente judicial fuerza obligatoria el mandato constitucional de la sumisión del juez a la ley y el reconocer a éstos independencia (art. 117.1 CE), sometimiento que «no es una reivindicación de los Tribunales ni un privilegio establecido en beneficio de los jueces, sino de los justiciables, del pueblo en general, que en ese principio tiene la garantía de su libertad individual»⁷⁸¹, pero la tesis primera omite que tal sujeción no alcanza sólo a la ley parlamentaria, pues la Carta reconoce igualmente otras normas (v. gr., tratados internacionales [arts. 93 y ss. CE]), éstas absolutamente ineficaces si únicamente fuera Derecho la producción legislativa, motivo por el que no necesariamente puede excluirse en la práctica estar ligado el juez a la jurisprudencia⁷⁸².

A su vez, la objeción fundada en que el juez no puede estar vinculado a la jurisprudencia, porque estaría sometido al máximo Tribunal y perdería su independencia, pasa por alto los supuestos -cuya constitucionalidad nadie discute- en que un Tribunal superior puede anular la resolución de un inferior, o bien ordenarle que dicte una con determinado contenido (p. ej., decretar un procesamiento, o continuar instruyendo un sumario que el magistrado declaró concluido). O sea, se trata de una impugnación que erradamente ve al juez como persona física y no como el titular de una

⁷⁸¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Poder Judicial e independencia judicial*. Nueva edición revisada y aumentada. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951, p. 44.

⁷⁸² Cfr. DE OTTO, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, op. cit., p. 300.

función dentro de una estructura judicial, en que el ejercicio del cargo es ciertamente lo que garantiza el Ordenamiento, razón adecuada, en consecuencia, para no descartar que para los jueces, de hecho, el precedente pueda ser vinculante⁷⁸³, sobre todo si la organización judicial se articula en instancias o grados, teniendo a la cabeza un Tribunal Supremo que puede responder por asegurar una justicia más meditada y uniforme, corrigiendo los efectos que genera una multiplicidad de Tribunales⁷⁸⁴.

Como bien hace notar DE OTTO, aseverar que la independencia judicial desvincula al juez de la jurisprudencia, de la doctrina del Tribunal en que culmina esa organización, supone negar toda posibilidad de conducir a unidad la justicia dispersa y convertir esa diseminación en un valor, haciendo inútil la garantía que para el ciudadano implica la configuración judicial en instancias o grados⁷⁸⁵.

En realidad, el mejor referente es la *praxis* judicial, la cual, en lo que interesa, muestra que en muchas ocasiones los Tribunales fundan sus resoluciones tomando en cuenta precedentes judiciales previos, incluso de ellos mismos, como lo hace no hace mucho el TS, que conociendo de un recurso de casación, expresa en su sentencia 7427/2009, por ejemplo, que «La doctrina de esta Sala de casación sobre esta cuestión se expresa en numerosos precedentes jurisprudenciales, consolidando un criterio uniforme [...]», y

⁷⁸³ Como señala PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versión castellana de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2000. México D. F.: Fontamara, 2003, pp. 57-58, la palabra ‘vinculante’ indica una *fuerza normativa* y, por otra parte, el término ‘*de facto*’ parece implicar justamente lo contrario, esto es, que los precedentes no tienen fuerza normativa pese a que normalmente son seguidos. La expresión ‘vinculante *de facto*’, tomada literalmente, es autocontradictoria, por lo que es mejor distinguir entre vinculación *de iure* y otros tipos de fuerza normativa, de modo que la expresión ‘vinculante *de facto*’, interpretada razonablemente, no indica falta de normatividad sino que la normatividad de los precedentes no es la misma que en el caso de la vinculación formal. Una manera simple de expresar los distintos tipos de normatividad implicados en la vinculación y en la fuerza normativa es que los precedentes vinculantes *de iure tienen* que ser seguidos y los que no son formalmente vinculantes pero tienen fuerza normativa *deberían* o, al menos *pueden* ser usados como razones en la argumentación jurídica.

⁷⁸⁴ Cfr. DE OTTO, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, op. cit., pp. 300-301.

⁷⁸⁵ Cfr. DE OTTO, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, op. cit., p. 301.

«En esta misma línea doctrinal se pronuncia la muy importante STS de 14 de marzo de 2.006 [...]»⁷⁸⁶.

Más aún, también el TC, justamente en pos de la igualdad en la aplicación de la ley⁷⁸⁷, se resuelve por la estabilidad del precedente (autoprecedente), en tanto sea éste relevante, o sea, constituye una doctrina jurisprudencial ya consolidada⁷⁸⁸, siendo por ende lesionada dicha igualdad si un órgano se aparta infundadamente de la doctrina que ha mantenido reiteradamente y sin interrupción⁷⁸⁹, autorizando esa infracción recurrir contra un órgano teniendo

⁷⁸⁶ STS 1251/2009, de 10 de diciembre (fundamentos jurídicos 3 y 4), N° Roj: 7247/2009 (otras sentencias que recogen en sus fundamentos jurídicos resoluciones anteriores, por ejemplificar, STS 1142/2009, de 24 de noviembre (F.j. 1), N° Roj: 7194/2009; STS 477/2009, de 10 de noviembre (F.j. 5), N° Roj: 6885/2009).

⁷⁸⁷ Señala GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales (enero-julio de 1992)". *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 1, n° 1, 1993, pp. 445-460, pp. 447-448, «[...] el TC [...] ha establecido una diferencia entre el principio de igualdad cuando opera *en la Ley* y cuando lo hace *en la aplicación de la Ley*. La primera de estas acepciones tiene que ver con el trato dado por la Ley, y constituye un límite al poder legislativo. La segunda hace referencia al trato dado por los órganos jurisdiccionales cuando interpretan y aplican el Derecho, pero comprende [...] la exigencia de una interpretación no discriminatoria de la norma; y [...] la prohibición de que los Jueces y Tribunales se aparten injustificada e irrazonablemente de sus propios criterios de resolución anteriores en casos sustancialmente idénticos. Para establecer una diferencia entre ambas, podríamos denominar a esta última regla o "doctrina del precedente", en el sentido de que supone una exigencia de que los órganos jurisdiccionales sigan sus propios precedentes, con la única carga de que cuando entiendan que han de separarse de los mismos deben motivarlo suficientemente. [...] el TC se refiere a esta exigencia de la igualdad como "igualdad en la aplicación de la Ley", en sentido estricto. [...]».

⁷⁸⁸ Conforme STC 64/1984, de 21 de mayo (F.j. 2), Recurso de amparo, Número de registro: 547 y 659-1983 (acumulados), «[...] la igualdad [...] no obliga en todo caso al tratamiento igual de los supuestos sustancialmente iguales, sino a que un mismo órgano judicial no pueda modificar el sentido de sus resoluciones sin ofrecer una fundamentación suficiente y razonable [...] el principio de igualdad exige, en definitiva, [...] que el cambio en la aplicación de la Ley aparezca suficientemente motivado, precisándose las razones por las que el órgano judicial considera que debe apartarse de sus propios precedentes jurisprudenciales, ya que ello sirve de garantía para evitar la arbitrariedad y promover la seguridad jurídica [...] los precedentes por referencia a los cuales debe justificarse el cambio de criterio y que han de servir de elemento de comparación para valorar la presunta vulneración del principio de igualdad, son aquellos que constituyen una doctrina jurisprudencial ya consolidada, no cualquier pronunciamiento judicial [...]».

⁷⁸⁹ En STC 52/1987, de 7 de mayo (F.j. 4), Recurso de amparo, Número de registro: 72-1986, se señala que «Podría alegarse en todo caso [...] que la resolución judicial [...] habría quebrantado el principio de igualdad por haberse apartado de la doctrina mantenida, de modo reiterado e ininterrumpido, por aquel mismo órgano jurisdiccional. Se trataría en tal caso de una lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, derecho que forma parte, sin duda, del principio consagrado en el art. 14 de la Constitución». No obstante, un Tribunal para abandonar un precedente anterior no requeriría recapacitar profundamente sino sólo exponer un cambio de criterio reconocible como tal, según así establece STC 66/1987, de 21 de mayo (F.j. 4), Recurso de amparo, Número de registro: 1160-1985, que indica que «[...] no puede exigirse al órgano judicial un mantenimiento indefinido de sus propios precedentes, y [...] la posibilidad de modificar un criterio previamente adoptado constituye incluso exigencia ineludible de la propia función judicial cuando aquél se considera posteriormente erróneo, pues el Juez está sujeto a la Ley y no al precedente, y está obligado por mandato constitucional a aplicar aquélla, es decir, el sentido de la misma que reconozca como ajustada en el momento de juzgar (STC 49/1985, de 28 de marzo, fundamento jurídico 2.º). Lo que impone [...] el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es que la diferencia de tratamiento en situaciones

como base su propia doctrina⁷⁹⁰. Como apunta ALEXY, las dos reglas principales del uso de los precedentes consisten en que hay que alegar el precedente si éste puede aducirse a favor o en contra de una decisión y, a la vez, la carga de la argumentación es de quien quiera apartarse de un precedente⁷⁹¹.

En opinión de LAPORTA, hay una evidencia intuitiva, factible de corroborar estadísticamente, que los jueces cotidianamente aplican el precedente judicial, tanto el horizontal como el vertical. Desde que es posible acceder a la jurisprudencia de las Audiencias, se constata la cada vez más frecuente apelación a esa jurisprudencia por parte de los jueces de primera instancia, no siendo distinto con la jurisprudencia del TS, particularmente la penal, en cuanto la misma las Audiencias la incorporan y aplican casi unánimemente, muy decididamente, pareciendo más acertado suponer que esta actitud generalizada no es atribuible a la rutina y la facilidad sino a que los jueces acuerdan un indudable valor a la unificación de criterios, la predecibilidad y la racionalidad de sus propias decisiones, que son, todos ellos, los fundamentos mismos de la doctrina del precedente⁷⁹².

Para entender a los jueces españoles efectivamente vinculados al precedente, contribuye el hecho que la *legalidad* cobra vigencia si el intérprete explicita

similares no sea arbitrara, sino que resulte justificada por un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal [...].»

⁷⁹⁰ En STC 170/1987, de 30 de octubre (F.j. 3), Recurso de amparo, Número de registro: 383-1986, se dispone que «Para que el principio de igualdad resulte vulnerado con entidad constitucional por contradicción en la aplicación de la ley en las resoluciones judiciales dictadas por el mismo Juzgado o Tribunal, se requiere que los casos resueltos respondan sustancialmente a los mismos supuestos de hecho y que no se fundamente o justifique el cambio de criterio del juzgador, el cual puede, naturalmente, en su función de aplicación de la legalidad evolucionar razonablemente en su proceso interpretativo sin que ello vulnere el principio de igualdad. En suma, la identidad de los supuestos resueltos por un mismo Tribunal y la arbitrariedad en las soluciones diferentes, son las premisas necesarias para que se dé la desigualdad en la aplicación de la ley prohibida por [...] la Constitución».

⁷⁹¹ Cfr. ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 265, y ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Título original: *Theorie der grundrechte* (Suhrkam-Verlag 1986). Traducido por GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 537.

⁷⁹² LAPORTA, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”, *op. cit.*, pp. 38-39, en: FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, *op. cit.*

su sentido, no siendo respetada aquélla si se abandona irrazonadamente el sentido vigente, plasmado precisamente en el precedente. Para que la dinámica jurídica sea realmente razonable evolución y no una oscilación caprichosa o un caos inadvertido es necesario exhibir razones al instante de apartarse de lo ponderado como razonable, siendo la interpretación de un texto siempre obligadamente libre, sólo que tal libertad no es arbitrariedad sino prudencia responsable pues la Constitución reconoce al juez la potestad exclusiva de juzgar (art. 117.3 CE), lo que es bien distinto de la capacidad de decidir a su antojo⁷⁹³. Tampoco es de aspirar a que los jueces siempre se atengan al precedente para resolver cuestiones sustancialmente iguales, pues ello llevaría al anquilosamiento de la experiencia jurídica, lo que contraría la dinámica jurídica, que amerita ser descrita como razonable evolución de criterios si se huye de los extremos, esto es, de dar a los precedentes un efecto de vinculación perpetua y el modificar criterios anteriores sin entregar fundamentación suficiente y no arbitraria, obtenida a través de razonamientos objetivos y generales⁷⁹⁴.

Como resalta REQUEJO PAGÉS, el precedente incorpora mayores dosis de exigencias a la fundamentación, no porque aquéllos sean vinculantes y tal vinculación sólo se disuelva si esa es la intención expresa del juzgador, sino porque los precedentes suponen la existencia de criterios de interpretación que debe considerar el juez a fin de asegurar la reflexividad de sus nuevos criterios discrepantes. La exigencia al magistrado es que analice todas las aristas del problema a enjuiciar, y la importancia del precedente se explica por confluir en él fundamentos tenidos en otro tiempo por adecuados y cuya impropiedad para el asunto actual sólo podría afirmarse después de pertinentes reflexiones⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Cfr. OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 96.

⁷⁹⁴ Cfr. OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, op. cit., pp. 96-97.

⁷⁹⁵ Cfr. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. "Juridicidad, precedente y jurisprudencia". *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, num. 29, mayo-agosto 1990, pp. 223-240, p. 234.

Faltando un miramiento normativo de los pronunciamientos judiciales, esto es, una exigencia de someterse a ellos, aún así muchos jueces resuelven tomando como referencia decisiones anteriores, sólo que la sujeción es discrecional, lo que tampoco obsta a instar por exigir tal sumisión pues ello en vez de aumentar el poder y la discrecionalidad judicial la disminuye⁷⁹⁶.

Otro factor que puede compeler a resolver siguiendo precedentes judiciales es el hecho que en el propio Poder Judicial existe el interés de hacer vinculante a la jurisprudencia del TS, lo cual incluso se ha manifestado en distintas épocas -incluso recientes- por algunos de sus Presidentes, esto es, Pascual Sala Sánchez, en discurso *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, en el acto de apertura del año judicial 1993-1994 (15 de septiembre de 1993), Francisco José Hernando Santiago, en discurso *Jurisprudencia Vinculante: Una necesidad del Estado de Derecho*⁷⁹⁷, en el acto de apertura del año Judicial 2005-2006 (13 de septiembre de 2005), y Carlos Dívar Blanco, en discurso *Seguridad jurídica, igualdad ante la ley y aplicación uniforme del Derecho*⁷⁹⁸, en el acto de apertura del año judicial 2009-2010 (21 de septiembre de 2009). Es más, en sesión de 23 de mayo de 2000, se aprobó por la Sala de Gobierno del TS una “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones constitucionales”, por la que se determina introducir un precepto en la LOPJ que proclame formalmente y con carácter general el valor vinculante de la jurisprudencia, bajo una fórmula similar a la contenida actualmente en el artículo 5.1 LOPJ respecto de la doctrina del TC. Esta idea fue llevada a la práctica mediante un borrador de Anteproyecto de reforma de la LOPJ, el que originó cierto debate en la prensa escrita, manifestándose crítico de la iniciativa judicial Eduardo

⁷⁹⁶ Cfr. DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 157, n.º 29.

⁷⁹⁷ En: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm> (visitado el 20/10/2009).

⁷⁹⁸ En: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/ts/principal.htm> (visitado el 20/10/2009).

García de Enterría⁷⁹⁹ así como defensor de ella -a ese entonces Presidente del TS- Francisco José Hernando Santiago⁸⁰⁰.

En fin, como hace notar NINO, «[...] los jueces dictan ciertas normas particulares que se llaman "sentencias judiciales". Para hacerlo tienen en cuenta determinadas normas que pueden preexistir, como una ley o una costumbre, pero también muchas veces [...] determinados criterios generales de razonabilidad, equidad, etcétera. Esos criterios, que no fueron dictados por un legislador ni se originaron en la costumbre de la población, pueden ser tomados en cuenta por otros jueces a quienes se les plantea posteriormente un caso análogo al resuelto originariamente. Cuando tales criterios son adoptados por los jueces como fundamento de sus sentencias y el apartarse de ellos es motivo de crítica, se da origen a ciertas normas jurídicas, que los jueces pueden considerar tanto o más obligatorias [...] que las leyes»⁸⁰¹.

2.3.2. El precedente judicial en Chile en Tribunales ordinarios de Justicia

En Chile, en el plano normativo, una vez lograda la independencia en 1818, se sigue en el tiempo inmediato aplicando algunas leyes españolas, como ser la Novísima Recopilación, que recoge el Ordenamiento de Alcalá y las Partidas del Rey Alfonso X el Sabio, por lo que el juez sólo puede resolver conforme con la ley, a cuya falta, por no existir monarca, ha de referir el asunto al legislador, no compitiendo a la magistratura legislar. Esta etapa se prolonga hasta que por Ley de 22 de febrero de 1837 se dispone que, no habiendo ley para aplicar, el juez debe fallar tomando en consideración los principios generales de la jurisprudencia, las máximas del Derecho natural, las leyes análogas, las decisiones de los Tribunales y las opiniones de los

⁷⁹⁹ Vid. <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2002/07/06/003.html> (visitado el 20/11/2009).

⁸⁰⁰ Vid. <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2002/07/19/003.html> (visitado el 20/11/2009).

⁸⁰¹ NINO, *Introducción al análisis del derecho*, op. cit., p. 151.

jurisconsultos. Así, a partir de la Ley de 22 de febrero de 1837 está mandado considerar los precedentes, o sea no sólo los principios de la jurisprudencia sino que, más exactamente, las decisiones de los Tribunales, pero como la preceptiva legal discurre sobre el “tomar en consideración”, lo que no es igual a tener que fallar conforme al precedente, es claro que el juez al pronunciar sentencia goza de libertad para, si lo estima pertinente, apartarse del precedente⁸⁰².

El 15 de octubre de 1875 se promulga la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que entró en vigencia el 1 de marzo de 1876, pero en ésta, si bien considerada como el Tribunal Superior del orden judicial, no se vislumbra aún a la Corte Suprema como Tribunal Supremo encargado de velar por la ley, por la unidad de la jurisprudencia y por el mantenimiento de las instituciones constitucionales, comenzándose sólo con la dictación del Código de Enjuiciamiento Civil en 1893 a hablar como de competencia de la Corte Suprema el recurso de casación en el fondo, el que se dice, es una novedad establecida con el objeto de “dar uniforme aplicación a las leyes”⁸⁰³.

Antes, contrastando fuertemente con la legislación que le precedía, el 1 de enero de 1857 entra en vigor el Código Civil, el cual dispone (art. 3) que la fuerza obligatoria de las sentencias judiciales se da sólo respecto de las causas en que ellas son pronunciadas. Con el Código de Procedimiento Civil de 1902, aprobado para regir desde el 1 de marzo de 1903, se estatuye, a través del artículo 3, que la Corte Suprema, compuesta de diez miembros y un solo fiscal (art. 2 Cpc), para conocer en los recursos de casación en el fondo, funcionará en un solo cuerpo con la concurrencia de siete jueces, por lo menos, dividiéndose dicha Corte, para el despacho de los demás negocios

⁸⁰² Cfr. QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *La jurisprudencia ante la Constitución: El precedente judicial*. Santiago de Chile: Editorial Alfonso X, 2000, p. 81.

⁸⁰³ Cfr. CHAIGNEAUX DEL CAMPO, Alberto. “La Corte Suprema y sus competencias”. *Ius et Praxis*. Año 4, n° 1, 1998, pp. 235-242, p. 236.

judiciales, en dos salas, ninguna de las cuales puede funcionar con menos de cuatro jueces, habiéndose igualmente establecido (art. 170 N° 5 Cpc) que «Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: [...] La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo»⁸⁰⁴.

Pero, la casación, en materia civil y penal prevista *en la forma y en el fondo*⁸⁰⁵, siendo la última procedente sólo por «infracción de ley y esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia» (art. 767 *in fine* Cpc) o, en su caso, «aplicación errónea de la ley penal»⁸⁰⁶

⁸⁰⁴ En opinión de QUIJANO FERNÁNDEZ, *La jurisprudencia ante la Constitución...*, *op. cit.*, p. 84, si entendiéramos rectamente el concepto “principios de equidad” del numeral 5 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, esto es, como principios generales del Derecho, entre los que están los de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad como derivado suyo, se sigue que esta norma referida ha derogado el artículo 3 del Código Civil, en el caso a que él se refiere, por ser norma posterior, reconociendo entonces, en defecto de ley, a la jurisprudencia como fuente subsidiaria.

⁸⁰⁵ Art. 765 inc. 1 Cpc: «El recurso de casación es de dos especies: de casación en el fondo y de casación en la forma»; Art. 535 inc. 1 Cprp: «La casación en materia penal se rige, salvo lo dispuesto en el Título I del Libro III de este Código, por las prescripciones de los párrafos 1° y 4° del Título XIX, Libro III del Código de Procedimiento Civil, en lo que no sea contrario a lo establecido en el presente título. [...]».

⁸⁰⁶ Conforme dispone el art. 546 Cprp, la aplicación errónea de la ley penal, que faculta para recurrir de casación en el fondo, puede sólo consistir: «1° En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al reo en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena; 2° En que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación; 3° En que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal; 4° En que la sentencia o el auto interlocutorio, calificado como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado o no admita la querrela; 5° En que, aceptados, como verdaderos los hechos que se declaran probados, se haya incurrido en error de derecho al admitir las excepciones indicadas en los números 2°, 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433 [*]; o al aceptar o rechazar en la sentencia definitiva, las que se hayan alegado en conformidad al inciso 2° del artículo 434 [**]; 6° En haberse decretado el sobreseimiento incurriendo en error de derecho al calificar las circunstancias previstas en los números 2°, 4°, 5°, 6° y 7° del artículo 408 [***]; y 7° En haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia [...]». (*: «El reo sólo podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes: [...] 2a. Falta de personería del acusador; [...] 4a. Cosa juzgada; 5a. Perdón de la parte ofendida, el cual ha de ser otorgado antes de iniciarse el procedimiento respecto de los delitos que no pueden ser perseguidos sin previa denuncia o consentimiento del agraviado; 6a. Amnistía o indulto; 7a. Prescripción de la acción penal; y 8a. Falta de autorización para procesar, en los casos en que sea necesaria con arreglo a la Constitución o a las leyes»; **: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, el reo podrá también alegar las excepciones de los números 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del artículo 433, como defensas de fondo para el caso de que no se acojan como artículo de previo y especial pronunciamiento»; ***: «El sobreseimiento definitivo se decretará: [...] 2° Cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito; [...] 4° Cuando el procesado esté exento de responsabilidad en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal; 5° Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números 1°, 3°, 5° y 6° del artículo 93 del mismo Código; 6° Cuando sobrevenga un hecho que, con

(art. 546 inc. 1 Cprp), no se instauró otorgándole a la jurisprudencia un valor vinculante, admitido éste únicamente en el Ordenamiento en el ámbito de la Administración, en relación con la jurisprudencia emanada de la CGR (arts. 6, inc. 4⁸⁰⁷, y 19⁸⁰⁸ L 10.336 [Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República]). Es más, en 1995, con la L 19.374⁸⁰⁹, se da oportunidad a la CS para unificar su jurisprudencia al disponerse, a través del artículo 780 Cpc, modificado por sustitución, que una vez interpuesto el recurso de casación en el fondo, cualquiera de las partes puede solicitar, dentro del plazo para hacerse parte en el Tribunal *ad quem*, que el recurso sea

arreglo a la ley, ponga fin a dicha responsabilidad; y 7° Cuando el hecho punible de que se trata haya sido ya materia de un proceso en que haya recaído sentencia firme que afecte al actual procesado»).

⁸⁰⁷ «[...] sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa [...]».

⁸⁰⁸ «Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios [...]».

⁸⁰⁹ Ella, en lo que interesa, se publicó en el DO de 18 de febrero de 1995, y según se establece en su «Artículo 1° transitorio», «Esta ley entrará en vigencia noventa días después de su publicación en el Diario Oficial, con las excepciones indicadas en los artículos siguientes: Artículo 2°.- Las modificaciones en la organización y funcionamiento de la Corte Suprema, derivadas de la sustitución de los artículos 95 y 99 del Código Orgánico de Tribunales, entrarán en vigencia el día 1° de marzo siguiente a la fecha de publicación de esta ley. [...] Artículo 5°.- La Corte Suprema deberá dictar, dentro del plazo de sesenta días, contado desde la fecha de publicación de esta ley, el auto acordado que regule las materias a que se refieren los artículos 95 y 99 del Código Orgánico de Tribunales». (en lo atinente, el art. 95 Cot dispone que «La Corte Suprema funcionará dividida en salas especializadas o en pleno» (inc. 1), y «Para el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 98 [*], la Corte funcionará ordinariamente dividida en tres salas o extraordinariamente en cuatro, correspondiéndole a la propia Corte determinar uno u otro modo de funcionamiento» (inc. 2), y el 99 Cot que «Corresponderá a la Corte Suprema, mediante auto acordado, establecer cada dos años las materias de que conocerá cada una de las salas en que ésta se divida, tanto en funcionamiento ordinario como extraordinario. Al efecto, especificará la o las salas que conocerán de materias civiles, penales, constitucionales, contencioso administrativas, laborales, de menores, tributarias u otras que el propio tribunal determine. Asimismo, señalará la forma y periodicidad en que las salas especializadas decidirán acerca de las materias indicadas en el inciso primero del artículo 781 [**] y en los incisos primero y segundo del artículo 782 [***], ambos del Código de Procedimiento Civil, respecto de los recursos de casación que hayan ingresado hasta quince días antes de la fecha en que se deba resolver sobre la materia. En todo caso, la mencionada periodicidad no podrá ser superior a tres meses» (inc. 1), y «En caso que ante la Corte Suprema se encuentren pendientes distintos recursos de carácter jurisdiccional que incidan en una misma causa, cualesquiera sea su naturaleza, éstos deberán acumularse y verse conjunta y simultáneamente en una misma sala. La acumulación deberá hacerse de oficio, sin perjuicio del derecho de las partes a requerir el cumplimiento de esta norma» (inc. 4). (*: «Las salas de la Corte Suprema conocerán: 1°. De los recursos de casación en el fondo; 2°. De los recursos de casación en la forma [...]; 3°. De los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales con competencia en lo criminal [...]»; **: «Elevado un proceso en casación de forma, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos [...]»; ***: «Elevado un proceso en casación de fondo, el tribunal examinará en cuenta si la sentencia objeto del recurso es de aquéllas contra las cuales lo concede la ley y si éste reúne los requisitos que se establecen [...]», «La misma sala, aun cuando se reúnan los requisitos establecidos en el inciso precedente, podrá rechazarlo de inmediato si, en opinión unánime de sus integrantes, adolece de manifiesta falta de fundamento»).

conocido y resuelto por el pleno del Tribunal, pudiendo la petición sólo fundarse en el hecho que la Corte Suprema, en fallos diversos, ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso.

En el ámbito penal, la posibilidad de la CS de unificar su jurisprudencia se materializa con el comienzo de la reforma procesal penal y entrada en vigor, en consecuencia, de su Código Procesal Penal, el 16 de diciembre de 2000, en las Regiones de Coquimbo (IV) y de la Araucanía (IX)⁸¹⁰, al establecerse en el artículo 376 inc. 3 de este nuevo cuerpo legal que la competencia de la Corte de Apelaciones para conocer del *recurso de nulidad*⁸¹¹, fundado éste en haberse hecho en el pronunciamiento de la sentencia una errónea aplicación

⁸¹⁰ La reforma procesal penal se implanta gradualmente, comenzando por las Regiones IV y IX, el 16 de diciembre de 2000, luego las Regiones II, III y VII, el 16 de octubre de 2001, las Regiones I, XI y XII, el 16 de diciembre de 2002, las Regiones V, VI, VIII y X, el 16 de diciembre de 2003, y, finalmente, la Región Metropolitana, el 16 de junio de 2005.

⁸¹¹ Sobre este recurso, que inicialmente era de casación, resulta muy ilustrativa su historia fidedigna (disponible en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf> [visitado el 12/01/2010]), como ser, en lo pertinente, que en Sesión 06, de 21 de junio de 2000, discusión en Sala, Segundo Trámite Constitucional Senado, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, se indica que la Corte Suprema «hizo presente la necesidad de algún recurso que velara por la uniformidad jurisprudencial, que, en definitiva, evitara la existencia de distintas sentencias sobre causas similares, y pudiera llegar, de alguna forma, a conocimiento del Tribunal Supremo, para que, en último término, unificara jurisprudencia» (pp. 1604-1605). Asimismo, en Sesión 07, de 4 de julio de 2000, discusión en Sala, Segundo Trámite Constitucional Senado, Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, se señala que «la Comisión estableció un nuevo recurso, el de “nulidad”, superando de alguna manera el recurso extraordinario que venía de la Cámara de Diputados y el de casación. Este recurso de “nulidad”, por regla general, será conocido por la Corte de Apelaciones [...] y, en determinados casos, por la Corte Suprema [...] cuando se invoque la vulneración de derechos y garantías básicos propios del debido proceso que hayan sido consagrados en la Constitución o en tratados internacionales vigentes y, en segundo término, cuando haya una errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, siempre que sobre esa materia exista jurisprudencia contradictoria [...] entre diversos tribunales superiores. Con esta fórmula, la Corte Suprema [...] recupera o reafirma su carácter de máximo tribunal en cuanto a la interpretación justa y debida de la ley penal, para que no haya una jurisprudencia errónea que pudiera llevar a que [...] hubiera diferentes tipos de formulación de la aplicación de la ley penal, lo que llevaría no sólo a una anarquía sino, también, a posibles injusticias para las personas afectadas por esas resoluciones» (p. 1617). Finalmente, en Cuenta en Sesión 19, de 1 de agosto de 2000, Tercer Trámite Constitucional Cámara de Diputados, Informe de Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y Reglamento, se manifiesta que «Después de replantearse cuál debería ser el papel que desempeñe la Corte Suprema, reformula completamente los recursos extraordinario y de casación, creando en su reemplazo el “recurso de nulidad”, estableciendo dos causales genéricas: la vulneración de derechos o garantías, y la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Es, por tanto, un recurso que apunta a dos objetivos perfectamente diferenciados: [...] El respeto de la correcta aplicación de la ley, elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato, pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico. Deja establecidos con claridad los casos en que [...] el tribunal competente será la Corte Suprema, para robustecer su papel de fijar estándares jurídicos básicos, en una función que no sólo es de control sino que de carácter normativo, de la cual resulten ciertos criterios que apunten a la uniforme aplicación del Derecho» (p. 1891).

del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pasa al máximo Tribunal si respecto de la materia de derecho objeto del recurso existen distintas interpretaciones sostenidas en diversas sentencias emanadas de los Tribunales superiores.

No obstante, entrando al plano descriptivo, la tradición continental de ver con cierta desconfianza y como negación del principio de reserva de ley la aplicación de precedentes vinculantes, y lo mismo el desarrollo de un Derecho jurisprudencial en materia penal en los países que siguen el *common law*, hace que en Chile la jurisprudencia no pueda tener fuerza vinculante, más todavía que la única fuente legítima y constitucionalmente autorizada para crear Derecho sería la ley, consideración a la que adhiere la Corte Suprema cuando se ha planteado el problema. Ciertamente, el año 2002, la Sala Penal de esta Corte informa, al Tribunal Pleno, que diversos Juzgados de Garantía persisten en resolver la cuestión relativa a la interpretación que debe darse a la norma que contiene el artículo 395 del Cpp⁸¹² en forma diferente a lo que antes fuera decidido por dicha Sala, conociendo recursos de nulidad, determinando el Pleno rechazar reconocer a las decisiones de su Sala Penal un efecto vinculante, aún cuando las sentencias en cuestión fueron pronunciadas en el contexto de un recurso de nulidad destinado a unificar la doctrina, siendo el fundamento para ello el que «[...] conforme el artículo 3°

⁸¹² Esta norma, que se enmarca dentro del procedimiento simplificado, y sobre la cual falla el Pleno de la CS, antes de su modificación parcial por la Ley 20.074 (D.O. de 14 de noviembre de 2005), disponía lo siguiente: «*Resolución inmediata*. Una vez efectuado lo prescrito en el artículo anterior [*], el tribunal preguntará al imputado si admitiere responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización de la audiencia.

Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho [...], el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la imposición de una pena de prisión, [...]. [...] la pena de prisión no procederá si [...] el juez no le hubiere advertido acerca de esta posibilidad». (*: «**Artículo 394. Primeras actuaciones de la audiencia.** Al inicio de la audiencia, el tribunal efectuará una breve relación del requerimiento y de la querrela, en su caso. Cuando se encontrare presente la víctima, el juez instruirá a ésta y al imputado sobre la posibilidad de poner término al procedimiento de conformidad a lo previsto en el artículo 241 [acuerdo reparatorio], si ello procediere atendida la naturaleza del hecho punible materia del requerimiento». [esta norma fue también modificada por la Ley 20.074, y se le agregó, como parte final: «Asimismo, el fiscal podrá proponer la suspensión condicional del procedimiento, si se cumplieren los requisitos del artículo 237»]).

del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tiene fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal. Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elementos fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un Tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior»⁸¹³.

Esta suerte de dejación de la CS de su facultad de poder establecer doctrinas jurídicas estables en el tiempo, las mismas llamadas a ser seguidas por Tribunales inferiores, según señala COUSO SALAS, teniendo para ello bases empíricas⁸¹⁴, dice relación con razones culturales y de diseño estructural, como ser, tratándose de aquéllas, la vocación de los supremos de buscar la justicia material en el asunto específico a resolver, así como también una disposición a abandonar, si es necesario, las tesis sostenidas en sentencias previas, pero no afirmando una nueva tesis -que de ahí en adelante se aplicará consistentemente-, sino que a través de construir una interpretación *ad hoc* de la ley, en esa sola oportunidad, como cuando la atenuante de responsabilidad penal de irreprochable conducta anterior, la que se acoge ya sólo con extracto

⁸¹³ SCS, de 19 de julio de 2002, N° 1450-2002.

Mucho dice la disparidad de votos, entre ellos los del Presidente del Pleno como el de tres Ministros disidentes. El primero señala que «debe unificarse con carácter obligatorio los criterios interpretativos, [...] no corresponde que la materia sea decidida por el Tribunal Pleno, sino que por la Sala respectiva». Quienes disienten, por su parte, son de opinión que «el Tribunal Pleno debe pronunciarse sobre la materia en debate e instruir a los jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal en el sentido de que, en los supuestos a que se alude en el inciso 3° del artículo 376 del Código Procesal Penal, los pronunciamientos de la Sala Penal de esta Corte Suprema pasan a revestir el carácter de obligatorios, por cuanto es evidente que, en esos casos de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos, la citada disposición ha perseguido una finalidad unificatoria de la jurisprudencia -necesaria para hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley- que sólo puede lograrse reconociendo la calidad de preceptivo al fallo de la mencionada Sala especializada de este Tribunal».

⁸¹⁴ Proyecto de Investigación “Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema”, con apoyo de Fondecyt (Fondo Nacional de Investigación en Ciencia y Tecnología, de Chile), Proyecto N° 1030167 [www.conicyt.cl/bases/fondecyt/personas/3/2/32092.html].

de filiación exento de condena, se le niega, excepcionalmente, a quien, pese a no haber antes delinquido, se vería, en el caso concreto, desde el punto de vista de la justicia material, inadecuadamente beneficiado, como ser el cabecilla que recibiría menor pena que la de su coautor o el autor cuya pena sería notablemente baja en relación a la gravedad del delito⁸¹⁵.

Además, la arquitectura institucional de la Corte Suprema contribuye a que ella no establezca doctrinas jurídicas estables, pues, como la Sala Penal tiene la obligación de conocer de todo recurso hecho valer ante ella, siempre que no adolezca de vicios formales que lo hagan inadmisibles, existe una recarga de trabajo que dificulta seriamente estudiar y fundar detenidamente las decisiones en asuntos complejos de errónea aplicación del Derecho y favorece la tendencia de la referida Sala a interesarse y pronunciarse sobre el fondo del caso cuando éste no plantea problemas de interpretación jurídica. La profusión de fallos sin fundamentación⁸¹⁶, asociada a esta recarga de trabajo, es una característica de la Corte Suprema que conspira también con la producción de una jurisprudencia visible y susceptible de ser seguida por los Tribunales inferiores⁸¹⁷.

A su vez, el recurso de queja⁸¹⁸ y las sanciones disciplinarias que importa si se acoge, expediente que los potenciales “recurridos” perciben como un

⁸¹⁵ Cfr. COUSO SALAS, Jaime. “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”. *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. 20, N° 2, Diciembre 2007, pp. 147-172, pp. 160-161

⁸¹⁶ En tal sentido, para ROMERO SEGUEL, Alejandro. “El cambio de la jurisprudencia y los instrumentos procesales para su modificación o consolidación: Un caso práctico”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, 2004, pp. 389-394, p. 389, «Uno de los mayores problemas que actualmente presenta la litigación en nuestro país es la falta de certidumbre sobre el alcance de las normas jurídicas, por las oscilaciones de la jurisprudencia [...], nos hemos acostumbrado a estimar como normal los cambios de criterio de decisión sin justificación alguna. Esta [...] situación determina que muchos litigantes inicien juicios sin considerar, de ninguna forma, los criterios que tiene la Corte Suprema sobre un determinado tema. También algunos jueces de letras y Cortes de Apelaciones parecen ponderar con poco celo los criterios de interpretación jurídica que provienen de nuestro Máximo Tribunal».

⁸¹⁷ COUSO SALAS, “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”, *op. cit.*, p. 163.

⁸¹⁸ Art. 545 Cot: «El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y

factor inhibitorio de la desconformidad o incluso creatividad judicial⁸¹⁹, tampoco ha logrado aumentar claramente los niveles de uniformidad vertical de la jurisprudencia de la CS, ni siquiera a través del efecto simbólico de este agresivo medio, lo que puede explicarse por los déficits existentes respecto de las demás condiciones necesarias para dicha consonancia, pudiendo contarse entre tales carencias -aún pese a este tan extremo medio de uniformidad vertical- el que falta en los Tribunales chilenos una doctrina clara de nulidad o anulabilidad de las sentencias que se aparten del precedente, así como no hay, en subsidio de lo anterior, un mecanismo centralizador de la práctica de apartarse del precedente, como el que impone -tal cual sucede, por ejemplo, en Alemania- al Tribunal inferior, que quiere apartarse de un precedente, la obligación de presentar (*Vorlagepflicht*) el asunto a un Tribunal superior, deber que contribuye a uniformar la doctrina, sea que la magistratura de mayor jerarquía rechace la nueva tesis, lo que confirmaría el precedente, o bien la acoja, lo que establecería un precedente nuevo que vinculará igualmente a otros Tribunales inferiores⁸²⁰.

que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. [...]».

El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, [...].

En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada».

Este recurso, en un instante hace que el Presidente a ese entonces de la CS, cuando inaugura el año judicial 1985 (Discurso se publicó en el DO de 14 de marzo de 1985), diga que el máximo Tribunal ha perdido su carácter de Tribunal de Casación: «[...] La Corte Suprema viene perdiendo poco a poco su característica de “Tribunal de Casación” para convertirse en un tribunal de segunda y hasta de tercera instancia. Tal fenómeno judicial es producto de la naturaleza un poco bizantina de los Recursos de Casación, especialmente el de Fondo, por lo cual siendo más difícil evitar deficiencia en su formulación, los señores abogados recurren por la vía de la Queja, Recurso más comprensivo y menos prolijo, para obtener la anulación del fallo que consideran lesivos a los intereses de su cliente [...] por tales motivos la Corte Suprema va perdiendo la razón principal de su creación».

⁸¹⁹ Así COUSO SALAS, “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”, *op. cit.*, p. 165, n. n° 84.

⁸²⁰ Cfr. COUSO SALAS, “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”, *op. cit.*, pp. 165-166.

Reiterando, y con uso de las mismas bases empíricas⁸²¹ de COUSO SALAS, para MERA FIGUEROA, en la comunidad judicial chilena existe la convicción generalizada de no ser la jurisprudencia vinculante para los Tribunales inferiores, lo cual es positivo, y, es más, los jueces cuestionan que sea función de la Corte Suprema uniformar la jurisprudencia, percibiéndose dicha función, a lo sumo, como una aspiración, cuyo logro depende de la fuerza de convicción del razonamiento del máximo Tribunal y no de razones de mera autoridad. En definitiva, los magistrados reivindican su independencia interna como un derecho fuerte de jerarquía superior, que los facultaría para apartarse, aún estando ella muy fundamentada, de la jurisprudencia de la CS, pudiendo todavía, en esos casos, prescindir de los precedentes sentados por el máximo Tribunal, además que la independencia de los jueces, tal como se la concibe, incluiría su derecho a calificar la calidad de los fundamentos de las sentencias de aquél, por lo que éstas tampoco podrían cumplir la función más modesta de orientar la jurisprudencia del resto de los Tribunales⁸²².

Como expone ACCATINO SCLAGLIOTTI, aún pudiendo haber un impulso hacia la cultura del precedente, un obstáculo para consolidar éste en Chile pudiera ser, en importante medida, la creencia que la alternativa es entre todo o nada y que la tradición jurídica chilena está encadenada a la segunda opción, de manera que, mientras tal idea perdure, difícil es que se puedan

⁸²¹ Proyecto de Investigación “Jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema”, con apoyo de Fondecyt (Fondo Nacional de Investigación en Ciencia y Tecnología, de Chile), Proyecto N° 1030167 [www.conicyt.cl/bases/fondecyt/personas/7/6/7604.html].

⁸²² Cfr. MERA FIGUEROA, Jorge. “Convicciones de los jueces y precedentes: La ardua tarea en la construcción de estándares para la uniforme aplicación del Derecho Penal”. En: MERA FIGUEROA, Jorge; CASTRO M., Álvaro. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. 3ª ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2007, pp. 1-96, pp. 1-4 (prólogo). (en todo caso, MERA FIGUEROA, “Convicciones de los jueces y precedentes ...”, *op. cit.*, pp. 20 y 28, es crítico de esta visión y *praxis* de la judicatura y señala, p. ej., que la razón invocada por los jueces chilenos para rechazar la obligatoriedad de los precedentes, esto es, la independencia interna de que ellos gozan, «Se trata de un grave malentendido sobre el alcance de la independencia de los jueces. Esta es una garantía de las partes (su derecho a que el asunto se resuelva por un tribunal independiente) y no un privilegio judicial», «las reglas de competencia sobre el conocimiento del recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho [...] resultan incompatibles con el supuesto derecho de los jueces inferiores para fallar de acuerdo con sus convicciones jurídicas y con la también supuesta función de la casación (nulidad) de hacer justicia en el caso concreto»).

consolidar prácticas de decisión y de argumentación, pues cualquier desplazamiento (desde nada hacia todo) sería percibido como una especie de traición a las bases fundamentales del sistema legal⁸²³.

Con una legislación que no le asigna obligatoriedad, concederle fuerza vinculante a la jurisprudencia en Chile se puede justificar en base a las mismas razones dadas tratándose de España, con más razón aún por regir en aquél (visto *supra* Cap. I 1.9. *Doctrinas de la pena y legislación chilena*) el principio de *igualdad* como valor superior del Ordenamiento, primero en la Carta de 1925 (art. 10 N° 1 inc. 1⁸²⁴) y luego en su sucesora de 1980 (art. 19 N° 2 inc. 1 primera parte⁸²⁵), la que ahora además comprende mayormente la *interdicción de arbitrariedad o no discriminación arbitraria* (arts. 1 inc. 1⁸²⁶ y 19 N° 2 incs. 1 y 2⁸²⁷), ambos principios, en cuanto tal, como indica CEA EGAÑA, «disposiciones jurídicas básicas y de gran generalidad que se irradian sobre todas las normas, imprimiéndoles sentido y sirviendo de criterio correcto para su exacta comprensión»⁸²⁸.

⁸²³ ACCATINO SCAGLIOTTI, “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”, *op. cit.*, pp. 575-576.

⁸²⁴ «Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

[...] La igualdad ante la ley. [...]».

⁸²⁵ «La Constitución asegura a todas las personas:

[...].

La igualdad ante la ley. [...]».

⁸²⁶ «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

⁸²⁷ «La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

[...]. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. [...] Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias».

Eso sí, los arts. 1 inc. 1 y 19 N° 2 de la Constitución de 1980 son recogidos del art. 1 N° 2 incs. 1 y 3 del Acta Constitucional N° 3, “De los derechos y deberes constitucionales” [DL 1552, de 13/09/1976, para regir a partir del 18/09/1976]: «Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas: [...] 2. La igualdad ante la ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. [...] Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer discriminaciones arbitrarias».

⁸²⁸ CEA EGAÑA, José Luis. “Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administración”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, N° 1, 1984, pp. 7-16, p. 7.

2.4. Algunas valoraciones de la Ciencia Jurídica y su incidencia en la interpretación del Derecho

Cual toda obra humana, la labor judicial no está exenta de dificultades. Habrá veces en que los hechos a enjuiciar deben serlo en el contexto de un Derecho lacunario, o de conceptos difusos o de una situación de conflicto de intereses, etc. La apreciación acerca de qué manera debe actuar el juez puede influir en la sentencia que habría de dictarse, y en ocasiones, aún en un sistema normativista, podría real y efectivamente acontecer que la magistratura “cree Derecho”.

Como hace notar ITURRALDE SESMA, los distintos modos de concebir la interpretación y aplicación del Derecho habitualmente se reconducen a dos extremos, por una parte, el *formalismo*, expresión de una orientación iuspositivista-formalista, una concepción que sostiene que la interpretación es una actividad de tipo cognoscitiva, o sea, interpretar es comprobar el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores, y, por otra, el *escepticismo*, defendido por diversas concepciones del Derecho (v. gr., realismo, sociologismo) surgidas como reacción al positivismo jurídico, las que se caracterizan por asumir que los sistemas jurídicos no son necesariamente completos ni consistentes y que los jueces crean Derecho en caso de lagunas y antinomias, soliendo además negar que existen métodos o criterios que hagan posible la racionalidad de las decisiones judiciales⁸²⁹.

Entre las valoraciones a destacar -algunas más propias del *common law*- pueden ser mencionadas la llamada *Escuela del Derecho Libre*, el *Realismo*

⁸²⁹ Cfr. ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 18-19.

Jurídico, la Jurisprudencia de Conceptos, la Jurisprudencia de Intereses y la Jurisprudencia de Valores.

2.4.1. Escuela del Derecho Libre

La Escuela del “Derecho libre” plantea que, frente a un Derecho de orientación conceptual y sistemática, toda creación y decisión de Derecho tiene un carácter voluntarista, es decir, toda sentencia judicial es decisión de voluntad valorativa en un conflicto de intereses y las lagunas de la ley, que hacen desaparecer la fe en ella, deben colmarse mediante la decisión libre y responsable del juez quien, así, crea un Derecho “libre”, y que es tal justamente porque no procede de la ley estatal⁸³⁰, postulado que, como hace ver FIGUERAS PÀMIES, es una extrema rebeldía contra la preponderancia de la lógica en la investigación jurídica y el culto a la norma legal⁸³¹.

Esta Escuela tiene antecedente en sugerencias de IHERING, de STAMMLER y otros, pero especialmente de Oskar BÜLOW, quien afirma en un escrito publicado en 1885 (*Gesetz und Richteramt*) que la ley es sólo un proyecto de normación que encuentra su pleno desarrollo sólo si se formula por medio de una sentencia⁸³², o sea, la decisión judicial no es mera aplicación de una norma disponible sino también una tarea *jurídico-creadora*⁸³³. Para BÜLOW, la ley no puede crear inmediatamente Derecho, es sólo una preparación, una prueba para conseguir un orden jurídico, y todo

⁸³⁰ Cfr. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 294.

Señala KAUFMANN, Arthur. “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 47-141, p. 120, para entender el movimiento del Derecho libre hay que saber que se trata de una corriente irracionalista antagónica no tanto al Derecho natural racionalista sino a la jurisprudencia de conceptos lógico-formalista y a todo tipo de “pandectismo” y de “escolástica”.

⁸³¹ FIGUERAS PÀMIES, Monserrat. *Filosofía del dret o nova teoria del dret?* Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, 2004, p.73.

⁸³² Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op.cit., p. 104.

⁸³³ LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2001, p. 82.

litigio es simplemente un problema jurídico particular para el cual la ley no contiene aún una disposición jurídica pertinente y tampoco puede derivarse de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. Bajo el engañoso “velo de una misma palabra legal” se esconden muchas posibles interpretaciones, confiándose al juez elegir aquella disposición que le parezca “la más recta por término medio”⁸³⁴. El precepto general contenido en la ley, en cada caso individual, es necesario que sea concretado por el juez en su función de juzgar y, por tanto, el legislador como el magistrado tienen una actividad creadora jurídica compartida, siendo aquél quien suministra el proyecto y el plano y éste quien ejecuta y edifica uno y otro, y así la ley y la judicatura, conjuntamente, suministran al pueblo su derecho⁸³⁵, lo que, considerado el juez incondicionalmente obligado por el Ordenamiento, destruye el arquetipo de Montesquieu de que «los jueces de la nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma»⁸³⁶.

La expresión “Derecho libre” nace con Eugen ERLICH⁸³⁷, para quien es lícito al juez alejarse de las leyes vigentes e ir contra ellas si así lo requiere la situación a ser resuelta⁸³⁸. En todo tiempo ha habido algo parecido a una

⁸³⁴ *Ibid.*

Eso sí, LARENZ, *ibid.*, desliza como crítica a BÜLOW el que éste no entrega criterio según el cual el juez ha de efectuar su elección, esto es, si resolverá conforme a criterios objetivos, comprobables hasta cierto punto, como el fin de la ley, la “naturaleza de la cosa”, la concordancia con un principio jurídico o, por el contrario, según un criterio puramente subjetivo, como su sentimiento jurídico y, así, el planteamiento de BÜLOW permite ser interpretado tanto en el sentido de una doctrina teleológica de la interpretación como en el de la doctrina del Derecho libre, habiendo tenido lugar tanto una como otra.

⁸³⁵ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 104.

⁸³⁶ MONTESQUIEU, *El Espíritu de las Leyes*, op. cit., p. 60 (Libro V, cap. VI).

⁸³⁷ Señala HECK, *El problema de la creación del Derecho*. Título original: *Das problem der rechtsgewinnung*. Versión castellana de ENTENZA, Manuel. Prólogo de PUIG BRUTAU, José. Granada: Comares, 1999, p. 55. «La expresión «libre creación del derecho» se debe al austriaco Ehrlich, que la acuñó para nombrar las decisiones no dirigidas por la ley. Los autores posteriores han transferido el concepto, y la denominación «método del derecho libre» ha sido entonces aplicada a la jurisprudencia teleológica, de antigüedad considerablemente mayor. En interés de la claridad es [...] recomendable conservar la significación originaria, única que corresponde al sentido de la palabra. En este sentido [...] el movimiento del derecho libre se caracteriza por la tendencia a desplazar la tradicional influencia de la ley *de lege ferenda* o *de lege lata* a favor de la estimación judicial, ya de un modo general, ya bajo ciertas condiciones».

⁸³⁸ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op.cit., p. 104.

justicia no vinculada a algún párrafo de la ley, pero tal justicia en absoluto está libre de requisitos pues está vinculada a las premisas contenidas en la tradición jurídica, ésta adoptada por la libre investigación jurídica como punta de partida y aspirando al *Derecho correcto*, en el sentido de STAMMLER⁸³⁹, o sea, «*el caso particular se decide del mejor modo cuando el juez, libre de la atadura de preceptos generales, lo aprecia exclusivamente en sus características*»⁸⁴⁰. En buenas cuentas, EHRLICH no dice más de lo que en su ocasión manifestó BÜLOW, esto es, «*toda sentencia judicial es una tarea creadora dirigida por el conocimiento*»⁸⁴¹. Señala ENGLISH, «*hay muchos casos límite y dudosos que no se pueden decidir claramente a partir de la ley [...] se ha ido reconociendo la significación independiente del derecho del juez. Esto lo han destacado Bülow y los partidarios de la teoría del derecho libre [...], quizá de una manera demasiado unilateral, pero no carente de fundamento. En mayor medida se ha ido reconociendo la significación independiente del derecho del juez, y este reconocimiento ha sido en parte bien acogido políticamente*»⁸⁴².

En Alemania, el “Derecho libre” lo encabezan Hermann KANTOROWICZ, el verdadero artífice de esta Escuela, quien en 1906, bajo el nombre de Gnaeus Flavius, da el giro hacia el subjetivismo tan característico de esta

⁸³⁹ EHRLICH, Eugen. “Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre” (*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*). En: EHRLICH, Eugen. *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Traducción, notas y estudios preliminares de GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, MUÑOZ DE BAENA, José Luis, ROBLES MORCHÓN, Gregorio. Colección dirigida por ORDÓÑEZ, José María. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 79. Para BODENHEIMER, *Teoría del Derecho, op. cit.*, p. 206, «El movimiento del “Derecho libre” [...] puede ser considerado como un intento de poner en práctica el concepto stammleriano de “un Derecho natural de contenido variable”».

⁸⁴⁰ HECK, *El problema de la creación del Derecho, op. cit.*, pp. 56-57. A su vez, HECK, *El problema de la creación del Derecho, op. cit.*, pp. 56-58, critica a EHRLICH en cuanto éste aprecia mucho el valor vital de la creación libre del Derecho como muy poco el de la regulación legal, en circunstancias que, aún pudiendo ser la ley dura y rígida, admitiéndose también que un juez ideal en situación de plena libertad puede hallar una decisión más apropiada que la de la ley, los preceptos jurídicos se formulan para situaciones normales que constituyen la regla y en estos casos la aplicación coherente y complementaria de la ley debe dar lugar a resultados más adecuados que la creación totalmente libre del Derecho. El sabio “juez-rey” es excepción y no la regla y la impresión poderosa que produce el caso encierra también peligros, especialmente al interior de una población en la que se pueden encontrar representadas concepciones distintas en cuanto a los aspectos vitales de aquello en litigio.

⁸⁴¹ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho, op. cit.*, p. 82.

⁸⁴² ENGLISH, *Introducción al pensamiento jurídico, op. cit.*, p. 228.

doctrina⁸⁴³, y Ernst FUCHS, defendiendo ambos una libertad de decisión judicial de largo alcance postulando que el juez, con una especial consideración a las circunstancias de cada caso, debía llenar las lagunas jurídicas mediante una actividad creadora libre, conforme a las demandas de la época y las convicciones sociales del pueblo⁸⁴⁴.

Para KANTOROWICZ, «al lado del Derecho estatal está, como equivalente a él, el “Derecho libre”, que es creado por el juicio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia judicial y por la Ciencia del Derecho. Éste es, como todo Derecho, un producto de la voluntad [...] Lo que llamamos en un caso interpretar extensiva o analógicamente, en el otro literal o incluso restrictivamente, no es “precisamente la ley y la lógica sino el Derecho libre y la voluntad”. En todo los casos el verdadero “autor es precisamente la voluntad”; la deducción lógica es “apariencia vacua”. No está “al servicio de la verdad sino del interés”»⁸⁴⁵. Afirma Arthur KAUFMANN, el “Derecho libre” quiere decir, en último término, libre de la ley, y quienes adscriben a este movimiento no dicen que el juez tenga que ir más allá de la ley (válida) o que incluso decida en contra la ley sino sólo indican cómo debe procederse en caso de lagunas de la ley, y aquí el punto decisivo es el que la legislación presenta lagunas no únicamente cuando no contiene regulación alguna que vaya al caso sino que también allí donde no decide éste expresa y claramente, lo cual, naturalmente, siempre sucede, al menos, en todos los casos polémicos⁸⁴⁶. Por eso KANTOROWICZ señala que se puede afirmar «que no existen menos lagunas que palabras» y que

⁸⁴³ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 82-83.

⁸⁴⁴ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 208. En sentido de ser ambos autores importantes en esta doctrina, se infiere en LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 82-83. Otros, en cambio, sólo atribuyen importancia capital sólo a KANTOROWICZ, como, p. ej., CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 104; SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 438.

⁸⁴⁵ Vid. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 83.

⁸⁴⁶ Cfr. KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, op. cit., p. 120, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, op. cit.

solamente «una improbable casualidad» puede disponer que un caso jurídico encaje sin más bajo todos los conceptos del precepto jurídico aplicable⁸⁴⁷, y acerca de dónde encuentra el juez el derecho o de dónde éste procede, responde, al modo voluntarista y positivista, que todo deber es un ser, pues deber es querer⁸⁴⁸.

El “Derecho libre” lo inició en Francia François GÉNY, quien señala que las fuentes formales del Derecho son incapaces de cubrir todo el campo de acción judicial y dejan una esfera más o menos amplia de libre discreción al juez, en la que se puede ejercer una actividad mental creadora que aquél debe realizar no según sus sentimientos personales, incontrolados y arbitrarios, sino basado en la investigación científica libre y, si es compatible con los fines generales de la sociedad, tratando de dar la máxima satisfacción posible a los deseos de los litigantes⁸⁴⁹. El método para cumplir esta tarea es «reconocer los intereses presentes, evaluar su fuerza respectiva, pesarlos, como si dijéramos, en la balanza de la justicia, con objeto de asegurar la preponderancia de los más importantes, medidos con arreglo a un criterio social y, finalmente, establecer entre ellos ese equilibrio tan eminentemente deseable». El juez puede lograr el justo equilibrio de intereses estudiando cuidadosamente los sentimientos morales dominantes e investigando las condiciones económicas y sociales de la época y el lugar, respetando, en lo posible, la voluntad autónoma de las partes expresadas en los contratos, testamentos y otros actos jurídicos, y debe atender a que tal voluntad autónoma no choque con los principios del “orden político”⁸⁵⁰. El método propiciado por GÉNY, y que él denomina de “libre investigación científica”, no es de interpretación de la ley sino que de integración de ésta y, por eso,

⁸⁴⁷ KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 120, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁸⁴⁸ *Ibid.*

⁸⁴⁹ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 207.

⁸⁵⁰ *Vid.* BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 207-208.

habiendo lagunas jurídicas, a falta de norma que regule y no siendo la costumbre, ni la doctrina, ni los precedentes aptos para proporcionar una solución, el juez debe hacer integración de la ley recurriendo a cuatro tipos de datos: reales, históricos, racionales, e ideales. Este método, es *libre* porque al emplearlo el juez no lo hace sujeto a autoridad positiva alguna, incluido el legislador, y la nominación de *científica* es porque la decisión del juez es una solución que se logra de la investigación y uso combinado de los datos reales, históricos, racionales e ideales, y no se trata de una pura discrecionalidad arbitraria y caprichosa⁸⁵¹. Esta concepción luego reaparece de forma sublimada con Hermann ISAY⁸⁵², para quien la resolución judicial, en contraposición a la norma general, es un “querer” que, “como aspiración, se funda en un sentir valorativo” y surge necesariamente “de modo irracional”, o sea, es “engendada por el sentimiento jurídico”, y ello porque el valor de la justicia es “absolutamente inaprehensible para el entendimiento” y la sentencia como acto jurídico tiende a la justicia⁸⁵³, la decisión judicial no es una deducción de la ley sino un acto de voluntad, una resolución, siendo el sentimiento jurídico el que siempre se adelanta en su juicio, apareciendo la fundamentación lógica -aparentemente lógica- tan sólo después⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., pp. 434-435.

⁸⁵² En opinión de BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del Derecho*. Reimpresión de 1ª ed. 1959. Barcelona: Bosch, 2000, p. 135, «[...] lo esencial de la aportación de ISAY es la introducción del momento emocional como constitutivo y fundamental de la producción del Derecho».

Para ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 55, la teoría de ISAY es psicologismo puro que deja de lado el problema específico de la lógica normativa. (aunque interpreta a ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929, ENGISCH, *ibid.*, es también crítico ante el planteamiento de aquél pues señala que «Cualquiera que sea el papel que puedan desempeñar las fuentes irracionales en el pronunciamiento del fallo judicial, el juez sólo puede responder profesionalmente y ante su conciencia de aquellas decisiones que están fundamentadas en la ley, es decir, que pueden deducirse de ella. En este sentido, pronunciamiento y fundamentación de la decisión no son opuestos. La tarea encomendada al juez es encontrar una decisión fundada en la ley».

⁸⁵³ Así LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 83.

Igualmente, para LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 83-84, aunque ISAY vuelve a restringir su tesis, al exigir que la resolución hallada de acuerdo al sentimiento tiene que someterse todavía “al control de las normas y, dado el caso, ser rectificadas en base a las normas”, puede dársele la razón si con ello ha querido decir que el sentimiento jurídico, en el proceso real de juzgamiento, anticipa en muchos casos el resultado el que, luego, si ha de ser sostenible, tiene que ser confirmado por consideraciones metódicamente dirigidas aunque de ello no se sigue que ellas, en contra de la opinión de ISAY, que pueden también incluir muy bien el valor de la justicia, sean de de segundo rango o, en el fondo, superfluas.

⁸⁵⁴ KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, op. cit., p. 120, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El*

El artículo 1.2 del Cc suizo sirve de soporte fáctico para la doctrina, e incluso *praxis*, del “Derecho libre” pues esta norma, exactamente, ordena al juez, si hay lagunas de la ley y se carece de Derecho consuetudinario, resolver “según la regla que él habría establecido como legislador”⁸⁵⁵, es decir, en esas condiciones, al juez se le estaría concediendo la misma libertad de regulación que al legislador. Pero quien concibe así la norma suiza, señala LARENZ, tiene ideas completamente equivocadas acerca de su sentido y significado pues la creación judicial del Derecho tiene que orientarse por los principios jurídicos que sirven de base al orden jurídico y el juez, al colmar las lagunas, ha de suponer vinculante todo el sistema existente⁸⁵⁶ ya que quien juzga no está llamado a dar una decisión jurídico-política de voluntad⁸⁵⁷. El lugar que ocupa y la misión que el artículo 1 del Cc suizo atribuye al juez, no difiere tan substancialmente de los que tienen los jueces en Estados vecinos⁸⁵⁸, como ser Francia y Alemania, además la doctrina del “Derecho libre” tampoco ha prevalecido en Suiza, pese a que en este país ha hallado, en apariencia al menos, un cierto reconocimiento en la ley⁸⁵⁹.

Pensamiento Jurídico Contemporáneo, op. cit. Para KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, op. cit., p. 121, en: Vv.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, op. cit., el “querer” no es “deber” y, en consecuencia, el que el legislador o el juez “quieran” algo derivará quizá un “tener que” (*musen*) pero jamás una obligación y, por eso, el movimiento del “Derecho libre” no responde acerca de cómo puede fundamentarse el deber ser jurídico.

⁸⁵⁵ Art. 1 CcS: «1 La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l’esprit de l’une de ses dispositions. 2 A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur. 3 Il s’inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence».

⁸⁵⁶ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 85.

⁸⁵⁷ En cuanto al alcance del art. 1 del CcS, para CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 108, simplemente «se admite con error, por la doctrina, que el artículo 1.º del Código Suizo asume la llamada Escuela del Derecho libre. En efecto, acudir a las normas que el juez como legislador hubiera dictado en defecto de ley y costumbre no es conceder un absoluto arbitrio al juzgador, ya que según el párrafo siguiente en esa función ha de atenerse a la doctrina consagrada y a la tradición [...]».

⁸⁵⁸ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 85.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

En opinión de CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., pp. 106 y ss., en el realismo jurídico americano los jueces al dictar sentencia no se pregunta cuál es la intención del legislador sino acerca de la conducta del propio juez que mejor puede servir a la sociedad, método de liberación del juez que precisamente encuentra plasmación positiva en el art. 1 CcS, precepto que configura abiertamente la función del juez.

En pocas líneas, el “Derecho libre” quiere decir, en último término, libre de la ley, y quienes adscriben a este movimiento no dicen que el juez tenga que ir más allá de la ley (válida) o que incluso decida en contra la ley sino sólo indican cómo debe procederse en caso de lagunas de la ley y siendo, aquí, el punto decisivo el que la legislación presenta lagunas no únicamente cuando no contiene regulación alguna que vaya al caso sino que también allí donde no decide éste expresa y claramente lo cual, naturalmente, siempre ocurre, al menos, en todos los casos polémicos⁸⁶⁰, y pudiéndose aseverar, entonces, “que no existen menos lagunas que palabras” y que solamente “una improbable casualidad” puede disponer que un caso jurídico encaje sin más bajo todos los conceptos del precepto jurídico aplicable⁸⁶¹.

Para GARCÍA MÁYNEZ, la escuela del “Derecho libre” es una tendencia específica que se manifiesta reiteradamente a través de una larga serie de autores y obras, todas éstas diferentes en varios de sus aspectos pero teniendo en común esa orientación, y quienes adscriben a esta tendencia repudian a la doctrina de la suficiencia absoluta de la ley y afirman que el juez debe realizar, por la insuficiencia de los textos, una labor personal y creadora que hace que la función de quien juzga se aproxima cada vez más a la actividad legislativa⁸⁶². A este respecto, refiere REALE, «el juez viene a ser un legislador dentro de un minúsculo ámbito, el ámbito del caso concreto. Así como el legislador da la norma genérica que deberá abrazar todos los casos futuros que se refieran a la materia regulada, así también ha de corresponder al juez legislar no sólo por equidad, sino también por motivos de orden científico, cuando no exista ley apropiada al caso específico. La conclusión

⁸⁶⁰ KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 120, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁸⁶¹ *Vid.* KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 120, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

⁸⁶² GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 23ª ed. revisada. México D. F.: Porrúa, 1974, p. 347.

[...] es clara: sumisión plena al libre albedrío del intérprete»⁸⁶³. GRANERIS va más lejos: «La escuela del derecho libre puede asociarse al movimiento suscitado por Ihering con su célebre fórmula: *el fin crea el derecho*, fórmula que permanece inocua mientras no salga de las manos del legislador, pero que se convierte en revolucionaria cuando pasa a las manos del juez autorizándolo apartarse del texto legal para salvar su fin, o quizás si, incluso, para salvar otros fines, según el criterio del juez. Esta doctrina tuvo bullada aplicación en Francia en los últimos años del siglo pasado [s. XIX], cuando un juez socialista podía absolver a los ladrones, basando la sentencia en el fin del hurto, que es la mejor manera de distribución de las riquezas»⁸⁶⁴.

Entre los aspectos positivos del movimiento del Derecho libre, para PÉREZ LUÑO *et al.*, hay que destacar, sobre todo, su preocupación por la apertura del Derecho a la realidad social así como su defensa de la justicia en un sentido más material que formal, preocupándose más por la justicia que por la legalidad de la sentencia. Lo negativo es el peligro de disolver la necesaria objetividad del Derecho en un subjetivismo puramente voluntarista, de modo que el juez, al decidir cuáles son los sentimientos predominantes de justicia en la comunidad, tienda a imponer sus propias convicciones personales, políticas o sociales, o aquellas que un poder autocrático o dictatorial decida que responden al sentimiento sano del pueblo -tal como sucedió con la Alemania nazi-, es decir, la sentencia se puede convertir en manifestación de arbitrariedad y por ello lógicamente surge un riesgo de inseguridad jurídica para los ciudadanos⁸⁶⁵.

⁸⁶³ REALE, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, p. 236.

⁸⁶⁴ GRANERIS, Giuseppe. *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas*. Título original: *La Filosofia del Diritto nella sua storia e nei suoi problemi* (Desclee & C. Editori Pontifici, 1961). Traducción de WILLIAMS BENAVENTE, Jaime. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 167.

⁸⁶⁵ Cfr. PÉREZ LUÑO, Enrique *et al.* *Teoría del Derecho: Una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 91.

2.4.2. Realismo Jurídico

En un instante, la escuela sociológica del Derecho norteamericana ve surgir un ala extrema, que puede ser denominada “movimiento realista del Derecho”, el que (sin ser una escuela jurídica por no componerse de un grupo de personas con un credo común y un programa unificado⁸⁶⁶) se distingue porque quienes se autocalifican como “realistas jurídicos” (*legal realists*) profesan un método particular para enfocar los problemas: concentrar la atención en los aspectos del Derecho relacionados con los procesos ante los Tribunales de justicia y procedimientos ante Tribunales administrativos, con poca preocupación, o nada, del Derecho que existe fuera de aquél ámbito, o sea, considerar el Derecho desde la óptica del abogado que ejerce o de la del educador cuya misión es formar a los abogados, y por lo que el Derecho se estima más como un cuerpo de decisiones que de normas, teniendo las reglas jurídicas poca influencia sobre las decisiones de los jueces. Es decir, es importante el elemento humano en el proceso judicial pero también los prejuicios, instintos heredados, opiniones, debilidades, cualidades de carácter y bagaje cultural de los jueces⁸⁶⁷.

El *realismo jurídico*, refiere SERRANO, es una teoría reduccionista que niega el propio concepto de validez del Derecho someténdolo a la eficacia y por lo que el mismo no es el que se halla enunciado en una Constitución, un Código o cuerpo de leyes, sino el que los humanos efectivamente aplican en sus relaciones cotidianas. En manos de los realistas, la ciencia jurídica se convierte en una *ciencia empírica* que no trata de descubrir el precepto o norma que deba aplicarse a un caso concreto sino sí respecto a determinadas situaciones litigiosas se manifiesta una práctica constante por parte de los

⁸⁶⁶ Así, p. ej., BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 355; COTTERRELL, Roger. *The Politics of Jurisprudence: A critical introduction to legal Philosophy*. 2^a ed. (1^a ed., London: Butterworths, 1989). Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992, p. 188.

⁸⁶⁷ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 354-355.

Tribunales y si los efectos deseados por los operadores jurídicos se han conseguido en el pasado⁸⁶⁸.

Para FRIEDRICH, el realismo jurídico es esencialmente pragmático, con un eclecticismo filosófico y un entusiasmo por lo nuevo que lo hace hospitalario al psicoanálisis así como a las tendencias que en Estados Unidos tomaron el nombre de “behavioristic”⁸⁶⁹, y es predominantemente científicista, aunque su debilidad filosófica no le priva de ser una aporte a la jurisprudencia norteamericana, liberándola de muchas de las formas obsoletas perpetuadas en el tradicionalismo y formalismo. Para el realismo, el Derecho se identifica más o menos con la actividad de los jueces o de los funcionarios gubernamentales, y con sus sentencias y criterios, y sólo reconoce la realidad de los hechos, desentendiéndose completamente del contenido normativo de todo Derecho⁸⁷⁰.

En Norteamérica, el *realismo jurídico* se verifica a través de dos vertientes, una moderada y una radical. El *realismo jurídico* moderado lo guía Karl N. LLEWELLYN, quien sostiene que, en la práctica jurídica, las normas sustantivas tienen menos importancia de la que le han atribuidos los teóricos del Derecho⁸⁷¹. «La teoría de que las normas deciden los asuntos parece haber engañado durante un siglo, no sólo a los ratones de biblioteca, sino a

⁸⁶⁸ SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999, p. 40.

⁸⁶⁹ FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*. Título original: *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive* (1ª ed., 1955, Springer-Verlag, de Berlín, Gotinga y Heidelberg, para su *Enzyklopädie der Rechts und Staats-Wissenschaft*). 4ª reimpresión de 1ª ed. en español aumentada 1964. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 255. Según dice MORRIS, *Psicología: Un Nuevo Enfoque*, *op. cit.*, p. 6, este *behavioristic*, que es el conocido *conductismo*, una Escuela que estudia exclusivamente el comportamiento observable y medible, tiene como punto de partida el trabajo desarrollado por John B. WATSON quien, en 1913, en su Artículo “Psychology as the Behaviorist View It”, afirma que el concepto de conciencia, de vida mental, es una superstición, una reliquia de la Edad Media, pues la conciencia no es posible definirla como tampoco localizarla o medirla y, por tanto, no puede ser objeto de un estudio científico siendo, y tan sólo eso, la psicología el estudio de un comportamiento observable y medible.

⁸⁷⁰ Cfr. FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 255-256. (en todo caso FRIEDRICH, *La Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 256, critica al realismo jurídico porque por él se destaca el poder como algo decisivo en cuanto creador real de normas).

⁸⁷¹ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 356.

los jueces»⁸⁷². Por consiguiente, la investigación jurídica debe desplazarse del estudio de las normas a la observación de la conducta real de los ministros de la ley, especialmente los jueces; las normas jurídicas tienen alguna influencia sobre la decisión del juez pero no pasan de ser un factor más entre los varios que intervienen en el proceso de dictar una resolución solucionando un asunto⁸⁷³.

En 1931, LLEWELLYN, en defensa del realismo, contra ROSCOE POUND y otros críticos, da cuenta de los puntos de partida comunes de los realistas, entre ellos, por ejemplo, la ley siempre está en flujo y cabe la creación judicial de la ley; la ley es un medio para un fin y no un fin en sí misma; la sociedad evoluciona y es necesario reexaminar la ley para que sirva a las necesidades sociales del momento; desconfianza en las reglas legales tradicionales y de conceptos en cuanto pretenden describir lo que están haciendo actualmente las Cortes o la gente⁸⁷⁴. Para LLEWELLYN, los factores de estabilización que hacen que las decisiones de los Tribunales de apelación norteamericanos sean razonablemente previsibles no tienen que ver con la lógica sino que, por ejemplo, con la “doctrina jurídica”, ésta entendida como un conjunto de reglas, tradiciones, principios, etc.; con la existencia de “técnicas” de trabajo que los jueces utilizan de forma más o menos consciente, la tradición de la única respuesta correcta, ésta entendida como una idea regulativa; y con la existencia de mecanismo de limitación de problemas al reducir, por ejemplo, a términos binarios las decisiones, esto es, revocación o confirmación, condena o absolución, etc. El trabajo del jurista es concebido como una “técnica” artesanal cuya justificación se encuentra más bien en el producto, en la eficacia, que en la “corrección” de los medios usados y, así, las recomendaciones para los jueces de apelación dicen

⁸⁷² LLEWELLYN, Karl N. “The Constitution as an Institution” (1934), *Columbia Law Review*, vol. 34, p. 7 (citado por BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 356).

⁸⁷³ Cfr. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 356.

⁸⁷⁴ Cfr. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence...*, op. cit., pp. 188-189.

relación acerca de cómo utilizar con habilidad y honestidad profesional reglas técnicas (v. gr., la ley de la discreción jurídica, la de los espacios libres de juego)⁸⁷⁵.

La vertiente radical del realismo la representa Jerome FRANK, quien consideró al sistema judicial norteamericano como un sistema más o menos disfrazado de justicia pues ésta se aplica al modo de los cadíes orientales, es decir, las decisiones judiciales están influidas por la paga del juez, por sus preferencias y aborrecimientos personales, como por sus prejuicios y estados de ánimo⁸⁷⁶; el Derecho es primordialmente indeterminado, respecto de las normas como de los hechos, y por eso las decisiones judiciales no están determinadas por normas previamente establecidas sino que se explican a partir de consideraciones biográficas, idiosincrásicas, sobre los jueces y lo que se necesita entonces no es lógica sino psicología. En consecuencia, la teoría del Derecho tiene como tarea fundamental no construir un método sino que desvelar los mitos (por ejemplo, la seguridad jurídica y la justificación de las decisiones judiciales) de que la cultura jurídica se ha edificado como una especie de ideología que proporciona una visión confortable de la realidad del Derecho⁸⁷⁷. El Derecho relativo a algún asunto o situación, transacción o acontecimiento dados, nadie lo conoce sino hasta que ha habido una decisión específica al respecto. En esta visión, la sentencia de un Tribunal es algo muy inseguro y casi impredecible pero esta incertidumbre no es algo lamentable y tiene un valor social inmenso porque la libre discreción judicial es la esencia del aspecto creador del Derecho, debiéndose rechazar el mito jurídico básico que el Derecho puede ser estable, fijo y firme⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, *El Derecho como argumentación...*, op. cit., pp. 35-37.

⁸⁷⁶ BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 356.

⁸⁷⁷ Cfr. ATIENZA RODRÍGUEZ, *El Derecho como argumentación...*, op. cit., p. 35.

⁸⁷⁸ Cfr. BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 356-357.

Hay también un *realismo jurídico escandinavo*, éste semejante al norteamericano⁸⁷⁹, sobre todo al de LLEWELLYN⁸⁸⁰, pues, si bien, desde el punto de vista tradicional, la sentencia bosqueja un silogismo, cuya conclusión se halla en lo dispositivo del fallo y ha surgido del razonamiento hecho por el juez en los considerandos, también es sostenible que dicho razonamiento es sólo una racionalización de la parte dispositiva, ya que el juez resuelve guiado tanto por una intuición emocional como también basado en consideraciones y propósitos prácticos, y así, una vez que establece la conclusión, encuentra una argumentación jurídico-ideológica plausible para justificar su decisión, lo que no le es difícil porque la misma variedad de las reglas, la falta de certeza de su interpretación y la posibilidad de hacer construcciones distintas sobre los temas en debate, le permiten, la mayoría de las veces, hallar un ropaje jurídico plausible para revestir el fallo, siendo la argumentación jurídica en los considerandos no más que una fachada dirigida a hacernos creer que fue “objetivo” al resolver⁸⁸¹. El realismo designa una actitud escéptica frente a los conceptos y reglas jurídicos y al rol que juegan éstos en la administración de justicia⁸⁸².

El realismo jurídico escandinavo toma su nombre de la llamada *tesis de la realidad*, de Axel HÄGERSTRÖM, consistente en la afirmación del dualismo sujeto-objeto, esto es -y contrariando la filosofía idealista imperante en Suecia a comienzos del siglo XX-, en el acto cognoscitivo el sujeto entra en contacto no con una modificación de la propia conciencia sino que con un objeto, con una realidad distinta a la del sujeto, la que se identifica

⁸⁷⁹ Para BIX, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*. Traducción de RODRÍGUEZ TRUJANO, Enrique; VILLARREAL LIZÁRRAGA, Pedro A. 1ª ed. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009, p. 230, en sentido amplio, el realismo jurídico escandinavo fue paralelo tanto en la cronología como en el tono inquisitivo al realismo jurídico norteamericano, pero tal paralelo no debería exagerarse porque los realistas escandinavos se apoyaron en una posición antimetafísica derivada de los positivistas lógicos y en una manera en que poco de los realistas jurídicos norteamericanos, si es que alguno, lo hicieron.

⁸⁸⁰ Así ATIENZA RODRÍGUEZ, *El Derecho como argumentación...*, op. cit., p. 37, y quien señala, eso sí, que ROSS es mucho más sistemático que LLEWELLYN, aunque, como contrapartida, aquél tiene una concepción mucho más escéptica sobre el alcance de la razón.

⁸⁸¹ Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., pp. 70-71.

⁸⁸² ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit., p. 96.

exclusivamente con el mundo de la experiencia sensible, con la totalidad de los fenómenos existentes en el lugar y tiempo dados⁸⁸³. Igual que el escandinavo, el realismo jurídico norteamericano parte de la realidad pero su enfoque es más jurídico que filosófico, además está influenciado por una perspectiva filosófica general, el pragmatismo de William JAMES y de John DEWEY, con fuerte influencia también del juez HOLMES⁸⁸⁴ y de la jurisprudencia sociológica de POUND⁸⁸⁵. Asimismo, aunque se inscriben en la denominada “rebelión contra el formalismo”, como respuesta a las nuevas perspectivas abiertas por las ciencias sociales modernas, mediante una irrupción en el mundo abstracto y sofisticado de la conceptualización jurídica, echando abajo las nociones que no correspondían a la realidad empírica, al “derecho como hecho social”, el realismo escandinavo centra su ofensiva principalmente a nivel de los conceptos de validez, norma, derecho subjetivo, deber, responsabilidad, etc., efectuando una operación de terapia lingüística, la que, sin duda, no se limita a un nivel lingüístico sino que produce consecuencias concretas precisas, mientras que el norteamericano dirige su atención al campo de la aplicación del Derecho, al proceso, al aparato judicial⁸⁸⁶.

2.4.3. *Jurisprudencia de Conceptos*

En el siglo XIX, la clara prohibición de crear derecho, dirigida al juez, y que se impone por el principio de la división de poderes, de la que el *positivismo*

⁸⁸³ Cfr. CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho: La escuela del realismo jurídico en Suecia (Axel Hägerström, Karl Olivecrona [sic] y Vilhelm Lundstedt)*. Traducido por MORENO CRUZ, Pablo Andrés. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 166.

⁸⁸⁴ Para PÉREZ LUÑO *et al.*, *Teoría del Derecho...*, *op. cit.*, p. 95, Holmes es, ni más ni menos, el padre espiritual del realismo jurídico norteamericano. Hace ver BIX, *Diccionario de teoría jurídica, op. cit.*, p. 231, que el señalamiento a veces de Holmes como realista, a pesar que vivió y escribió en una época anterior, es gracias a que su trabajo fue muy influyente entre los realistas y porque la mayoría de los temas en los que dichos teóricos están interesados pueden encontrarse en primera instancia en el trabajo de Holmes.

⁸⁸⁵ CASTIGNONE, *La máquina del derecho...*, *op. cit.*, p. 168. Dice BIX, *ibíd.*, en ocasiones Pound, no obstante que criticó el realismo jurídico norteamericano, es catalogado como realista porque sus trabajos iniciales sobre “jurisprudencia sociológica” influenciaron y anunciaron los puntos realistas.

⁸⁸⁶ CASTIGNONE, *La máquina del derecho...*, *op. cit.*, p. 170.

es un fiel reflejo, en los hechos, se mostró como impracticable por existir lagunas en la ley y porque la interpretación de ésta implica determinarla, a lo que no se puede ser ajeno.

Una manera de realizar la interpretación es mediante la deducción de preceptos jurídicos a partir de meros conceptos, lo que precisamente se conoce como “jurisprudencia de conceptos”. Por ejemplo, del concepto “persona jurídica”, o sea, “una persona ficticia capaz de contraer derechos y obligaciones”⁸⁸⁷, deriva la consecuencia que, como se es “persona”, se es capaz de cometer ofensas y, por ello, susceptible de imposición de penas⁸⁸⁸.

⁸⁸⁷ Así art. 545 CcCh: «Se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente [...]». Respondiendo a la misma noción, establece el art. 38 inc. 1 CcE: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

⁸⁸⁸ Cfr. KAUFMANN, Arthur. “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 115, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*

LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 40, dice que «Fue PUCHTA quien, con clara firmeza, encaminó la Ciencia del Derecho de su tiempo por la vía del sistema lógico en el sentido de una “pirámide de conceptos” y, de este modo, decidió su evolución hacia la “Jurisprudencia formal de conceptos”». Atinentemente, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, pp. 39-40, señala que la idea de sistema significa el desarrollo de una unidad en una variedad que, de este modo, es conocida como una conexión de sentido sólo que la unidad que debe poner en claro el sistema puede ser pensada de dos modos distintos y, acorde con ello, ser conseguida por diferentes caminos. Primeramente, la unidad puede ser pensada como un “organismo”, como una totalidad de sentido inherente a la variedad sólo mostrable en ella y por ella y, en este caso, la unidad se obtiene por *contemplación* “interna”, espiritual, “intelectual” (Schelling) o por pensamiento “especulativo” (Hegel). La otra manera en que la unidad puede ser pensada es la del concepto general “abstracto”, “extraído” de lo especial, y esta clase de unidad conduce a la Lógica formal. En un sistema orgánico, los miembros particulares del sistema giran, en cierto modo, alrededor de un centro, y radica la “unidad” del sistema en la “insuprimible” relación de todos sus miembros con un centro que descansa en sí mismo y, a la inversa, en la relación del centro con los miembros, cada uno de éstos determinado por su posición en relación a aquél. Por el contrario, el sistema conceptual según las reglas de la Lógica formal se asemeja, por figurarlo, a una pirámide en la que el concepto “supremo” es la cúspide la que, aunque muy alejada de la base, permite, suponiendo que la pirámide es transparente, el más amplio panorama pudiéndose advertir, subiendo desde la base y dejando debajo de sí, en cada paso, un corte transversal, que en cuanto se asciende la pirámide pierde anchura y gana en altura y, así, mientras mayor es la anchura, o sea, la cantidad de materia, menor es la altura, o sea, la posibilidad de panorama, y al revés, correspondiendo la anchura al contenido y la altura a la extensión o ámbito de aplicación de un concepto “abstracto”, consiguiéndose plenamente el ideal de un sistema lógico cuando en la cúspide está un concepto generalísimo bajo el cual se pueden subsumir todos los demás conceptos, esto es, los de clase y subclase, al que, por tanto, se puede ascender desde un punto cualquiera de la base, a través de una serie de escalones intermedios, eliminando cada vez lo especial. Como lo refiere KAUFMANN, “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”, *op. cit.*, p. 115, en: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]), *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*, *op. cit.*, la “pirámide de conceptos” [de Puchta] importa que en la cúspide se encuentra el concepto supremo del que, en un principio, derivan conceptos muy abstractos y generales y de éstos, posteriormente, conceptos más concretos y dotados de contenido, y así sucesivamente.

En la jurisprudencia de conceptos, las proposiciones jurídicas son consecuencias de conceptos jurídicos universales y la tarea del juez es centrar su método en la investigación del orden sistemático de esos conceptos jurídicos y, así, quien juzga realiza una pura actividad gnoseológica y limitada a subsumir el caso bajo el concepto jurídico, estando negada toda labor creadora de derecho⁸⁸⁹. Limitado el juez a una subsunción bajo normas legales, teniendo que aplicar normas jurídicas objetivas y sin atribución para complementar la ley, la jurisprudencia de conceptos, en la práctica, realiza el procedimiento especial de complementar las lagunas jurídicas, mediante la construcción de conceptos, bajo la forma de analogía legal y jurídica. En este procedimiento, como fuente para la creación de normas necesarias y no existentes, se hace uso de las nociones generales que la ciencia (del Derecho) abstrae de las normas legales generales pues aquélla sistematiza el contenido legal tradicional, es decir, los elementos comunes se comprenden bajos conceptos cada vez más generales y que están definidos con exactitud. Por ejemplo, a partir de todos los negocios reconocidos como eficaces por el Derecho se abstrae el concepto general de negocio jurídico y se utiliza entonces el concepto para cubrir lagunas, deduciendo de la definición la decisión del nuevo caso y, por eso, este procedimiento puede ser llamado “método de inversión”, esto es, al complementarse una laguna se invierte la relación de lo particular a lo general: un negocio no especialmente regulado por la ley se reconoce como eficaz en tanto responde a la definición general de negocio jurídico, y no en otro caso. La realidad existencial siempre cambiante, y a la cual la norma legal trata de seguir, no se toman en consideración ni en el instante de construir el concepto ni en la posterior subsunción y, de este modo, puede tener lugar un desarrollo del Derecho por medio de operaciones puramente lógicas y sin ninguna consideración de

⁸⁸⁹ HECK, *El problema de la creación del Derecho*, op. cit., p. 21.

necesidades o fines⁸⁹⁰, o sea, la ley sí puede tener lagunas pero no así el Derecho⁸⁹¹.

En el plano de la sanción penal y dentro de la estructura del mandato legal, la jurisprudencia de conceptos no ve -o al menos suficientemente- al tipo penal y a las consecuencias legales como una unidad de sentido referida a la vida social, por lo tanto posibilita que la ley se pueda aplicar a sucesos que no son cubiertos por la amenaza penal, siendo factible arribar a una resolución injusta con un resultado improcedente. Al ser sus postulados fundamentalmente abstractos, en pugna con el principio de legalidad y las funciones esenciales de éste de tutela e inhibición, esta jurisprudencia no compatibiliza con las exigencias propias de la esencia normativa del Derecho penal que, en cuanto Ordenamiento público, coactivo, subsidiario, teleológico y tutelar, protege las condiciones mínimas de la convivencia social mediante una descripción legal de conductas conminadas con amenaza de las máximas sanciones jurídicas existentes: penas y medidas de seguridad⁸⁹².

La jurisprudencia de conceptos niega haber lagunas jurídicas y afirma que sólo hay dificultades de conocimiento y aplicación del Derecho que pueden superarse por una actividad judicial de construcción que, acudiendo al método de la inversión, proyecta al caso concreto los conceptos jurídicos fundamentales vivos en el pueblo y que se registran en las disposiciones normativas⁸⁹³ y, por lo mismo, trasladada esta jurisprudencia al ámbito penal, ponderado que ella supone derivar de conceptos jurídicos generales, por vía conclusión lógica, nuevas normas jurídicas no expresadas por la ley, se puede

⁸⁹⁰ Cfr. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 35-37.

⁸⁹¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. "Metódica Jurisprudencial en el Derecho Penal". En: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales* (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba, Colección Estudios Criminológicos, Serie Minor, n° 6), 1988, Córdoba: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, pp. 17-52, p. 23.

⁸⁹² Cfr. POLAINO NAVARRETE, "Metódica Jurisprudencial...", *op. cit.*, pp. 23-24, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, *op. cit.*

⁸⁹³ POLAINO NAVARRETE, "Metódica Jurisprudencial...", *op. cit.*, p. 29, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, *op. cit.*

ver como consecuencia posible y efectiva que con ella, a la larga, se afectaría el principio rector del Derecho penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

2.4.4. *Jurisprudencia de Intereses*

Von IHERING, después de haber sido partícipe de ella, reniega, con ironía, de la jurisprudencia de conceptos, poniendo énfasis en que los conceptos jurídicos no pasan de ser teóricos: «Como eres un romanista, irás al cielo de los conceptos jurídicos. Allí encontrarás todos esos conceptos de los cuales tanto te has ocupado en vida. Pero no en la forma imperfecta en que han quedado en la tierra, deformados por legisladores y prácticos, sino en estado de perfecta e inmaculada pureza y belleza ideal. Aquí se recompensa a los teóricos por los buenos servicios que han prestado a tales conceptos en la tierra»⁸⁹⁴. Von IHERING gira hacia una jurisprudencia pragmática que es el inicio de la “jurisprudencia de intereses”, la cual tiene mucha influencia en el Derecho privado⁸⁹⁵, y cuya cabeza de escuela es Philipp HECK y son también destacados representantes Heinrich STOLL y Rudolf MÜLLER-ERZBACH.

Según señala HECK, la *jurisprudencia de intereses*, que también es una forma antigua de la jurisprudencia teleológica -representada ésta teóricamente en el terreno del Derecho privado-, se caracteriza por utilizar como conceptos metódicos auxiliares el concepto de interés y la serie de nociones que están en conexión con él, como ser estimación de intereses, situación de intereses, contenido de intereses, etc.⁸⁹⁶. Efectivamente, en la existencia de cada individuo, más que exigencias, actuales o presentes, sólo

⁸⁹⁴ Von IHERING, Rudolf. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Traducción del alemán por BANZHAF, Tomás A. Concordada con la decimotercera edición alemana por SANTIAGO LUQUE, Mariano. Índices, analítico y onomástico, de MARTÍNEZ, Marcos G. Introducción de VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1987, pp. 216-217

⁸⁹⁵ FIGUERAS PÀMIES, *Filosofía del dret o nova teoria del dret?*, op. cit., p.151.

⁸⁹⁶ HECK, *El problema de la creación del Derecho*, op. cit., pp. 60-61.

tienen carácter permanente posiciones reivindicativas o de deseo, cuya existencia se infiere por los actos por ellas causados o por el hecho de existir bases sociales que, según la experiencia vital, suelen producir esas disposiciones, y que se denominan precisamente “reivindicativas” porque se refieren a bienes de cultura y a sus nociones concomitantes, fundamentos y objetos, *intereses*. Así, la palabra *interés* designa cualquier disposición reivindicativa en un ámbito de cultura y sin tener en cuenta la naturaleza especial del objeto deseado, habiendo no sólo intereses materiales sino también ideales, religiosos, nacionales, éticos. El objeto específico de esta jurisprudencia es reducir las normativas que constituyen el Derecho a la imbricación de esas disposiciones reivindicativas y colmar las lagunas legales tomando en consideración todas las disposiciones reivindicativas afectadas en cada caso, lo que se justifica rectamente en el hecho que la formación del Derecho está empíricamente determinada por disposiciones reivindicativas y que la jurisprudencia aspira a satisfacer los deseos que se presentan en la vida⁸⁹⁷. O sea, las lagunas jurídicas deben ser cubiertas a través de una creación judicial que, mediante la ponderación de intereses, no confina al juez a subsumir lógicamente los hechos presentados en el cuadro cerrado de los conceptos jurídicos abstractos sino que lo compele a resolver los asuntos por las experiencias inmanentes del quehacer jurídico, principalmente a través de una utilización armónica de conceptos especiales derivados de conceptos generales y de supraconceptos inspirados en el ideal de un singular concepto jurídico: el Derecho⁸⁹⁸. Toda decisión judicial es una delimitación de intereses contrapuestos y una estimación de esos intereses, mediante juicios e ideas de valor, y esta regla es válida para el juicio del lego y para la libre creación del Derecho como para la aplicación de la ley y la complementación dependiente, radicando la diferencia en que la invención libre del Derecho importa una escala y medida de estimaciones que se hallan

⁸⁹⁷ Cfr. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, *op. cit.*, pp. 61-62.

⁸⁹⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 25, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, *op. cit.*

en las ideas y juicios de valor propios del juez y el lego y, en contraste, en la aplicación de la ley y en la complementación dependiente de la norma, el juez está vinculado por los juicios de valor que resultan de la ley y, eventualmente, también por aquellos que dominan en la comunidad de Derecho y, de esta manera, la valoración personal del juez solamente interviene subsidiariamente. El cambio del juicio de valor se verifica comparando el conflicto de intereses con lo autoritariamente decidido por la norma y, por lo mismo, el juez no debe considerar los intereses concretos en su estructura total de su existencia real sino en sus notas que sean utilizadas en el Orden jurídico y, así, lo que decide no es la medición cuantitativa sino la inordinación en los tipos considerados por la ley⁸⁹⁹. En todo caso, lo característico del procedimiento consiste siempre en el estudio de los intereses, en concentrar la atención sobre la situación de los intereses al concebir el cuadro fáctico concreto y al interpretar el contenido de la ley, cuya consideración, desde el punto de vista de las estimaciones de intereses que contienen, tiene naturalmente como tarea la comprensión de la *finalidad* de cada ley, descansando siempre la representación finalística, en último término, en disposiciones reivindicativas, pero no siendo coincidente el análisis de intereses con la finalidad de la ley si la expresión *finalidad* se entiende en el común sentido psicológico de la palabra⁹⁰⁰.

En la jurisprudencia de intereses, el precepto jurídico sólo puede ser decisivo respecto al alcance de los tipos que la misma ley describe, pero, donde faltan los juicios de valor legales, el Juez debe realizar una actividad valoradora de intereses, de analogía para con los preceptos positivos o de complemento del mandato legal, según los casos, y entre esquemas mentales disímiles como resultado del uso de distintos métodos: bioantropológicos, sociológicos, criminológicos, experimentales, inductivos, deductivos, axiológicos y

⁸⁹⁹ Cfr. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, op. cit., pp. 64-66.

⁹⁰⁰ Cfr. HECK, *El problema de la creación del Derecho*, op. cit., p. 67.

teleológicos⁹⁰¹. Acá, la idea de justicia y de las soluciones legales adecuadas para impartirla lleva a postular, por ejemplo, la «igualdad de la retribución justa conforme a las condiciones personales de culpabilidad, un inmediato nexo de la Justicia y el sentido del Derecho en orden a la determinación de los fines de la vida social, cauce de la convivencia hacia el bien común de la concordancia entre las bases éticas y las representaciones populares de la sociedad, e inspiración de los aspectos formales según el criterio del pensamiento social»⁹⁰². Por lo mismo, el concepto de *seguridad jurídica*, cuyo primer presupuesto es la limitación y el reconocimiento de los preceptos positivos vigentes, admite ser designado como interés general de determinación y de igualdad, pudiéndose traducir de diverso modo como también coordinar su validez con la de otros intereses que igualmente se dirigen hacia la seguridad jurídica, y por ello, en lo penal, exigido que todo delito se castigue de acuerdo a las garantías propias del Derecho y no por fines incontrolados de certeza de la sociedad, la noción de *seguridad* es un fundamento esencial del aseguramiento de la libertad del acusado, la cual, en pugna con el interés persecutorio penal, reclama que exista claridad acerca de los límites de la relación entre el interés de la libertad del inculcado y el de la persecución criminal a objeto de evitar consecuencias injustas⁹⁰³.

⁹⁰¹ Cfr. POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, pp. 29-30, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales, op. cit.*

⁹⁰² POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, pp. 26-27, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales, op. cit.*

⁹⁰³ Cfr. POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 27, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales, op. cit.*

Criticando la jurisprudencia de intereses, señala KELSEN, *Teoría pura del derecho, op. cit.*, p. 353, «el principio de la estimación de los intereses sólo es una fórmula, pero no una solución [...] No da un patrón objetivo que permita cotejar entre sí los intereses contrapuestos, y según el cual puedan resolverse los conflictos de intereses. En especial, este patrón no puede extraerse de la norma interpretada, o de la ley que la contiene, o de la totalidad del orden jurídico, como afirma la doctrina del cotejo de intereses. Puesto que la necesidad de una “interpretación” resulta justamente de que la norma por aplicar, o el sistema de normas, deja abiertas varias posibilidades, lo que significa [...] que no contiene ninguna decisión sobre cuál de las interpretaciones en competencia sea la de mayor valor, dejando esa determinación del rango de los intereses justamente [...] a la sentencia judicial».

2.4.5. *Jurisprudencia de Valores*

A diferencia de la jurisprudencia de intereses que considera éstos como objeto de valoración, como pauta de la valoración expresada en la ley, ya como “factores causales”, en la jurisprudencia de valores se afirma que es necesario reducir el *interés* a las ideas de apetencia que tengan o han de tener los participantes en un litigio cuando pretenden la consecuencia jurídica que les es más favorable, debiéndose determinar con claridad el concepto de interés, en este sentido, “de las pautas legales de valoración” (v. gr., “apariencia jurídica y motivación, protección del tráfico jurídico y garantía de propiedad”) las que, en sí, no son intereses sino consecuencia de la idea de justicia sacadas por el legislador, o sea, el juez está ligado a los factores de valoración hallados por el legislador y al administrar justicia debe ordenar valorando el supuesto de hecho comprobado conforme a factores establecidos por la ley de modo vinculante y, por tal motivo, la jurisprudencia de los Tribunales es aplicación de las valoraciones legales, a diferencia de la valoración independiente⁹⁰⁴. La valoración del legislador tiene por causa determinados intereses cuya investigación corresponde a la jurisprudencia, y se trata de una valoración de intereses, según ponderaciones de justicia y oportunidad, que debe acatarse por quien quiere aplicar la ley⁹⁰⁵. Esta jurisprudencia tiene como fundamento la aplicación del Derecho a partir siempre de puntos de vista valorativos y de utilidad subyacentes al Orden jurídico, y tiene que juzgar la situación según sus rasgos esenciales y no conforme su estructura formal⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., pp. 141-142.

⁹⁰⁵ Cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 142.

⁹⁰⁶ COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 279. En el mismo sentido, LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 143.

Todavía más, COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 274-275, antes señala que la aplicación de la ley no puede proceder nunca de un modo exclusivo en la forma de inferencia puramente lógica, subsumiendo un determinado hecho bajo conceptos generales del Ordenamiento jurídico pues, dicha aplicación, es más bien “siempre valoración de los hechos según los juicios de valor contenidos en el Derecho”, es decir, para aplicar una determinada norma no basta con que el hecho a juzgar pueda ser situado sin dificultad bajo los conceptos generales de la norma ya que la posibilidad de subsunción es tal sólo si, además, interesa al caso por su sentido, o sea, por los valores y finalidades en que descansa. Una

La jurisprudencia de valores resalta la mecanicidad y el materialismo inadmisibles de la de intereses, cuyo sentido unilateral y naturaleza fragmentaria condicionan su viabilidad en el ámbito penal por ser insatisfactoria su conformación con las garantías jurídicas sustantivas inherentes a la esencia del Ordenamiento punitivo⁹⁰⁷. Los conceptos de cada *tipo* de delito son individuales y su proceso de formación implica una consideración a valor y, por ello, la tipificación como delito de un hecho es porque generalmente a la colectividad le interesa en que se mantenga imperturbable la situación que ese hecho afecta, siendo un cometido de los preceptos penales garantizar los valores sociales a través de proteger un bien vital o cultural que la sociedad reconoce como un valor susceptible de garantía penal⁹⁰⁸.

Sobre el problema que se puede presentar en cuanto a cuáles son los *valores* por los que debe guiarse el juez y, de estar los mismos determinados, cuál sería la precedencia de cada uno de ellos, es decir, si existe un orden de valores, la solución puede hallarse en el mismo Ordenamiento jurídico, por ejemplo, la normativa constitucional, pues ésta corrientemente implica, si es que no consagra, ciertos derechos fundamentales, cuyo contenido axiológico es evidente, como es, por indicar uno, la *dignidad humana*, habiendo otros que incluso hasta se explicitan, como acontece con el denominado *principio de igualdad* -con sus diversas manifestaciones- y con el *principio del libre desarrollo de la personalidad*⁹⁰⁹.

interpretación extensiva o restrictiva, por ejemplo, no sería posible distinguirla si realmente todo se redujera a la subsunción lógica ya que estas referidas dos formas de interpretar no son en realidad más que correcciones o rectificaciones de los resultados a que lleva la subsunción puramente lógica, y basadas esas rectificaciones en puntos de vista valorativos y utilitarios.

⁹⁰⁷ POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 35, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, *op. cit.*

⁹⁰⁸ Cfr. POLAINO NAVARRETE, “Metódica Jurisprudencial...”, *op. cit.*, p. 44, en: POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Estudios Penales*, *op. cit.*

⁹⁰⁹ P. ej., la CCh en su art. 1 inc. 1 dispone que «Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos», y en su art. 19 n° 2 incs. 1 primera parte y 2 que «asegura a todas las personas: [...]. La igualdad ante la ley. [...]. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias». Por su lado, la CE prescribe en su art. 10.1 que «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del

2.5. *La Jurisprudencia y las fuentes del Derecho*

Se discute si la jurisprudencia es o no fuente de Derecho y, de serlo, cuál es su alcance o qué resulta de ello para los justiciables. La palabra “fuente”, como tal, significa “manantial de agua que brota de la tierra” y este significado, sumándole el adjetivo de “Derecho”, permite, desde ya, hacerse la idea de que fuente de Derecho es una referencia atingente a la procedencia u origen del Derecho mismo. No obstante, “fuentes del Derecho” es una expresión que admite en la literatura jurídica acepciones diversas.

Para KELSEN fuente de Derecho es una expresión metafórica con más de un significado, cabiendo designar así no sólo los métodos de producción, como ser la costumbre y la legislación, sino también toda norma superior, en su relación con la inferior cuya producción regula, pudiéndose entender por fuente del Derecho aún al fundamento de validez y, en especial, al último fundamento de validez, la norma fundante básica de un Orden jurídico⁹¹⁰. Mas, en la práctica, solamente se denomina “fuente” al fundamento de validez jurídico-positivo de una norma jurídica, esto es, la norma superior positiva que regula su producción, y, en tal sentido, por vía de la legislación o la costumbre, la Constitución es la fuente de las normas jurídicas generales producidas así como una de éstas lo es de la sentencia judicial que la aplica representada por una norma individual, y sin perjuicio que esa resolución puede ser estimada fuente de las obligaciones y derechos que establecen entre las partes en litigio o de la autorización que otorga al órgano a cargo de su ejecución. En suma, en un sentido jurídico-positivo, fuente del Derecho solamente puede ser el Derecho⁹¹¹.

orden político y de la paz social», y en su art. 14 que «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

⁹¹⁰ Cfr. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 242-243.

⁹¹¹ Cfr. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 243.

También el término puede usarse en un sentido no jurídico, por ejemplo, para designar todas las representaciones que de hecho influyen en la producción del Derecho, como ser principios políticos y morales, teorías jurídicas, opiniones de expertos, etc.⁹¹².

Por consiguiente, “fuente del Derecho” es una expresión a la que se le pueden atribuir varios significados, a saber: el fundamento último del Derecho en general (p. ej., Dios, la naturaleza racional del hombre, el espíritu del pueblo); la forma de organización humana que requiere el Derecho para su existencia (p. ej., el “Estado”, la “sociedad”); toda manifestación externa reveladora de normas jurídicas o de hechos con significación o importancia jurídicas, actuales o pasados, que permiten conocer el estado del Derecho en un tiempo determinado (p. ej., un Código ya derogado, el mensaje del Rey de España al sancionar el texto de una ley, la exposición de motivos que hace el Presidente de la República al enviar al Congreso Nacional un proyecto de ley [caso de Chile], una recopilación de leyes vigentes); factores de distinta índole (políticos, económicos, sociales, científicos, etc.) que, presentes en una sociedad, influyen de manera importante en la producción y contenido de una norma jurídica que ha de regir; el órgano o autoridad o persona a cuyo cargo está la creación o producción de Derecho conforme a normas de competencia de un Ordenamiento jurídico dado (p. ej., el “legislador”); fundamento de validez de una norma jurídica (p. ej., Constitución Política del Estado)⁹¹³. De estas significaciones precedentes, respecto de la antepenúltima

⁹¹² KELSEN, *ibid.*

⁹¹³ Cfr. QUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, pp. 205-208.

En opinión de LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 525-527, los distintos significados de fuentes del Derecho se pueden dividir en “fuentes internas”: factores de los que proceden las normas jurídicas, o sea, la autoridad que las crea y, en general, las causas que suministran la materia de las normas, y en “fuentes externas”: las formas en que aparecen las normas, tanto las formas de manifestarse como las normas manifestadas, siendo más útil, quizás, una división tripartita, en concreto, un concepto de fuente del Derecho en sentido de fundamento de éste (Dios, sentimiento jurídico, etc.), de grupos sociales en los que se originaría el Derecho, como forma vital de los mismos (Estado, comunidad internacional, comunidades sindicales, etc.), y de origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el Derecho positivo que, a través de un determinado procedimiento, da a dicha norma una forma concreta (ley, costumbre, sentencia, negocio jurídico, etc.), interesando de estos tres sentidos los dos últimos, a los que se podría denominar, respectivamente, *fuentes materiales* y *fuentes formales* del Derecho, mientras que el

y las dos últimas, respectivamente, surge el concepto de *fuentes materiales -o reales*⁹¹⁴ - y de *fuentes formales del Derecho*⁹¹⁵, contándose entre aquéllas los

primer concepto, porque es “fundamental”, alude más bien al problema de la esencia misma del Derecho, y cuya dilucidación resulta del concepto de éste y no de la concreta teoría de sus fuentes.

Por su parte, GARCÍA MÁYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho, op. cit.*, pp. 51-52, distingue “fuentes” del Derecho bajo tres acepciones: *fuentes formales*, que se refiere a los procesos de creación de las normas jurídicas, siendo tales -de acuerdo a la opinión más generalizada- la legislación, la costumbre y la jurisprudencia, *fuentes reales*, que son los factores y elementos que determinan el contenido de las normas jurídicas, factores tales como las necesidades económicas y culturales, la idea del Derecho y las exigencias de justicia, la seguridad y el bien común, y *fuentes históricas*, éstas los documentos que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes, cual sería el caso de un Código.

⁹¹⁴ Así la denominación PACHECO GÓMEZ, *Teoría del Derecho, op. cit.* p. 329.

⁹¹⁵ Cfr. SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho, op. cit.*, pp. 206-207.

Según indica SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho, op. cit.*, p. 208, fuentes materiales del Derecho son los factores de diversa índole (v. gr., políticos, económicos, sociales, morales, religiosos, científicos, técnicos, etc.) que, presentes en una sociedad dada en un momento determinado, y en dinámica y recíproca interacción de unos con otros, influyen de manera decisiva, o a lo menos importante, en el hecho de la producción -y de la modificación y derogación, en su caso- de normas jurídicas del respectivo Ordenamiento y en el contenido de que tales normas resultan provistas.

Son fuentes formales, señala BONNECASE, *Introducción al Estudio del Derecho, op. cit.*, p. 81, «*las formas obligadas y predeterminadas que inevitablemente deben tomar los preceptos de conducta exterior para imponerse socialmente con el aspecto del poder coercitivo del derecho*».

En palabras de SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho, op. cit.*, pp. 215-216, se entiende por fuentes formales del Derecho «los distintos procedimientos de creación de normas jurídicas, así como los modos de exteriorización de éstas y los continentes normativos donde es posible hallarlas, tras los cuales procedimientos es posible identificar un órgano, una autoridad, una fuerza social o sujetos de derecho que se encuentran calificados para producir normas jurídicas por el mismo ordenamiento jurídico al que pasan a incorporarse las nuevas normas por ellos creados. [...] las fuentes formales se refieren tanto a los *procedimientos* a través de los cuales se producen las normas jurídicas como a los *modos* que éstas tienen de *manifestarse* y a los *continentes* donde es posible localizar a esas mismas normas una vez que han sido producidas [...]». A su vez, dice SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho, op. cit.*, pp. 219-220, las fuentes formales pueden clasificarse en *heterónomas* y *autónomas*; *generales* y *particulares*; *formalizadas* y *no formalizadas*; *inmediatas* y *mediatas*; y *principales* y *supletorias*. Desde el punto de vista del órgano o sujeto que produce la norma jurídica correspondiente, las fuentes formales se clasifican en *heterónomas* y *autónomas*, siendo las primeras aquellas en las que el productor de la norma se halla en una posición de autoridad respecto de los sujetos que deben cumplirla, como es el caso de la ley y la jurisprudencia, y las segundas aquellas en que el productor de la norma es en algún modo el mismo sujeto que debe cumplirla, como sucede tratándose de la costumbre jurídica y los negocios o actos jurídicos. La división de fuentes formales en *generales* y *particulares* atiende al tipo de normas que producen, siendo aquéllas las que producen normas abstractas y generales, como la ley, y éstas las que producen normas concretas y singulares, como la jurisprudencia de los Tribunales. Así, no hay correspondencia entre las fuentes heterónomas y las generales, ni entre las autónomas y las particulares, siendo la jurisprudencia fuente heterónoma y particular así como la costumbre autónoma y general. Según si las normas por su intermedio se crean encuentran o no expresión en un texto que las manifieste, las fuentes formales se clasifican en *formalizadas* y *no formalizadas*, aquéllas las que se exteriorizan en un texto, como la ley, la jurisprudencia de los Tribunales y los contratos que constan por escrito, y éstas las que no se hallan exteriorizadas en un texto que dé expresión cabal a las mismas, como ocurre con la costumbre, los principios generales del Derecho y la equidad. Considerada la fuerza obligatoria que poseen, las fuentes formales pueden ser *inmediatas* y *mediatas*, siendo las primeras las que producen directamente normas jurídicas obligatorias, como pasa con la ley, y las segundas aquellas cuya fuerza obligatoria viene otorgada por otra fuente formal, como la costumbre conforme a la ley. Por último, conforme la vinculación que los órganos jurisdiccionales tienen con ellas, las fuentes formales se clasifican en *principales* y *subsidiarias*, las mismas, respectivamente, aquellas que los jueces siempre tienen el deber de aplicar, como la ley, y aquellas que los jueces están autorizados a recurrir en defecto de las fuentes principales o solamente con el fin de interpretar éstas, como sucede -en el Derecho chileno conforme al art. 24 Cc- con el “espíritu general de la legislación” y la “equidad natural”.

factores históricos, políticos, sociales, económicos, culturales, éticos, religiosos, etc., que influyen en la creación y contenido de las normas jurídicas⁹¹⁶, y, entre éstas, la costumbre y la ley⁹¹⁷.

En países de Derecho continental, el Poder Judicial ha sido establecido, y a ello obedece su organización, para garantizar, en cuanto sea posible, la unidad de la jurisprudencia, contemplando cada Orden jurídico, para la generalidad de los casos, el que se pueda recurrir contra las sentencias judiciales (v. gr., apelación, casación, nulidad) y, en consecuencia, para un Tribunal de justicia de menor jerarquía aparecen revestidas de una enorme ascendencia los fallos que emanan de Tribunales superiores (v. gr., TS, CS), es decir, las sentencias de éstos se consideran casi siempre como “precedente”, en el sentido inglés de la expresión. También, es natural que cada juez, para casos semejantes, tienda a replicar la solución ya dada para el asunto que constituyó el primero de todos los similares, siendo posible incluso, si es necesario, y sin que se haga acreedor de reproche si con ello

Para NOVALVO Y PÉREZ-ACEVEDO, *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, op. cit., p. 48, aquél que tiene el poder para establecer el Derecho es una *fuerza material* del Derecho y los medios o maneras de efectivamente establecerlo constituyen las *fuentes formales*, por tanto la distinción entre ambas “fuentes” es respuesta a la pregunta de quién establece el Derecho (v. gr., el Estado), en el caso de las *materiales*, y de cómo se lo establece (v. gr., en forma de ley o de costumbre), tratándose de las *formales*.

⁹¹⁶ SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 208.

⁹¹⁷ Junto con éstas, para PACHECO GÓMEZ, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 330, las fuentes formales del Derecho más importante son la jurisprudencia, la doctrina jurídica, el acto jurídico y el acto corporativo, y sin dejar de reconocer sí que la división de las fuentes del Derecho, en *reales* [materiales] y *formales* crea y sigue creando graves dificultades técnicas ya que en la realidad las fuentes del Derecho muestran una estructura compleja: real y formal, que se corresponde con la naturaleza del Derecho, mostrando, manifiestamente, la experiencia jurídica que en ella se integran tres distintos momentos, esto es, el normativo, el empírico y el axiológico, todos los cuales se hallan mutuamente implicados y esencialmente unidos, siendo sólo el jurista quien, por razones sistemáticas y analíticas, procede a separarlos.

SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 217, refiere que son fuentes formales, aparte de la ley y la costumbre jurídica, «la jurisprudencia de los tribunales, los principios generales del derecho, la equidad, los actos jurídicos, y los actos corporativos», no obstante luego indica (*Introducción al Derecho*, op. cit., p. 272) que «los principios generales del derecho, estrictamente hablando, no son fuentes formales del derecho, puesto que no constituyen, por sí mismos, métodos de producción de normas jurídicas [...]». Asimismo, hace presente SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 218, la doctrina -denominada también ciencia del Derecho-, que suele ser colocada entre las fuentes formales del Derecho, en verdad no es tal fuente porque no constituye un método para producir normas jurídicas sino que es el resultado de una actividad destinada a conocer y difundir las normas de un determinado Ordenamiento jurídico.

logra una solución adecuada, que hasta imite la solución adoptada por otro juez para una cuestión igual o de índole parecida.

Si se atiende al Derecho escrito, como ser la legislación civil española, en específico al artículo 1.1 Cc, sería de concluir que en esta órbita no hay más fuentes que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho⁹¹⁸, supuesto vigente y de aplicación general por expresa disposición legal (art. 4.3 Cc⁹¹⁹) como por falta de otra norma de igual o mayor rango que la contradiga, lo cual no cambia entrada en vigor la Constitución de 1978 pues su contenido no se opone o pugna con la prescripción de que se trata sino que es complementaria a la misma, según reconoce la propia Carta al calificarse ella (art. 9.3⁹²⁰) como parte del Ordenamiento jurídico⁹²¹. Asimismo, estableciendo el legislador civil (art. 1.6 Cc) que «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho», y apareciendo conforme el artículo 1.1 Cc admitidas tres fuentes formales de Derecho: ley, costumbre y principios generales del Derecho, si bien no es posible, acorde el tenor de la norma antedicha, sostener que la jurisprudencia -lo mismo que la analogía, la equidad, la doctrina de los autores, etc.- es una fuente formal⁹²², tampoco se puede ignorar que, según la previsión legal en principio referida (art. 1.6 Cc), la jurisprudencia pudiera al menos ser estimada como una fuente “indirecta” del Derecho, considerado que “directa” es la que en sentido tradicional es

⁹¹⁸ Otro tanto pudiera afirmarse en cuanto a la legislación civil chilena pues conforme establecen, respectivamente, los arts. 1, 2 y 24 Cc, «La ley [...] manda, prohíbe o permite», «La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella», y «En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación [...], se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación [...]».

⁹¹⁹ «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes».

⁹²⁰ «[...] La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, [...]».

⁹²¹ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 52.

⁹²² Cfr. NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, op. cit., p.48.

fuente formal⁹²³. Además, al dar el Cc (art. 3.1) diversas reglas de interpretación (v. gr., gramatical, lógico sistemática, histórica) de la ley, y que deben seguirse por el juez, así como reglas (art. 3.2 y art. 4 Cc) para la “integración de la ley”: acudir a la *equidad* y a la *analogía*, también obligatorias, en definitiva, la legislación civil concede, de esta forma, una considerable libertad de acción al juzgador y le deja permitido o en condición, en cierta forma, de crear efectivamente Derecho⁹²⁴.

En Chile, el panorama para la jurisprudencia parece ser mucho más restrictivo que el del Derecho español. La legislación civil chilena, artículo 3 inc 2 Cc, acota enormemente la actividad judicial, no reconociéndole a la respectiva sentencia fuerza obligatoria sino que únicamente para el caso particular en que ha sido pronunciada, prescripción cuya efectividad se hace extensiva a todo el Ordenamiento jurídico porque no existe alguna norma que la contradiga y las disposiciones del Cc resultan aplicables por falta o carencia en las legislaciones especiales⁹²⁵. Debiendo además las Cortes (Suprema y de Apelaciones) dar cuenta, en el mes de marzo de cada año, al Presidente de la República, de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas (art. 5 Cc), así como «Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio» (art. 3 inc. 1 Cc) y la costumbre no constituye Derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella (art. 2 Cc), es de negar también el carácter de fuente formal del Derecho a la jurisprudencia chilena⁹²⁶, más aún si las sentencias y la opinión que registran,

⁹²³ Cfr. NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 50-51.

⁹²⁴ Cfr. NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*, op. cit., pp. 51-52.

⁹²⁵ Art. 4° CcCh: «Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código».

⁹²⁶ Dice DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil: Parte General*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 97, si bien la jurisprudencia no es una fuente formal del Derecho, en el sentido teórico de la expresión, por su falta de generalidad y obligatoriedad, para el particular sí lo es porque su pretendido derecho, siendo éste discutido, sólo será tal si el juez así lo reconoce.

conforme prevé el artículo 3º inc. 2 Cc, no obligan a futuro al Tribunal que las dicta, y menos a otros Tribunales, sin perjuicio que en lo práctico es extraño -por decir lo menos- que un juez no se sienta atado moralmente a su fallo anterior recaído en un asunto similar o semejante al que actualmente conoce, salvo que, profundamente convencido, concluya que su decisión primera fue verdaderamente desacertada.

En lo penal, a virtud del *principio de legalidad*, referido expresamente en el art. 25.1 CE, que recoge la *garantía criminal*⁹²⁷ y la exigencia de irretroactividad de las leyes que establecen delitos o faltas, resultando comprendida la *garantía penal*⁹²⁸ en la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que impone el art. 9.3 de la Carta, garantía, además, la primera indicada formulada por el art. 1 del CpE⁹²⁹ y la segunda confirmada por el art. 2.1 del mismo cuerpo legal⁹³⁰, en el que también se precisa el principio de irretroactividad, es innegable la estricta sujeción del juez a la ley y, por lo mismo, ha de excluirse la jurisprudencia en España, lo mismo en Chile porque su normativa no difere (*vid.* notas 927 a 930), como fuente del Derecho⁹³¹.

⁹²⁷ Ésta en la CCh en el art. 19 N° 3 inc. 8.

⁹²⁸ Ésta en la CCh en el art. 19 N° 3 inc. 9.

⁹²⁹ En el CpCh, art. 1 inc. 1: «Es delito toda acción u omisión penada por la ley»

⁹³⁰ En el CpCh, art. 18 inc. 1: «Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración».

⁹³¹ En igual sentido, BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, v. I, *op. cit.*, p. 90, refieren que la Constitución española establece de forma general el principio de legalidad en los arts. 9.1 y 9.3, siendo, así, la ley la fuente del Derecho por excelencia, a tal punto que en la Carta no hay ninguna referencia explicativa respecto de la costumbre y los principios generales del Derecho, siendo necesario recurrir, para estas fuentes, a los arts. 1.3 y 1.4 del Código civil, quedando excluida, claramente, como fuente del Derecho la jurisprudencia, la que sólo tiene un carácter complementario por la vía interpretativa al tenor del art. 1.6 Cc. Para PUIG PEÑA, *Derecho Penal...*, t. I, vol. I, *op. cit.*, p. 154, planteado en la doctrina el problema de determinar si debe o no ser fuente directa del Derecho penal, la contestación negativa se impone por cuanto los Tribunales juzgan sólo *secundum legem*, tienen que obrar de acuerdo con la ley y no pueden por tanto crear ésta.

Por otra parte, el principio de legalidad, por su mismo requisito de que la ley sea escrita (*lex scripta*), excluye como fuente de punibilidad al Derecho consuetudinario, lo que no impide sí que la costumbre tenga un cierto valor como fuente mediata, no para imponer penas sino para contribuir a determinar el sentido y alcance de algunos conceptos legales más o menos imprecisos, contenidos en la descripción de un delito, como acontece, p. ej., con la injuria, que siendo «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» (art. 208 párr. 1 CpE) o «toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona» (art. 416 CpCh), es un hecho cierto, dice COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno: Parte General*. 1ª

Eso sí, aunque no puede juez alguno producir delitos o penas, no es menos cierto que la función de aquél de intérprete de la ley, particularmente determinando el sentido y alcance de expresiones contenidas en las descripciones legales (v. gr., grave deformidad [art. 149.1 CpE] o notablemente deforme [art. 391.1 CpCh], lugar habitado [art. 440 CpCh], etc.), le concede a la jurisprudencia, sobre todo si invariablemente se reitera

ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1975, p. 95, que el lenguaje vulgar a menudo se enriquece con palabras soeces u ofensivas que la costumbre torna inocuas. Lo mismo habría que predicar si no hay ley aplicable y la costumbre no se opone a la moral o al orden público y resulta probada (art. 1.3 CcE) o la propia ley se remite a ella (art. 2 CcCh), como sucede en casos en que las normas legales aparecen completadas por otras normas que, a su vez, se remiten a la costumbre (leyes penales en blanco), o cuando es necesario determinar la justificación de una conducta, cual es la situación, que la ley considera eximente de responsabilidad criminal, de obrar en el “ejercicio legítimo de un oficio” (arts. 20.7° CpE y 10 N° 10 CpCh), toda vez que el ámbito de lo permitido lo constituye la totalidad del Ordenamiento jurídico y pertenece a él también la costumbre. Particularmente en Chile, un caso especialmente significativo en que explícitamente la ley se remite a la costumbre para efectos penales lo constituye el art. 54 inc. 1 de la L 19.253 (DO 05/10/1993), el que, estableciendo normas sobre “Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas”, dispone que «La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política [...] En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad». Sobre el particular, en SCA Temuco, de 25 de febrero de 2009 (C.j. 5), RoI N° 99-2009-R.P.P., se ha declarado que aunque no esté en controversia la aplicación de la costumbre indígena en materia penal para configurar circunstancias eximentes o atenuantes de responsabilidad, ello no significa que basta con subsumir los hechos que dé por establecido el Tribunal en la causal de justificación, como si se tratara de un simple ejercicio aritmético, sino que, como claramente lo regula el art. 54 inc. 2 de la Ley 19.523, es necesario que las conductas constitutivas de la costumbre, que en la especie configurarían las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, se acrediten en juicio, para lo cual deben aquéllas probarse por cualquier medio capaz de producir convicción, siendo especialmente relevantes la elaboración de peritajes antropológicos y culturales elaborados por expertos en temas indígenas. Como hace ver BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, p. 133, el principio de legalidad, en su aspecto de *lex scripta*, prohíbe fundamentar la punibilidad en el Derecho consuetudinario, es decir, la ley formal es la única fuente del Derecho penal, es más, así se entiende el sentido de los arts. 9.3 y 25.1 de la CE, despejándose, en la misma Carta, las ambigüedades que podrían surgir del texto de estas disposiciones citadas, en el art. 53.1, que establece que los derechos y libertades consagrados en el Capítulo II del Título I (derechos fundamentales) sólo podrá regularse por ley, y en el art. 82.1, que determina indelegable la potestad legislativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Como se ha visto ya [*supra* n. 917 párr. segundo], los “principios generales de Derecho” no son fuentes formales del Derecho, y es más, al decir de PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998, pp. 49-50, no existen como fuente anterior a la interpretación puesto que si entendemos literalmente que las fuentes del Derecho son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, entonces con toda probabilidad los denominados principios generales aluden a una entidad fantástica. En efecto, si se dice encontrar un “principio general” en la Constitución, en la ley o en la jurisprudencia es que justamente ya no estamos en presencia de una norma “principal” sino constitucional, legal o jurisprudencial, por lo que necesariamente un “principio general” ha de ser algo distinto, pero, en realidad, desde una concepción positivista del Derecho, no existe algo distinto, a menos que se crea en realidades metafísicas y se abraza, con ello, algún género de iusnaturalismo. Simplemente, el Derecho como fenómeno empírico no puede expresarse más que a través de la ley -en sentido amplio- o de la costumbre -incluida la judicial-. Lo principios generales del Derecho son un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación y suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas. Cabe por ende negar ser fuente formal del Derecho penal al símil chileno de estos principios, o sea, el “espíritu general de la legislación”, a la luz del cual, según prescribe el art. 24 Cc, hay que interpretar los pasajes oscuros o contradictorios de la ley en los casos en que no se puedan aplicar las correspondientes reglas de interpretación, pudiendo sí considerarse el mismo -igual que la costumbre- como una fuente mediata del Derecho penal en cuanto puede servir de base a la interpretación de la ley.

un criterio interpretativo, un significado de fuente de producción derivada del Derecho penal.

Además, el legislador no sólo produce Derecho mediante las leyes sino que también lo aplica, en concreto las normas de la Constitución Política que lo facultan dictar leyes, le indican el procedimiento para ello y le ponen ciertos límites en cuanto al contenido de que puede dotar a aquéllas, y por tanto el legislador y el juez producen y aplican Derecho, pudiendo así no ser aceptable el enfoque tradicional que ve tal producción y aplicación como funciones entre sí diferenciadas y confiadas a distintos órganos o poderes del Estado, sin desconocer, claro está, que la función del legislador de producir Derecho es preponderante respecto de aplicarlo mientras que en los jueces se da la situación inversa⁹³².

Para KELSEN, aunque en la decisión de los Tribunales de disponer pena para un delincuente la ciencia jurídica tradicional observa la aplicación del Derecho como una aplicación de normas jurídicas generales producidas por vía legislativa, los Tribunales aplican estas normas al dictar normas individuales que, determinadas en su contenido por las generales, estatuyen una sanción concreta, una pena. Desde la óptica de una consideración orientada a la dinámica del Derecho, la implantación de tal norma individual constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con el establecimiento de la Constitución Política, y que, pasando por la legislación, lleva a la sentencia judicial y de ésta a la ejecución de la sanción, es decir, se trata de

⁹³² Cfr. SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, op. cit., p. 267.

Para LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 578-579, cuando se dice que la jurisprudencia debe o no ser fuente del Derecho se formula un juicio de valor sobre la misión de los jueces en relación al progreso y reforma del Derecho, pero entonces se suele tomar la voz jurisprudencia en el sentido usual de uniformidad de las sentencias del TS olvidándose que también significa actividad judicial en general, actividad jurídica de los jueces, acto jurisdiccional, con lo que el problema de la jurisprudencia como fuente del Derecho experimenta una completa transformación, esto es, si como tal actividad jurídica nunca la jurisprudencia es una fuente de normas jurídicas generales sí lo es de normas jurídicas individuales, con independencia de su reconocimiento o no como fuente de Derecho cuando se la toma en su sentido de doctrina reiterada del TS, que es una norma general.

un proceso en el cual el Derecho se autorreproduce permanentemente, que va de lo general o abstracto a lo individual o concreto, un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido⁹³³. También, imponiéndose, por ejemplo, una condena, aparte de declarativa, la sentencia tiene un carácter constitutivo, porque el Tribunal no sólo descubre - o sea, determina la norma general aplicable- y formula el Derecho existente sino que, además, comprueba la validez de éste para ser de uso en el asunto a resolver y en tanto efectivamente lo aplica, establecida la fuerza del precepto legal respectivo por ajustarse su producción a la Constitución, crea, para el caso, una situación jurídica que antes del fallo no existía⁹³⁴. La norma individual que establece que debe dirigirse una sanción bien específica contra un individuo determinado, es recién creada por la sentencia judicial, no habiendo tenido validez anteriormente, y el error de no ver la resolución como una continuación del proceso de producción del Derecho sino que cumpliendo una función declarativa proviene del prejuicio de que aquél sólo está constituido por normas generales y de ignorar las normas jurídicas individuales⁹³⁵.

En concepto de LEGAZ Y LACAMBRA, el juez no es una máquina automática de subsumir ni un legislador, o sea, no es un creador de normas generales sino alguien que está sometido a la ley, la que debe aplicar a un caso concreto, pero, aún así, la misma ley, por muy estricta que sea y porque siempre posee una dosis de indeterminación, le deja siempre un margen de libertad, y por ello el juez cuando aplica una norma general crea una norma nueva que, pese a su carácter individual, aporta un *plus* al conjunto del Ordenamiento jurídico y tiene, frente a la relación individual que regula y a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor de exigibilidad del cual aparece revestida la norma general respecto de todos los

⁹³³ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 246.

⁹³⁴ Cfr. KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., pp. 247-248.

⁹³⁵ KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, op. cit., p. 248.

órganos jurisdiccionales a cargo de su ejecución y de todos los individuos que han de ajustar sus conductas a sus preceptos⁹³⁶. «La sentencia es fuente de Derecho (en cuanto crea una norma individual), por su misma esencia; el juez, así como no puede dejar de juzgar [...], no puede dejar de crear Derecho al juzgar, porque toda aplicación normativa es una creación. Pero si la jurisprudencia es fuente del Derecho en el sentido usual de la expresión, no lo es por ser jurisprudencia, sino por delegación de una norma general»⁹³⁷.

Tampoco puede desconocerse que la tarea de interpretación del juez alcanza mayor importancia cuanto menor es la diligencia del legislador en el proceso de elaboración de la ley, sobre todo si aquél hace dejación de su actividad o

⁹³⁶ Cfr. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 576-577. En este mismo sentido, CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 40.

⁹³⁷ LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho* op. cit., p. 579.

Niegan carácter fonticio a la jurisprudencia y por tanto que el juez cree Derecho al interpretar la ley, entre otros y a más de los ya señalados [vid. supra n. 681 in fine], LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 66: «La doctrina establecida en los tribunales en sus sentencias (jurisprudencia, como es costumbre llamarla entre nosotros), no es hoy en nuestro Derecho ni en los otros sistemas continentales o inspirados en ellos fuente autónoma de Derecho, al menos en teoría»; FIERRO, *Legalidad y retroactividad de las normas penales...*, op. cit., pp. 56-57: «Salvo que se participe de la corriente iusfilosófica de naturaleza realista [...], la jurisprudencia no crea derecho sino que lo aplica [...] no debe confundirse la interpretación sistemática y actual que realiza el juez, tratando de desentrañar no lo que quiso decir el legislador o lo que dice literalmente la palabra de la ley, sino lo que realmente quiere expresar la ley, como parte de un sistema en el cual se inserta, que es una cosa perfectamente admisible y, otra muy distinta es que el magistrado judicial cree derecho nuevo»; BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. *La Norma Jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 19: «en los países continentales [...] se suele entender que la jurisprudencia no es fuente formal del ordenamiento jurídico (se trata de sistemas normativistas basados en el principio de legalidad), sino que se limita a interpretar y aplicar la norma jurídica ya creada»; DE LA VEGA BENAYAS, *Introducción al Derecho Judicial*, op. cit., p. 120: «También es un tanto excesiva e innecesaria la discusión referida a la jurisprudencia como fuente formal. Todos los intentos por demostrar la tesis afirmativa constituyen verdaderos «tour de force», doctrinal y legalmente inanes, ingeniosos y forzados positivamente no convincentes. Y ello ocurre porque no puede soslayarse la terminante enumeración cerrada, no «ad exemplum», del [...] Código Civil: desde el punto de vista del Derecho positivo legal no hay más fuentes que la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. Formalmente, desde la normatividad positiva, la jurisprudencia no es fuente de Derecho»; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *La Eficacia Retroactiva de los Cambios Jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001, p. 16: «Que la jurisprudencia no es fuente del Derecho penal es algo que apenas si necesita ser señalado»; STRATENWERTH, *Derecho Penal: Parte general I...*, op. cit., p. 94: «Resulta más que dudoso que la actividad decisoria del juez pueda crear derecho en sentido estricto, es decir, que junto al derecho legal y al consuetudinario se ubique el derecho judicial. Ciertamente, cualquier ojeada a un comentario sobre el derecho vigente muestra que la aplicación de la ley nunca se produce mediante mera “subsunción”, sujeta solamente a las reglas de la lógica (tal como era la imagen ideal del siglo XVIII). Toda ley requiere interpretación, y la interpretación es un proceso creativo. Como se ha dicho, tampoco el derecho consuetudinario jurídico-penal puede subsistir sin reconocimiento judicial, pero, como derecho no escrito, estará sometido con mayor razón a diferentes interpretaciones. Sin embargo, de todo lo anterior no se infiere que el juez cumpla aquí una función distinta, precisamente, a la de interpretar el derecho que proviene de otra fuente, especialmente de la ley, es decir, la función de rellenar el marco que ésta fija».

es en ella poco prolijo⁹³⁸, pues, con un contexto así, naturalmente se genera un espacio en el que se hace evidente un permiso para la formulación de un Derecho judicial, con mayor razón aún si la ley se exterioriza a través de un lenguaje ambiguo. Aunque pueda representar una infracción clara al principio de legalidad y al de separación de poderes, el recurrir a esta práctica estaría permitido en aquellos supuestos en que el propio legislador duda sobre los alcances que pudiere tener su decisión, como ha pasado, por ejemplo, en el delito de tráfico de drogas, cuya conducta típica (artículo 368 párr. 1 CpE) se describe concisamente⁹³⁹, esto es, «Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (el comportamiento delictivo luego comprende «o las posean con aquellos fines» y la LO 5/2010, de 22 de junio, estableciendo menor pena para un supuesto, agrega un párrafo segundo facultando, salvo excepciones, imponer la pena inferior en grado atendido la escasa entidad del hecho y circunstancias personales del infractor).

El juez soluciona el conflicto aplicando la ley, e instaura una norma de eficacia limitada porque sólo para las partes en litigio crea Derecho, el cual no se aplica con carácter general para asuntos posteriores, pues quien sentencia no está jurídicamente obligado a adaptar su actuación a la resolución precedente, a diferencia de lo que acontece en la órbita anglosajona, cuya característica es que las decisiones judiciales son una fuente de Derecho o, al menos, se considera al conjunto de principios establecidos por la jurisprudencia como una serie importante de principios del Derecho consuetudinario, que la jurisprudencia ha confirmado poco a

⁹³⁸ En Chile, un ejemplo lo da el art. 1 n° 4 de la L 19.950 (DO 05/06/2004), que en el Cp instaura un art. 494 bis puniendo la falta de hurto tanto consumada como frustrada o tentada pero sin indicar cuál es la pena en los dos últimos casos ya que la norma sólo expresa, en su inciso 1, que «Los autores de hurto serán castigados con prisión en su grado mínimo a medio y multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales, si el valor de la cosa hurtada no pasare de media unidad tributaria mensual» y, en su inciso 4 y final, que «Se sancionará también la falta frustrada y la tentativa, conforme a las definiciones del artículo 7°».

⁹³⁹ Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva...*, *op. cit.*, pp. 64-65.

poco⁹⁴⁰. Es decir, en un sistema continental, la jurisprudencia no sería considerable como una fuente de Derecho pero tampoco se puede ignorar que la actividad jurisdiccional, en lo real, efectivamente puede crear aquél. Así, para RODRÍGUEZ MOURULLO, «la doctrina jurisprudencial llega a constituir una superestructura que recubre la ley, y en muchas ocasiones lo que en verdad se aplica en la práctica no es ya la ley, sino su interpretación jurisprudencial»⁹⁴¹, o como señala CARBONELL MATEU, la jurisprudencia es fuente del Derecho penal a efectos de la interpretación ya que de lo contrario «es tan absurdo como pretender que no existan criterios uniformes de interpretación del Derecho penal. Y, además, conduciría a la injusticia como patrón»⁹⁴². Es impensable reducir al juez a mero aplicador de ley, ello sería prácticamente ver su sentencia como un mero silogismo, en el que la premisa mayor estaría representada por la *norma general*, que es la ley, la premisa menor por la constatación de los *hechos relevantes jurídicamente calificados*, y la conclusión por el *fallo*, visión la descrita, por lo demás, que sería errada, porque la norma individualizada de la sentencia aporta algo nuevo, cual es la calificación y determinación individual, que se refiere a uno o más sujetos determinados, menciona derechos concretos, plazos singulares, etc., o sea, una singularización que no está ni puede estar especificada en la norma general, la que usa conceptos genéricos, por ejemplo, deudor, comprador, vendedor, etc.⁹⁴³.

⁹⁴⁰ Cfr. CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, *op. cit.*, pp. 39-40.

⁹⁴¹ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª reimpresión 1978. Madrid: Civitas, 1978, p. 72.

⁹⁴² CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁴³ RICASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa, 1997, pp. 195-196.

En cuanto a críticas a la sentencia como silogismo, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas: Una aproximación desde la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy”. En: VV.AA. OBANDO CABEZAS, Arístides (Compilador). *Problemas de Filosofía del Derecho: Hermenéutica y Argumentación*. Santiago de Cali: Universidad Libre, 2005, pp. 48-82, pp. 69-70, señala, entre otras, que determinar la premisa mayor conlleva una interpretación, cuestión que implica una decisión, algo que está más allá de la lógica, y los hechos ocurridos en la realidad no se expresan por ellos mismos, por lo que el problema fundamental respecto de la premisa menor es el de calificar jurídicamente los hechos reales más que de deducción, además que decidir no es deducir pues el acto de voluntad del juez cuyo sentido es la conclusión no puede estar implícito en el acto de voluntad cuyo sentido es la premisa mayor porque éste emana de otra persona, que es el legislador.

Con lo dicho, sería de estimar que por lo menos existe una dependencia recíproca que da lugar, en algún momento, a una mayor preponderancia de la ley por sobre la creación judicial y viceversa. El juez es esencialmente una pieza integrante del Orden jurídico positivo, y que hace que éste pueda funcionar, que alcance su cabal sentido y logre eficacia, pues las leyes no actúan por sí mismas sino que requieren, llegado el caso, de la función jurisdiccional⁹⁴⁴. Quien juzga encaja los términos relativamente generales y abstractos de la ley en lo particular y concreto de la existencia vital humana o realidades sociales a cuyo interior la norma jurídica está llamada a ser realizada o hacerse efectiva, expuesto con otras palabras, «para cumplir o para imponer una ley [...] es ineludiblemente necesario convertir la regla general en una norma individualizada, transformar los términos abstractos y genéricos en preceptos concretos y singulares [...] lo que se llama la interpretación del Derecho»⁹⁴⁵. Como indica D'ORS PÉREZ-PEIX, «para cada conflicto concreto, para cada caso, es el juez quien debe decir lo que es derecho: es el *iu-dex* quien *ius-dicit* [...] Los usos sociales que la sociedad no juzga por el trámite judicial, sino de manera espontánea y desorganizada, no tienen carácter jurídico. Así, donde no pueden intervenir los jueces, no hay tampoco derecho. De ahí que podamos definir el derecho como “aquello que aprueban los jueces” [...] Las sentencias que formulan el derecho para cada caso, sirven de poderoso precedente para el momento en que casos similares vuelvan a presentarse»⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ Cfr. RICASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., p. 204.

⁹⁴⁵ Cfr. RICASÉNS SICHES, *Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., pp. 210-211.

⁹⁴⁶ D'ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro. *Una Introducción al Estudio del Derecho*. 2ª ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (Universidad Católica de Valparaíso-Chile), 1976, pp. 23-24.

Acerca de qué es el Derecho, señala ARJONA SEBASTIÁ, César. “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes”. En: *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*. Estudio preliminar y traducción ARJONA SEBASTIÁ, César. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2006, pp. 11-45, p. 29, el juez HOLMES (HOLMES, Oliver Wendell. “The Path of the Law”, 1897: 20-21) dice que «[...] ciertos autores os dirán que es algo distinto de lo que deciden los Tribunales [...], que es un sistema de la razón, que es deducción a partir de principios de ética o axiomas universalmente aceptados, o cosa parecida, que puede o no coincidir con las sentencias judiciales. Pero si adoptamos el punto de vista de nuestro amigo el mal hombre, veremos que a éste le importan un bledo los axiomas o deducciones, pero que en cambio le interesa saber qué es lo que en efecto han de resolver probablemente los tribunales [...]. Yo opino de manera bastante parecida. Yo entiendo por “Derecho” las profecías acerca de los que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos».

Lógicamente, para todo juez continental es razonable solucionar asuntos semejantes mediante una misma respuesta normativa, es decir, igual ley e interpretación de ésta. Según refiere FIKENTSCHER, en el *case law*, el magistrado resuelve conforme a una *regla*, la que encuentra en un caso decidido antes, o en un precedente, o que él mismo forma a falta de un precedente adecuado, ocupando al respecto el primer plano la “justicia objetiva”, por lo cual la regla, una vez formada por el Tribunal y convertida en *ratio decidendi* de una sentencia, tiene, por el principio de “justicia igual”, el carácter de pauta de resolución para todos los asuntos que son similares, y de ahí la fuerza vinculante de los “precedentes”⁹⁴⁷. Así, el juez continental no actuaría en el fondo de manera distinta que un anglosajón, pues los casos similares los resuelve de inmediato según la ley, cuando ésta está concebida tan precisamente que se puede sin más subsumir bajo ella, y soluciona los restantes formando él la “norma”, apoyándose por cierto en la ley, pero, a su vez, teniendo en vista, a través del Derecho, la justicia⁹⁴⁸.

Pese a que el razonamiento en el sistema del *common law* es *inductivo*, elaborándose el derecho caso a caso, en cada decisión, y en el *continental* es *deductivo*, o sea, a partir de una norma general y abstracta se alcanza la solución para el asunto presentado, ambos sistemas muestran sus rasgos distintivos muy morigerados y al punto de haberse atenuado bastante sus diferencias, más aún que en el ámbito anglosajón, todavía siendo el precedente judicial importante en cuanto fuente de su creación, la fuente principal del Derecho, al presente, la constituyen las leyes (*Acts*) emanadas

⁹⁴⁷ Así FIKENTSCHER, Wolfgang. “Métodos del Derecho en exposición comparada”, t. II, 1975, p. 143 ss., citado por LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 487.

⁹⁴⁸ Así FIKENTSCHER, Wolfgang. “Métodos del Derecho en exposición comparada”, t. IV, 1977, p. 189, citado por LARENZ, *ibid.*

Es interesante la referencia a la justicia, ya que, como dice GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 83, «Evidentemente es la justicia lo que persigue el legislador al establecer el Derecho. Y es también la justicia uno de los fines objetivos de la norma jurídica». Asimismo, hay detractores, p. ej., COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 800, estiman que «La realización de la Justicia es un cometido de la Moral, no del Derecho. Este debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los ciudadanos del modo menos gravoso posible para sus derechos y libertades».

del Parlamento (v. gr., *Sale of goods Act* (1979), *Merchant Shipping Act* (1988), *The Access to Justice Act* [1999]), las que contienen materias que, en la terminología inglesa, corresponden justamente a las leyes escritas (o formalmente aprobadas), en oposición a las no escritas o precedente judicial. Debiendo sentenciar, el juez inglés no está en situación diversa a la de un magistrado continental, aquél para decidir, igual que éste, utiliza como sustrato jurídico un texto escrito, un Código. Y por el contrario, en el sistema normativista cada vez más se respetan las sentencias de los Tribunales superiores, pues, sin el grado de vinculación sí que tiene el precedente, no faltan sino que proliferan las colecciones de tales resoluciones (v. gr., *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, *Gaceta Jurídica*, *Revista Jurídica*, etc.), esto es, al jurista continental no le es posible comprender la actuación de su Derecho sin referencias constantes a las colecciones de jurisprudencia publicadas periódicamente⁹⁴⁹.

Ahora, si de hecho siempre los Tribunales superiores resolvieran los casos semejantes haciendo aplicación de la misma disposición legal o interpretando ésta en idéntico sentido, esas actuaciones originarían principios generales a efectos de interpretar y aplicar las normas jurídicas⁹⁵⁰ e indudablemente, así las cosas, habría que reconocer a la jurisprudencia ser fuente del Derecho, conclusión que no decae ni aún en mérito de estar desprovisto cada fallo del carácter general y abstracto propio de la ley por cuanto el obrar descrito da cuenta, por sí y en su conjunto, de un sólo y mismo Derecho para cualquiera a quien finalmente atañe el suceso que faculta la aplicación de la ley, dicho de otra forma, el Derecho impuesto a través de cada sentencia -norma individual- está revestido de la misma generalidad y abstracción que

⁹⁴⁹ Cfr. MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: Especial referencia a la freezing o mareva injunction”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIII, diciembre 2002, pp. 207-223, p. 208. (A. en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v13/art13.pdf> [visitado el 30/09/2007]).

⁹⁵⁰ PACHECO GÓMEZ, *Teoría del Derecho*, op. cit., p. 359.

identifica a la ley -norma general-⁹⁵¹. En fin, labor “creadora” [vid. *supra* n. 780] de los jueces a través de sus sentencias ciertamente es muy factible si la ley presenta lagunas, o es difusa, confusa, está en contradicción con otra, etc., más todavía que en tales eventos no procede esperar, incluso en silencio de ley, que el Tribunal se abstenga de pronunciamiento pues ello lo impide la plenitud hermética del Ordenamiento jurídico positivo, el llamado principio de *inexcusabilidad*⁹⁵².

⁹⁵¹ Para PACHECO GÓMEZ, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, pp. 358-361, la jurisprudencia es fuente formal de Derecho si se entiende aquella como normas jurídicas individuales emanadas de las sentencias pronunciadas por los Tribunales de justicia, y tiene también el carácter de fuente material si se le entiende como conjunto de principios generales emanados de los fallos uniformes de los Tribunales de justicia para la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En opinión de SQUELLA NARDUCCI, *Introducción al Derecho*, *op. cit.*, p. 269, el art. 3 inc. 2 del CcCh ratifica en cierto modo que la jurisprudencia es fuente formal del Derecho pues al decir que las sentencias judiciales son obligatorias respecto de las causas en que se pronuncian, si bien priva a los fallos judiciales de obligatoriedad general, a la vez, admite que respecto de esas causas las sentencias sí tienen fuerza obligatoria, lo cual viene a confirmar el carácter normativo o constitutivo que tiene siempre la sentencia judicial en relación al caso en que se pronuncia; la norma civil sólo priva a la jurisprudencia del carácter de fuente formal, pero sólo en el significado de la palabra “jurisprudencia” asociada a la labor que cumplen los Tribunales, ninguno de los cuales se obliga por sus resoluciones anteriores.

⁹⁵² P. ej., en Chile, art. 10 Cot: «Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión».

2.6. *Jurisprudencia y conceptos jurídicos indeterminados*

Si ya genera dificultad un texto legal cuya letra o tenor literal es aparentemente “claro”, el juez halla más y mayores problemas si el concepto de la ley es indeterminado, o sea, «un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto»⁹⁵³ o una «pauta que precisa ser llenada de contenido»⁹⁵⁴.

Siguiendo a ENGISCH, es poco frecuente encontrar dentro del Ordenamiento jurídico conceptos absolutamente determinados, debiendo, no obstante, contarse entre éstos los conceptos numéricos que se utilizan en el Derecho, en especial aquellos que están vinculados con los conceptos de medida, tiempo y dinero (v. gr., 60 kilómetros, plazo de 48 horas, 100 euros), siendo la mayoría de los conceptos jurídicos, parcialmente al menos, indeterminados, como algunos conceptos naturales que la misma legislación adopta, tales como “ruido”, “peligro”, “cosa”, lo que es aplicable aún en mayor medida a conceptos jurídicos propiamente dichos, como ser “asesinato”, “antijuridicidad”, “crimen”, “acto administrativo”, etc⁹⁵⁵.

En torno a los conceptos indeterminados se puede distinguir un “campo conceptual” y un “núcleo conceptual”. Cuando se quiere conocer claramente el contenido y alcance de los conceptos se actúa con “núcleos conceptuales”. Por ejemplo, no hay confusión en que inmuebles, muebles y un tarro de alimentos son “cosas”, pero distinto es si se trata de la electricidad o de una estela de humo (publicidad aérea) en el cielo. Tampoco hay duda que después del nacimiento de un hijo de padres humanos existe una “persona” en el sentido jurídico, pero no es fácil saber si durante el parto, cuando comienzan

⁹⁵³ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 130.

⁹⁵⁴ Así LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, op. cit., p. 292, y con ocasión de referir la potestad discrecional de la administración frente a este tipo de conceptos jurídicos.

⁹⁵⁵ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 130.

los dolores de éste, existe un “hombre” y no un “feto”, respondiendo a ello el Derecho civil que hay una persona “jurídicamente capaz” después que ha tenido lugar el nacimiento y el Derecho penal que ya durante el nacimiento hay una “persona”, la que puede ser objeto de asesinato o muerte culposa, sólo que a partir de qué momento efectivamente aquélla es tal no puede ser determinado certeramente. Asimismo, los conceptos indeterminados pueden presentarse tanto en los “supuestos de hecho” de la proposición jurídica como dentro de la “consecuencia jurídica”⁹⁵⁶.

Muchos conceptos indeterminados son “conceptos normativos”, los que se colocan frente a los conceptos “descriptivos” o que hacen referencia “descriptiva” a objetos reales o seudorreales, que son fundamentalmente perceptibles y de alguna manera objeto de la experiencia, como ser “hombre”, “intención”, “velocidad”, pudiéndose advertir que pueden ser indeterminados algunos conceptos descriptivos, lo que no significa que todos los conceptos indeterminados son normativos al mismo tiempo⁹⁵⁷.

En gran medida, los conceptos normativos suelen ser indeterminados y dan, por tanto, muchos ejemplos significativos de indeterminación y de la inseguridad y relativa libertad existente en la aplicación de la ley. Pero, la idea de “concepto normativo” no es unívoca, pues, si piensa en que cada “concepto jurídico” es un componente de una norma jurídica y que a través de ella recibe sentido y contenido, tendría verdaderamente que considerarse como “normativo” a todo concepto jurídico (y dentro del “supuesto de hecho legal”, a toda característica del supuesto de hecho) y, así, los “conceptos descriptivos” serían en realidad conceptos “normativos”, porque conceptos como “persona”, “muerte”, “oscuridad”, en cuanto conceptos jurídicos,

⁹⁵⁶ Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., pp. 130-131.

⁹⁵⁷ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 131.

tienen una significación peculiar, perfectamente distinguible de la que poseen los correspondientes conceptos biológicos, teológicos o físicos⁹⁵⁸.

Por eso, al hablar de conceptos normativos, a diferencia de los descriptivos, hay que referirse a algo específico y diferente de la simple pertenencia al sistema de las normas jurídicas, o bien a las características de los supuestos de hecho. Así, se destacan dos diferentes conceptos de lo “normativo” para, finalmente, dar preferencia sólo a uno de ellos. Primeramente, «se puede entender por conceptos jurídicos «normativos» aquellos que en oposición a los conceptos descriptivos apuntan a datos que no son simplemente perceptibles o experimentables, sino sólo ser imaginados y comprendidos en conexión con el mundo de las normas»⁹⁵⁹.

Los conceptos descriptivos, por ejemplo, “persona” y “muerte”, pueden imaginarse como simples conceptos de la experiencia, pese a contener alguna referencia al valor, es decir, aun cuando su contenido y alcance estén determinados por las normas jurídicas, en cambio, el que una cosa sea “ajena” y, por lo mismo, susceptible de un hurto, o de una apropiación indebida o de un daño objetivo, significa que “pertenece” a alguien distinto que el autor, lo que presupone, lógicamente, el orden de la propiedad, tal como está expresado en el Código civil, como un complejo normativo, o sea, no es imaginable que una cosa es “ajena” sin pensar al mismo tiempo en las normas sobre propiedad⁹⁶⁰.

También tienen un sentido de contenido normativo, y no sólo de relación valorativa, conceptos jurídicos como “matrimonio”, “embarazo”, “funcionario”, “menor de edad”, “inmoral” y otros similares, que, en conjunto, reafirman su contenido de sentido en alguna norma, ésta procedente

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., pp. 131-132.

⁹⁶⁰ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 132.

del Derecho, de la moral o algún otro campo de la cultura, pero esto no significa que estos conceptos jurídicos normativos tengan que ser absolutamente indeterminados, pues conceptos como “matrimonio” y “menor de edad” son relativamente determinados, ya que los presupuestos de su aplicación se describen de forma bastante exacta, existiendo todavía la posibilidad de definir los mismos a través de características descriptivas, por ejemplo, declarar “menor de edad” a aquel que no ha cumplido los 18 años⁹⁶¹.

Mas, la verdadera significación de lo “normativo”, que es la segunda y preferible significación de lo normativo en sentido estricto, se encuentra en que siempre se necesita una valoración para poder aplicar un concepto normativo al caso concreto. Por medio de conceptos descriptivos es posible comprobar si alguien es casado o es menor de edad pero sólo sobre la base de una valoración es posible decidir si una convicción es “deshonesta”, o un motivo “vil”, o un escrito “inmoral”, o una representación es “blasfema”. A los conceptos normativos de este tipo se les llama “conceptos que necesitan un contenido valorativo”, lo cual quiere decir que el volumen normativo de estos conceptos tiene que ser llenado, con valoraciones en cada caso, debiendo para quien aplica el Derecho indicar el término “valoración” tanto la propia o individual como la de la “generalidad” o de una “clase dirigente” dadas de antemano, pues así no se sujeta la valoración a una indeterminación que haría aparecer a los conceptos normativos como una clase especial de los conceptos indeterminados⁹⁶².

Para COING, son conceptos jurídicos indeterminados los *conceptos esenciales basados en valores morales* (conceptos de valores) y, a su vez, los *conceptos esenciales basados en la esencia de fenómenos típicos de la vida*

⁹⁶¹ ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., pp. 132-133.

⁹⁶² Cfr. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, op. cit., p. 133.

social que están penetrados por elementos valorativos (conceptos fenoménicos), categorías que se corresponden con lo que denomina y concibe ENGISCH como “conceptos jurídicos normativos que necesitan un contenido valorativo” y “conceptos jurídicos normativos o de contenido normativo” (que no siempre son indeterminados), respectivamente. En efecto, según COING, hay que diferenciar entre *conceptos generales empíricos*, que se basan en la forma fenoménica común a muchos objetos, no contemplada en su esencia, y *conceptos esenciales*, que apresan y reproducen la esencia del objeto considerado y, así, “hombre”, en el § 1 del Cc alemán, está usado como concepto empírico general mientras que “lealtad y confianza”, en el § 242 del mismo Código, está usado como concepto esencial⁹⁶³. Dentro de los conceptos esenciales, y según el tipo de objeto considerado, se distinguen *conceptos esenciales basados en valores morales* (conceptos de valores), como lealtad y confianza, seguridad jurídica, y *conceptos esenciales basados en la esencia de fenómenos típicos de la vida social que están penetrados por elementos valorativos* (conceptos fenoménicos), como “propiedad privada” en el Derecho constitucional, posesión, persona. Además, en razón del tipo de objeto considerado, también se distinguen *conceptos empíricos generales de objetos y hechos importante en la vida social*, por ejemplo, predio, casa, árbol, etc., y *conceptos empíricos generales de tipo técnico-jurídico* (conceptos de ordenación), por ejemplo, sujeto de Derecho, objeto jurídico, etc., siendo posible, incluso, que un concepto que originariamente designó un hecho social acabe después como concepto técnico, lo que se ejemplifica con la *negotium gestio* o gestión de negocios. Los conceptos de valor tienen un contenido normativo y pueden fundar una decisión pero no se llega a ésta por un proceso de subsunción lógica sino mediante una descripción de valores y, por ello, el contenido normativo se descubre respondiendo a la pregunta acerca del comportamiento exigido en una situación dada, o sea, para descubrir las exigencias de un concepto, por ejemplo, “lealtad” o “buena fe”,

⁹⁶³ COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 276.

hay que atender a determinadas situaciones típicas, como la negociación de un contrato, etc. y, a la inversa, se puede describir también el comportamiento que contradice esos valores, estableciendo un catálogo de las acciones que concuerdan con ellos como otro con las que no y, de esta manera, llegar a un conjunto de reglas sobre la buena fe o sobre el dolo, respectivamente, mostrándose aquí la importancia del método casuístico. Es decir, si el concepto valorativo lo es propiamente de un antivalor, como la “deshonestidad”, hay que partir de ese antivalor⁹⁶⁴. «El concepto ético así analizado puede ser fundamento de la decisión. Un comportamiento en contradicción con él puede ser valorado como antijurídico»⁹⁶⁵. Parecido sucede con los conceptos fenoménicos pues de éstos se puede y debe también obtener consecuencias capaces de fundamentar decisiones y, así, si se tratara por ejemplo de procesos de separación, a la “esencia del matrimonio” tiene que apelar constantemente el juez. Estos conceptos se basan en fenómenos históricos típicos de la vida social y deben subsiguientemente determinarse, ante todo, mediante investigaciones histórico-sociológicas, en cambio, los conceptos empíricos generales que utiliza la ley, como elemento del hecho jurídico, poseen un valor limitativo y no tienen valor normativo, mostrando la investigación del hecho jurídico que la subsunción bajo conceptos generales tiene sólo una función preparatoria y que la decisión realmente depende de la esencia del hecho de que se trate, es decir, lo importante es averiguar si la situación pensada se ha presentado o no, siendo válida la misma reflexión acerca de los conceptos jurídicos técnicos⁹⁶⁶. En relación con las categorías de ENGISCH, para COING, en general, los conceptos “generales empíricos” corresponderían a los conceptos jurídicos “descriptivos” y los “esenciales” a los conceptos jurídicos “normativos”, pero esta identificación no es absoluta ya que lo que COING concibe como *concepto esencial basado en la esencia de fenómenos típicos de la vida social que están penetrados de valor*, como

⁹⁶⁴ Vid. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 277.

⁹⁶⁵ COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 278.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

son los términos “persona” y “matrimonio”, y como *concepto empírico general de objetos y hechos importantes en la vida social*, como es el término “árbol”, para ENGISCH se trata de términos que son, respectivamente, un concepto jurídico *descriptivo*, uno *normativo* -que es relativamente determinado-, y un simple *concepto jurídico* (de concepto *natural* adoptado por el Derecho) que, además, no puede decirse que sea un concepto jurídico propiamente dicho. A su vez, COING introduce un elemento de incertidumbre bastante considerable que no tiene mucha justificación si se trata de un concepto normativo de no plena indeterminación, como sería el caso, por ejemplo, del concepto “matrimonio”, el que aparece definido en la misma legislación⁹⁶⁷ y que no cuesta entonces precisar lo en su contenido de forma y de fondo y, con ello, en cuanto a su alcance.

Por su parte, para JESCHECK y WEIGEND, las cualidades o elementos descriptivos del tipo (v. gr., persona, matar) posibilitan una vinculación del juez con la ley relativamente estrecha pues, acá, el sentido material se deduce directamente de la observación, de la experiencia de la vida o de otros criterios exteriores ya fijados, mientras que los elementos normativos del tipo (v. gr., móviles abyectos⁹⁶⁸) otorgan una gran libertad al juez porque requieren de una valoración que complete su contenido y les permita ser aplicados. Aquí, la vinculación del juez a la ley consiste en que el legislador no admite una valoración personalísima sino que parte de la existencia de valores ético-sociales generales a los que el juez se halla sometido. Sin embargo, no hay un contraste nítido entre conceptos descriptivos y normativos porque algunos de aquéllos necesitan de interpretación en casos dudosos y algunos de éstos muestran aspectos centrales empíricos hallándose

⁹⁶⁷ Art. 102 CcCh: «El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente». Por su lado, el art. 44 del CcE, habiendo ya dispuesto en su párr. 1 que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código», establece en su párr. 2° (L 13/2005, de 1 de julio) que: «El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

⁹⁶⁸ Actualmente, conforme prescribe el § 211.2 StGB, “motivos bajos”.

en la frontera de ambos grupos de conceptos, como, por ejemplo, el concepto de violencia⁹⁶⁹. Así, matar⁹⁷⁰ es un concepto descriptivo que puede convertirse en dudoso⁹⁷¹ en caso de una eutanasia omisiva⁹⁷², y el motivo bajo (antes móvil abyecto) del asesinato es un elemento normativo que, conforme con una valoración ética *general*, se puede captar como un comportamiento situado en un nivel más bajo, pero, con el empleo de cualidades típicas normativas, el legislador, incluso en Derecho penal, ha llegado a introducir “conceptos jurídicos indeterminados” (v. gr.,

⁹⁶⁹ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 138-139.

Este concepto de violencia corresponde al de “constreñimiento” en el § 240.1 StGB: «Constreñimiento [...] Quien constriña a una persona antijurídicamente con violencia o por medio de amenaza con un mal considerable, a una acción, tolerancia u omisión, será castigado con pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa» (otras normas semejantes, p. ej., art. 172.1 CpE: «El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados [párr. 1]. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código [párr. 2]»; art. 494 n° 16 CpCh: «Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: [...] El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera»).

⁹⁷⁰ P. ej., StGB: § 211: «Asesinato (1) El asesino se castigará con pena privativa de la libertad de por vida. (2) Asesino es quien por placer de matar, para satisfacer el instinto sexual, por codicia, o de otra manera por motivos bajos, con alevosía, o cruelmente, o con medios que constituyen un peligro público, o para facilitar otro hecho o para encubrirlo, mata a un ser humano»; § 212: «Homicidio (1) Quien mata a un ser humano sin ser asesino será condenado como homicida con pena privativa de la libertad no inferior a cinco años. (2) En casos especialmente graves se reconocerá pena privativa de la libertad de por vida; CpE: art. 138: «El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años», art. 139: «Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Con alevosía. 2.ª Por precio, recompensa o promesa. 3.ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido»; CpCh: art. 390, inc. 1: «El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado», art. 391: «El que mate a otro y no esté comprendido en el artículo anterior, será penado: 1° Con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo, si ejecutare el homicidio con alguna de las circunstancias siguientes: Primera. Con alevosía. Segunda. Por premio o promesa remuneratoria. Tercera. Por medio de veneno. Cuarta. Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido. Quinta. Con premeditación conocida. 2° Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio en cualquier otro caso».

⁹⁷¹ En opinión de COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. I, op. cit., p. 568, los tipos penales descriptivos que contienen conceptos necesitados de interpretación, porque la descripción que realizan no es más que una definición imperfecta, dando así sólo pautas generales o ideas que sirven para afinar y concretar con precisión el contenido de la voluntad de la ley, y como es el caso, por ejemplo, de conceptos como “documento público”, “ofensa al pudor”, etc., no pierden su carácter de descriptivos, aunque requieran de un razonamiento lógico-jurídico e, incluso, una confrontación de normas, ya que aquí se está indagando en el contenido mismo del tipo, en su voluntad, y para poder establecerla es básico conocer el objeto de la prohibición.

⁹⁷² El § 216.1 StGB sanciona, puniendo también su tentativa, el “homicidio a petición”.

reprochabilidad⁹⁷³), casos fronterizos en que el legislador se remite a criterios imprecisos extrajurídicos en los que la exigencia de vinculación a la ley del juez sólo se defiende si la valoración se puede realizar de acuerdo a los conceptos *axiológicos* de la colectividad y si el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados pueden ser concretados a través de la interpretación⁹⁷⁴.

Esencial, concluyentemente, resulta la interpretación del juez, debiendo sí tenerse presente, como destaca ZAGREBELSKY, que las posibilidades de interpretación dependen del legislador, de la actitud de éste y, por lo mismo, la discrecionalidad que tiene el intérprete para reconducir a la ley las exigencias de regulación que muestra el caso no depende sólo de los métodos de interpretación y de su número sino que también de la estructura de la propia ley, habiendo ocasiones en que tal estructura no presenta resistencia a ser interpretada conforme con una exigencia “casuística”, lo que ocurre con normas “abiertas” o “elásticas”, no así cuando se utilizan expresiones como

⁹⁷³ Así el § 240.2 StGB: «El hecho es antijurídico cuando la utilización de la violencia o la amenaza del mal para el fin perseguido se considere como reprochable».

⁹⁷⁴ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 139.

En el mismo sentido, BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, op. cit., pp. 226-227, indica que los *elementos descriptivos* son aquellos que el autor puede *conocer y comprender* predominantemente a través de sus sentidos, esto es, puede verlos, tocarlos, oírlos, etc. (v. gr., la cosa mueble en el hurto [art. 234 CpE]), y los *normativos* son aquellos en los que predomina una valoración y, por lo mismo, no pueden ser percibidos por los sentidos y no se exige su conocimiento de manera técnico-jurídica (v. gr., documento [art. 390 y ss. CpE]), pudiendo a veces requerirse una valoración empírico-cultural de su autor (v. gr., el carácter “obsceno” de la exhibición [art. 185 CpE]). O sea, tratándose de elementos normativos, el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en que actúa y tal valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad y, por ello, los márgenes de error son muy amplios como considerablemente complejos los problemas que de allí se pueden derivar. Pero, la distinción no es absoluta pues hay casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa por lo que lo decisivo para determinar la naturaleza de un elemento es cuál es su aspecto preponderante. Igualmente, no siempre son susceptibles de subsumir bajo una definición los elementos normativos y, por ende, la motivación de la sentencia debe adoptar ciertas particularidades que son consecuencia de la estructura conceptual de los mismos. Si el Ordenamiento prefiere la construcción de conceptos fácticos, la actividad judicial deviene en puramente intelectual, o sea, en una comprobación y subsunción de hechos y, en estos casos, las decisiones judiciales toman parte de la calculabilidad y objetividad de las conclusiones lógicas a contrario de lo que sucede con los elementos normativos ya que éstos demandan un juicio judicial de valor y no una comprobación de hechos, siendo ejemplo claro de estos elementos, entre otros y en el CpE, la cantidad de “notoria importancia” de droga en el artículo 369.1.5^a [antes 6^a y previamente 3^a], la “especial gravedad” del daño en el artículo 250.1.4^o [antes 6^o] («El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de un año a seis años y multa de seis a doce meses, cuando: [...] Revista especial gravedad, atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia»).

“buenas costumbres”, “interés público”, etc., en que el legislador declara su incapacidad para prever la aplicación concreta y autoriza de manera expresa que los casos y sus exigencias obtengan reconocimiento⁹⁷⁵. Pero obviamente el juez, no obstante su conciencia jurídica formal, esto es, una obediencia al Derecho profundamente arraigada en su espíritu como actitud moral y profesional, por su conciencia jurídica material, que dice relación con ver a la ley habitualmente como una manifestación de los ideales, actitudes, *standards* o valores que constituyen la tradición cultural, va a comprender e interpretar la ley, en la medida de lo posible, con miras a que su resolución sea aceptada no sólo como “correcta” sino también como “ajusta” o “socialmente deseable”⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*. Traducción de GASCÓN, Marina. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 136.

⁹⁷⁶ Cfr. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 174. Es más, indica ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia, op. cit.*, p. 175, se puede afirmar que la administración de justicia es el resultado de la convergencia de la conciencia jurídica formal con la conciencia jurídica material y la decisión a que se arriba está determinada por el efecto combinado de la interpretación cognoscitiva de la ley y de la actitud valorativa de la conciencia jurídica, siendo erróneo limitar la actividad valorativa a aquellas ocasiones, relativamente raras, en que ella se manifiesta como desviación del resultado a que llevaría una interpretación meramente cognoscitiva de la ley, es decir, la conciencia jurídica material está presente en todas las decisiones y, entonces, si el juez la mayor parte de veces decide dentro del campo de la interpretación cognoscitiva ello significa simplemente que, en su conciencia jurídica, considera posible aprobar su decisión o bien no la halla incompatible con lo “justo” o “socialmente deseable”.

Para SEPÚLVEDA OSSES, Jaime. “Consideraciones para un planteamiento integral del problema de las lagunas jurídicas en el Ordenamiento jurídico”. *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, 1975/1976, Santiago de Chile: Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile, pp. 35-49, pp. 45-46, el juez, apoyado en su recta razón, si considera injusto el precepto ofrecido como aplicable, debe primero, conforme a las reglas de interpretación, examinar acabadamente la norma para cerciorarse, sin duda, que es la regla aplicable y que ese, el que él rechaza, es ciertamente su sentido y alcance inequívocos, y luego, persistiendo la contradicción valorativa, debe comparar la solución injusta de la norma con el espíritu decisorio que anima a la institución jurídica en que esa disposición está comprendida pudiendo, aquí, darse tres alternativas: que el espíritu de la institución confirme su criterio, dejando manifiesto que se trata de un precepto aislado que contiene una solución injusta; que la solución de la norma corresponde al espíritu de la institución; y que la regla no corresponde a un cuerpo o institución legal orgánica y sistemática en la cual insertarla de manera confiable. Presentándose alguna de las dos últimas posibilidades, el juez tiene que recurrir, examinándolo, al espíritu general del sistema positivo, que se encuentra consagrado a través de normas de objetiva constatación, debiendo, si el análisis respectivo apoya como acertada su estimación, calificar el precepto como injusto y obrar en consecuencia, mientras que, apelando siempre al espíritu de justicia que el Ordenamiento como un todo traduce, si verifica que la norma que él resiste es consonante con esa concepción valorativa, o sea, que la voluntad del legislador, vertida en la integridad del sistema positivo, concuerda con la solución que el juez estima injusta, debe éste, aceptando como errada su concepción de lo justo en el asunto particular, hacer primar dicha voluntad y aplicar el precepto de que se trata, salvo que el mismo vulnere inequívocamente los derechos fundamentales de la persona humana.

2.7. La Racionalidad de la decisión Judicial

Es difícil que un juez pase por encima o prescinda de las concepciones y aspiraciones sociales imperantes al tiempo de fallar pues, si así fuere, su alejamiento del ideario colectivo arriesga para su sentencia la reprobación o el descrédito y, por el contrario, adscribiendo de alguna forma al “espíritu” social asegura, o augura a lo menos, aceptación y tolerancia al efecto material que surge como consecuencia de lo resuelto (v. gr., libertad del acusado). Mas, independientemente de los reales anhelos de la población, tampoco obtendría aceptación social una sentencia cuya decisión, objetivamente hablando, no aparece como razonable, esto es, la resolución no está motivada, o sea, no justifica⁹⁷⁷ por qué se dictaminó como se hizo⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ Y no cabría omitir pues, como dice KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica...*, *op. cit.*, p. 160, «El derecho y la actividad jurídica, cualquiera sea, son (o por lo menos deben ser) racionales. Por eso es que toda norma jurídica y toda proposición sostenidas por el jurista, en cuanto tal, deben ser racionalmente justificadas. [...] hay sólo dos medios de justificar racionalmente una proposición, pertenezca a cualquier disciplina y cualquiera sea por consecuencia su naturaleza: mostrar su evidencia, empírica o analítica, según el caso, o probarla por medio de tal o cual raciocinio. El jurista no procede de otro modo». O, como señala CALVO GARCÍA, *Teoría del Derecho*, *op. cit.*, p. 172, justificar una decisión es aducir razones, tratar de fundamentar los criterios que la hacen aceptable, y aunque principios como la sumisión de los poderes públicos a la ley y al Derecho o a los más específicos de seguridad jurídicas o de interdicción de la arbitrariedad exigen que la decisión jurídica sea siempre ajustada a Derecho y justificada en todo caso, la justificación se hace imprescindible, en particular, en los casos difíciles y en los fundamentales, donde adquiere las características de una *justificación sensu largo* e incorpora recursos argumentativos determinados y no se reduce a un razonamiento puramente lógico deductivo, lo que tampoco quiere decir que se prescinda de la *justificación sensu strictu*. [sobre *justificación sensu largo* y *sensu strictu*, *vid. infra* Cap. II n. 1018 párr. segundo]. Además, como indica ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 271, la separación tajante entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación realizada en el seno de las ciencias empíricas se trasladó al ámbito jurídico, en concreto al análisis de la decisión judicial, con una doble consecuencia, esto es, el establecer un paralelismo entre el método de justificación en las ciencias empíricas: la verificación, y el método de justificación en la decisión judicial: la justificación a través de razones, así como el separar tajantemente el *proceso* interpretativo y la *justificación* de sus resultados (en otras palabras, entre razonamiento decisorio y razonamiento justificativo, entre razones explicativas y razones justificativas), o como dice ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, *op. cit.*, p. 13, «la teoría de la argumentación jurídica de nuestros días se ocupa, casi exclusivamente, del discurso justificativo de los jueces, esto es, de las razones que ofrecen como fundamento -motivación- de sus decisiones (el contexto de la justificación de las decisiones), y no de la descripción y explicación de los procesos de toma de decisión (el contexto del descubrimiento) que exigirían tomar en cuenta factores de tipo económico, psicológico, ideológico, etc.».

⁹⁷⁸ Precisamente, hace ver MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2008, pp. 27-30, pudiendo entenderse la motivación referida al itinerario psicológico que siguió el juez para fallar de una determinada forma, es decir, que explicaría o describiría las causas psicológicas de ello, interpretación que encontraría apoyo, a más del significado del término motivar, en ciertas consideraciones relevantes, por ejemplo, una determinada concepción realista del Derecho que pone el acento en los aspectos mentales del juez como un elemento dominante en el proceso de toma de decisión respecto del contenido de la sentencia y en el impacto que esto produce en la propia construcción del Derecho, a su vez, atendido que los jueces no tienen obligación de explicar sino que de justificar sus

Como expone PERELMAN, «El razonamiento jurídico es un instrumento de justificación, indispensable [...] en todos los sistemas modernos del derecho, pero la primacía se concede a la parte dispositiva del fallo»⁹⁷⁹. Por lo mismo, ya en retrospectiva, el buen juez MAGNAUD⁹⁸⁰ da muy buen ejemplo acerca de cómo un magistrado no debe proceder, pues, como cita GÉNY, «La apreciación subjetiva domina y anima al mismo tiempo el proceso de enjuiciamiento del Presidente Magnaud, quien pretende ver al primer golpe de vista el motivo de la decisión. Y si hace intervenir a la ley es para estimar de este modo el valor de su propio juicio. También critica la jurisprudencia establecida que no responde a sus personales puntos de vista. Y cosa más grave aún, esta apreciación subjetiva consiste en vagas consideraciones más aptas para tocar los sentimientos que para afirmar la razón y que es en todo caso imposible de condenar en principios firmes o en medios prácticos constitutivos en su conjunto de sistema bien ligado»⁹⁸¹.

El proceso de interpretación de normas y hechos es una actividad muy compleja que no puede reducirse a los esquemas de lógica formal, y presentar las sentencias conforme a un esquema silogístico es, hasta cierto punto, ocultar la realidad del proceso decisorio. Aún sosteniéndose, formalmente, una concepción mecánica de la función judicial por aparecer el fallo como el resultado de la aplicación de las reglas de la lógica, lo cierto es que dictar una sentencia importa múltiples operaciones que nada tienen que ver con la lógica. Incluso, se dice que toda decisión jurídica puede *ex post* ser escrita en la forma de un silogismo independientemente de la forma en que fue alcanzada, pero lo verdaderamente importante es precisamente dicha forma,

decisiones, de modo que no pueden limitarse a mostrar cómo se produjeron, esto es, a indicar el proceso psicológico, sociológico, etc., que los llevó a resolver cual hicieron, se puede afirmar que motivar la sentencia es justificarla o fundarla, dar razones o argumentos a su favor que resulten aceptables.

⁹⁷⁹ PERELMAN, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, op. cit., p. 98.

⁹⁸⁰ Sobre él, vid. LEYRET, Henry. *Las sentencias del Magistrado Magnaud*. Versión castellana, prólogo y notas, DÍEZ ENRÍQUEZ, Dionisio. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1909.

⁹⁸¹ GÉNY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2ª ed., 1919, vol. 2, p. 299, citado por PERELMAN, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, op. cit., p. 99.

la cual permite comprender el sentido de todas las resoluciones judiciales, pues en ella se encuentran los motivos reales y las valoraciones que utiliza el juez, así como da pie para discutir acerca de la racionalidad o irracionalidad de la decisión⁹⁸². Como señala LARENZ, la reciente metodología jurídica conviene en que las resoluciones judiciales no están completamente “preprogramadas” en las leyes y la aplicación de éstas no es sólo subsunción lógica, por ello el juez siempre debe emitir juicios de valor⁹⁸³ quedándole sí, en este aspecto, un cierto margen de libre enjuiciamiento⁹⁸⁴.

Entendido el principio de *independencia* del Poder Judicial como suele hacerse, esto es, independencia de cualquier cosa que no sea Derecho válido y dependencia del juez respecto de las leyes, la actividad judicial está sometida a control, más todavía si quien juzga incorpora en su decisión algo que en la norma general no está explicitado, situación en que es necesario saber a qué criterios recurre⁹⁸⁵. Así, aunque supere el control de legalidad -lo que no es muy difícil por ser ella aplicación de normas-, no es admisible en una sentencia aceptar argumentos técnicos sin más, como si fueran razones verdaderas, ni siquiera habiéndose acudido a principios jurídicos, éticos o políticos expresamente admitidos por el Ordenamiento jurídico y validados por la práctica judicial, con mayor razón todavía que los jueces no son ajenos a sus propias creencias (v. gr., religiosas, políticas, etc.), las que sí pueden influir en su resolución, por lo que, sin discusión, resulta ser un requisito

⁹⁸² Cfr. SEGURA ORTEGA, Manuel. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998, pp. 95-96.

⁹⁸³ En este aspecto, CAPELLA, *Elementos de Análisis Jurídico*, *op. cit.*, pp. 16-17, señala que el universo valorativo merece atención especial pues se trata del plano desde el cual juzgamos como buenos o malos los hechos del mundo social, del plano en cuya virtud hablamos de lo justo y de lo injusto, y de lo bello, o expresamos nuestros principios morales y nuestros ideales políticos, y la operación misma de valorar no es deductible de los hechos materiales ni de las proposiciones que los describen. Pero, como indica SERRANO, *Validez y vigencia...*, *op. cit.*, p. 17, de las normas pueden predicarse la justicia como la injusticia, y esta predicación puede hacerse también respecto de prácticas, instituciones, conductas, sistemas, incluso personas.

⁹⁸⁴ Cfr. LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, 496.

⁹⁸⁵ Cfr. SEGURA ORTEGA, *La Racionalidad Jurídica*, *op. cit.*, pp. 89-90.

esencial de toda sentencia una “expresión de motivos” o racionalidad⁹⁸⁶ de la decisión. O, como expresa PERELMAN, «Puesto que todo litigio implica un desacuerdo, una controversia, el papel del juez consiste en hallar una solución que sea razonable y aceptable, es decir, ni subjetiva, ni arbitraria»⁹⁸⁷.

Los elementos sí que determinan la racionalidad (“razonabilidad”, “corrección”) de la decisión judicial pueden decir relación con los conceptos de consentimiento de una determinada comunidad (v. gr., Perelman⁹⁸⁸, Aarnio), del cumplimiento de determinadas reglas procesales (v. gr., Alexy), o del cumplimiento de determinados requisitos como la coherencia, la universalidad, etc. (v. gr., Peczenik)⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ En el contexto de deber ser la decisión legal a la vez una decisión racional, para WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el derecho*, op. cit., p. 83, «por “racionalidad” se entiende la justificación de la decisión a través de la norma aplicada, de los hechos probados, de los razonamientos y valoraciones».

En opinión de POPPER, Karl R. “El principio de racionalidad” (1967). En: POPPER, Karl R. *Escritos Selectos*. Título original: *Popper Selections* [publicado antes como *A Pocket Popper*, Fontana Paperbacks. Londres, 1983]. Traducción de MADERO BÁEZ, Sergio René. MILLER, David (Compilador). 1ª ed. en español, México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 384-392, pp. 391-392, hay que distinguir entre la racionalidad como actitud personal y el principio de racionalidad. La racionalidad como actitud personal es estar dispuesto a corregir las propias creencias y es, en su forma más intelectualmente desarrollada, la disposición a discutir críticamente las propias creencias y a corregirlas al debatir críticamente con otros. Por su parte, el “principio de racionalidad” nada tiene que hacer con la suposición de que los hombres son racionales en este sentido, que siempre adoptan una actitud racional, y más bien es un principio mínimo que anima a todos o a casi todos nuestros modelos situacionales explicativos, y, aún sabiéndose que este principio no es verdadero, nos asiste alguna razón para considerarlo una buena aproximación a la verdad. Su adopción reduce considerablemente la arbitrariedad de nuestros modelos, arbitrariedad que, ciertamente, se vuelve caprichosa si se intenta proceder sin este principio.

⁹⁸⁷ PERELMAN, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, op. cit., p. 213.

⁹⁸⁸ PERELMAN, *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, op. cit., pp. 228-229: «las decisiones de la justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes en litigio; después, los profesionales del derecho y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias de los tribunales. De este modo, la búsqueda del consenso de auditorios diferentes da lugar a una dialéctica [...] que se manifiesta mediante justificaciones de todo tipo, de orden social, moral, económico, político y propiamente jurídico, que los partidarios de las tesis en debate no dejarán de suministrar. El papel del juez consiste en apreciar el valor de cada uno de los argumentos, que en la medida en que han sido utilizados por las partes llevan a soluciones contrapuestas. Debe guardarse, pues, de una decisión puramente subjetiva [...]». En este sentido, para FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 579-580, los jueces no persiguen intereses prejudiciales sino sólo la averiguación de la verdad en cada causa de que conocen, después de un juicio contradictorio entre sujetos portadores de intereses en conflicto, careciendo la actividad del juez de dirección política en tanto que se vincula sólo a la ley, formal y sustancialmente, siendo la sujeción sólo a la ley una premisa sustancial de la deducción judicial y, a la vez, única fuente de legitimación política del juez y que expresa su colocación institucional, la cual se hace patente en el requisito de la imparcialidad o ajenidad de la magistratura a los intereses de las partes en causa.

⁹⁸⁹ ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 415.

En opinión de SEGURA ORTEGA, *La Racionalidad Jurídica*, op. cit., pp. 109-111, en el sentido de la sentencia no sólo influye la personalidad del juez, con sus propias concepciones (v. gr. ética, política), sino también la existencia de los valores que la sociedad asume como propios, o sea, las decisiones judiciales se

Así, para AARNIO, quien juzga no puede apoyarse ya en una mera autoridad formal porque en una sociedad moderna la gente no sólo exige decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones, lo que vale también para la administración de justicia, habiéndose convertido la responsabilidad del juez, cada vez más, en la responsabilidad de justificar sus decisiones⁹⁹⁰, es decir, «La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión [...], la presentación de la justificación es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de certeza jurídica en la sociedad»⁹⁹¹. El discurso de racionalidad importa reglas de *consistencia*⁹⁹², *eficiencia*⁹⁹³, *sinceridad*⁹⁹⁴, *generalización*⁹⁹⁵ y *apoyo*⁹⁹⁶, como también *reglas procedimentales*⁹⁹⁷ y *reglas materiales*⁹⁹⁸ de la carga de la prueba⁹⁹⁹.

construyen teniendo en cuenta los deseos, expectativas y anhelos del grupo social, lo que se explica -entre otros motivos- en que la legitimación de lo resuelto queda supeditado, en última instancia, a la función social que ello cumple. Incluso, pudiendo ser que no siempre sean recogidos en la ley y por lo cual deben ser interpretados por el juez, los valores sociales no son imperceptibles y, por ende, determinan en parte el sentido y contenido de la decisión, tomándose obviamente en cuenta el conjunto de normas y principios que integran el sistema jurídico y que también dirigen la actuación del que juzga.

⁹⁹⁰ Cfr. AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁹¹ AARNIO, *ibíd.*

⁹⁹² AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, *op. cit.*, p. 254: «Reglas de consistencia. Las reglas de la racionalidad [...] son [...] reglas de consistencia. [...] los principios de consistencia lógica exigen, por ejemplo, que no haya contradicción interna y se respeten la ley del tercero excluido y la regla de transitividad. [...] la ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación. De acuerdo con la ley de tercero excluido, una proposición es o bien verdadera o falsa, no existe una tercera posibilidad. [...] De acuerdo con la regla de transitividad, es verdad lo siguiente: si una persona acepta los enunciados “si *p* entonces *q*” y “si *q* entonces *r*”, tiene también que aceptar el enunciado “*p* entonces *r*”».

⁹⁹³ AARNIO, *ibíd.*: «Reglas de eficiencia. Para ser racional, el discurso práctico presupone efectividad: el discurso tiene que resultar en una conclusión».

⁹⁹⁴ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, *op. cit.*, p. 255: «Reglas de sinceridad. Todo aquel que hable el lenguaje en cuestión tiene derecho a participar en la discusión. Este puede ser llamado principio de apertura subjetiva. Significa, además, una prohibición de invocar autoridades. La discusión pierde su base racional si uno de los participantes es eliminado por no poder apoyarse en una autoridad. [...]

La prohibición de la coacción. La coacción física o mental no puede ser utilizada [...] contra [...] participantes en la discusión. [...]

Cada participante tiene derecho a cuestionar un enunciado presentado. No pueden haber temas excluidos [...]. Este puede ser llamado el principio de apertura material. [...]

La exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe inválida. [...]

⁹⁹⁵ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, *op. cit.*, pp. 256-257: «Reglas de generalización. Un participante en la discusión no puede invocar un juicio de valor que él mismo no está dispuesto a generalizar

En concepto de ALEXY, tratándose de las proposiciones normativas (juicios de valor y de deber) aparecen expresiones que no designan objetos (v. gr., “bueno”, “debido”), propiedades o relaciones no empíricas, ni tampoco se pueden reducir a expresiones empíricas, por lo que tales proposiciones no pueden ser examinadas con referencia a alguna entidad no empírica ni según el método de las ciencias empíricas, lo que no impide considerarlas como expresiones o descripciones de sentimientos o de actitudes sólo que no pueden mostrarse como correctas o verdaderas¹⁰⁰⁰. Estas concepciones no hacen justicia al hecho de que a los juicios de valor y de deber se une una pretensión de corrección, de modo que si se cuestionan juicios de tal tipo puede, entonces, llevarse a cabo una discusión sobre su justificación, pero no hay que intentar fundamentar proposiciones normativas sin interrupción porque ello llevaría, o bien a un regreso hasta el infinito, o bien a una

para cubrir otros casos similares. [...] Llamaremos a esto la regla de la universalidad de las valoraciones (y de los puntos normativos). [...]

La regla de la universalidad incluye, entre otras cosas, lo siguiente: (i) hay que aceptar las consecuencias de una norma que uno mismo ha aceptado, aun cuando ello afecte la propia posición; y (ii) las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona tienen que ser aceptables para cualquier otra [...], lo mismo vale por lo que respecta a los enunciados empíricos [...].»

⁹⁹⁶ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, op. cit., p. 257: «Reglas de apoyo. La regla de la necesidad de justificación establece que, si así se lo demanda, toda proposición tiene que ser justificada. [...] Por lo que respecta al apoyo sustancial, el concepto clave es la coherencia. [...]».

⁹⁹⁷ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, op. cit., pp. 260-261: «Reglas procedimentales de la carga de la prueba. [...] la base de la vida social e intelectual reside en la continuidad. No es sensato renunciar sin justificación a lo que ha sido adoptado como prevaleciente. Esta [...] es [...] tan sólo una regla de la carga de la prueba: necesariamente, un cambio en la situación dominante tiene que ser justificada. [...] La situación prevaleciente o la comprensión prevaleciente está justificada tal como es. Es el punto de partida. La carga de la prueba recae sobre la persona que critica la situación prevaleciente y desea un cambio. [...]

Una persona que presenta una justificación de su proposición o punto de vista está obligada a presentar una justificación adicional sólo si la justificación es cuestionada. [...]

Una persona que recurre a una proposición o un punto de vista no relevante para la justificación o que carece de poder justificatorio tiene la carga de la prueba y ha de explicar por qué ha utilizado esta justificación. [...]».

⁹⁹⁸ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, op. cit., pp. 261-262: «Reglas materiales de la carga de la prueba. [...] El principio del tratamiento equitativo prescribe que los casos similares sean tratados de forma similar. [...] enuncia que una persona que viola el principio de tratamiento equitativo está obligada a justificar su comportamiento. [...] La regla sólo se refiere a la obligación de presentar una prueba. [...]

En ramas especiales de la ciencia, las reglas de la carga de la prueba están conectadas con la metodología de la rama en cuestión. En la dogmática jurídica existen por lo menos dos reglas que pertenecerían a esta categoría. Se refiere a las llamadas fuentes del derecho de obligación débil.

- Si se dejan de lado los *travaux préparatoires*, la persona que lo hace tiene que justificar su proceder y
 - si una persona no se refiere a la práctica de la corte en el asunto en cuestión, tiene que justificar su procedimiento».

⁹⁹⁹ AARNIO, *Lo Racional como Razonable...*, op. cit., pp. 254-262.

¹⁰⁰⁰ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 175.

decisión explicable, en el mejor de los casos, psicológica y sociológicamente, pero que ya no se justifica¹⁰⁰¹. Esta situación puede evitarse si la fundamentación ininterrumpida de cada proposición a través de otra se sustituye por una serie de exigencias en la actividad de fundamentación, las que se pueden formular como reglas de la discusión racional, que no se refieren, como las de la lógica, sólo a proposiciones sino que también al comportamiento del hablante, pudiendo en este sentido designarse como “reglas pragmáticas”, cuyo cumplimiento no garantiza la certeza definitiva de todo resultado pero caracteriza el mismo como racional¹⁰⁰². La racionalidad, por tanto, no se puede equiparar con la certeza absoluta. En esto consiste la idea fundamental de la teoría del discurso práctico racional, siendo los discursos conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones, y aquellos en que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos, pudiendo concebirse el discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente¹⁰⁰³.

El discurso práctico general se rige por: *Reglas fundamentales del discurso*, cuya validez es condición de posibilidad de cualquier comunicación lingüística en que se trate de la verdad o corrección, en concreto, principios de no contradicción (Ningún hablante puede contradecirse), sinceridad (Todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree), universalidad (Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto “a” debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a “a” en todos los aspectos relevantes) y uso común del lenguaje (Distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados)¹⁰⁰⁴; *Reglas de razón*, que definen

¹⁰⁰¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 176-177.

¹⁰⁰² ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 177.

¹⁰⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁰⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 185. (sin cursivas en el texto de consulta).

las condiciones más importantes de la racionalidad del discurso y que se refieren a la obligación de fundamentar cualquier afirmación¹⁰⁰⁵, esto es, quien afirma algo no sólo quiere expresar que cree algo sino que también pretende que lo que él dice es fundamentable, que es verdadero o correcto, lo que vale tanto para proposiciones normativas y no normativas¹⁰⁰⁶, y rige, por tanto, para el acto de habla de la aserción la siguiente regla: «Todo hablante debe, cuando se le pide, fundamentar lo que afirma, a no ser que pueda dar razones que justifiquen el rechazar una fundamentación», regla general de fundamentación. Asimismo, «Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso»¹⁰⁰⁷ y, regulando la libertad de discusión, todos pueden problematizar cualquier aserción, como introducir cualquier aserción en el discurso y expresar sus opiniones deseos y necesidades, y a ningún hablante se le puede impedir ejercer sus derechos [poder tomar parte en el discurso y problematizar aserción, introducir aserción, etc.] mediante coerción interna o externa al discurso¹⁰⁰⁸; *Reglas sobre la carga de la argumentación*, esto es, quien pretende tratar a una persona determinada de manera distinta que a otra está obligado a fundamentarlo¹⁰⁰⁹, «Quien ataca una proposición o una norma que no es objeto de la discusión, debe dar una razón para ello» [3.2]¹⁰¹⁰, «Quien ha aducido un argumento, sólo está obligado a dar más argumentos en casos de contraargumentos», quien introduce en el discurso una afirmación o manifestación sobre sus opiniones, deseos o necesidades que no se refiera como argumento a una manifestación anterior, tiene, si se le pide, que fundamentar por qué introdujo esa afirmación o manifestación¹⁰¹¹; *Formas de los argumentos*, referidas a las maneras de fundamentar las proposiciones normativas singulares (N), pudiendo a ello tomar como

¹⁰⁰⁵ Así ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, op. cit., p. 425.

¹⁰⁰⁶ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 187-188.

¹⁰⁰⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 188.

¹⁰⁰⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., pp. 189.

¹⁰⁰⁹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 191.

¹⁰¹⁰ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, op. cit., p. 192.

¹⁰¹¹ *Ibid.*

referencia una regla (R) presupuesta como válida o señalar las consecuencias (F) de seguir el imperativo implicado en N¹⁰¹²; *Reglas de fundamentación*, formado por las distintas variantes del principio de universalidad, pudiendo distinguirse tres versiones, la de Hare¹⁰¹³, la de Habermas¹⁰¹⁴ y la de Baier¹⁰¹⁵, y reglas morales que sirven de base a las concepciones morales del hablante, las que deben poder pasar la prueba de su génesis histórico-crítica, lo que no sucede si la regla aunque pueda justificarse racionalmente ha perdido después su justificación o si originariamente no se pudo justificar racionalmente y tampoco se pueden aducir nuevas razones que sean suficientes¹⁰¹⁶; y *Reglas de transición*, esto es, en los discursos prácticos surgen muchos problemas que no pueden resolverse con los medios de la argumentación práctica, pudiendo tratarse de cuestiones de hecho (especialmente, la predicción de consecuencias), de problemas lingüísticos (especialmente, problemas de comunicación) y de cuestiones que conciernen a la misma discusión práctica, debiendo en estos casos ser posible pasar a otras formas de discurso, lo que se asegura mediante las siguientes reglas: para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso teórico (empírico), para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje, y para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de teoría del discurso. A la primera y tercera llamaremos “reglas de transición”, y la primera, además, de particular importancia pues con frecuencia los hablantes están de acuerdo sobre las

¹⁰¹² ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 193.

¹⁰¹³ Según refiere ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 198, a partir del principio de universalidad de Hare se obtiene como exigencia el que quien afirma una proposición normativa que presupone una regla para satisfacer los intereses de otras personas, debe poder aceptar las consecuencias de dicha regla también en el caso de él hallarse en la situación de aquéllas, dicho brevemente, cualquiera debe poder estar de acuerdo con las consecuencias de las reglas afirmadas o presupuestas por el él para cualquier otro.

¹⁰¹⁴ El principio de universalidad de Habermas, señala ALEXY, *ibid.*, puede formularse como el que las consecuencias de cada regla para la satisfacción de los intereses propios deben poder ser aceptados por todos, en pocas palabras, cada uno debe poder estar de acuerdo con cada regla.

¹⁰¹⁵ Indica ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 199, el principio de Baier se puede fundamentar a partir de las exigencias de apertura y sinceridad que rigen en el discurso, excluye directamente como infundamentales una serie de reglas. Toda regla debe poder enseñarse en forma abierta y general.

¹⁰¹⁶ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 197-199.

premisas normativas pero discrepan sobre los hechos no pudiendo, a menudo, el conocimiento empírico necesario ser logrado con la certeza deseable, situación en la que son necesarias reglas de presunción racional¹⁰¹⁷.

Y pudiendo distinguirse una *justificación interna*, en la cual se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, y una *justificación externa*, que dice relación con la corrección de estas premisas¹⁰¹⁸, con la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna¹⁰¹⁹, se acudirá, en el primer caso, al silogismo jurídico¹⁰²⁰ y, en el segundo, a reglas de Derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son enunciados empíricos ni reglas de Derecho, premisas todas éstas que se corresponden con distintos métodos de fundamentación¹⁰²¹. La fundamentación de una regla de Derecho consiste

¹⁰¹⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 200-201.

¹⁰¹⁸ Así los conceptos ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 213-214.

En palabras de WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducido por AZURZA, Arantxa. Reimpresión de 1ª ed 1985. Madrid: Civitas, 1988, p. 57-59, contando con que la decisión legal sea justificable, tanto en sistemas de *statutory* como de *common law*, dicha decisión podría justificarse identificando los argumentos que la sustentan (justificación interna) y justificando estos argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa). La justificación *sensu largo* (JL-justificación) abarca la verificación y la justificación *sensu estricto* (JS-justificación), ofreciendo aquélla razones para cualquier juicio que aparezca en un discurso. La verificación es una justificación-JL que versa sobre proposiciones, es decir, sobre juicios que son o verdaderos o falsos en un lenguaje determinado. La justificación-JS es una justificación-JL de juicios que no son ni verdaderos ni falsos en un lenguaje dado, es decir, no son verificables. La justificación-JS trata de técnicas argumentativas distintas de la verificación, y el nombre más común para estos argumentos es el de “lógica formal”, habiendo sí opiniones en contra de tal nominación en este contexto y a favor de una “retórica” o “argumentación”, “tópica” y demás. En todo caso, esta área de razonamiento utiliza argumentos que unen distintos juicios en un discurso práctico, no haciéndose su calificación en términos de verdad sino, por ejemplo, en los de “buenas razones”, “persuasividad”, “razonabilidad”, etc. Para WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, *op. cit.*, pp. 59-60, la justificación que interesa es, en general, una *sensu estricto*, interesan los argumentos que justifican la decisión interpretativa. Si una decisión legal está internamente justificada se dice que es una decisión internamente racional porque explicita las razones para tal decisión, y si está externamente justificada se trata de una decisión externamente racional porque se basa en buenas razones, es decir, en razones aceptadas por la crítica. La justificación de la decisión legal atañe a los argumentos que la sustentan y, por tanto, es un asunto de razonamiento justificativo y de su control, siendo un problema completamente distinto el proceso de toma de decisión, el que es una secuencia de fenómenos psicológicos que acontecen en una decisión legal, proceso que se describe por medio de la psicología, si el interés se tiene en el proceso de toma de decisión individual, o de la psicología social y las ciencias humanas, si se tiene en el de toma de decisión colectiva y por sus factores determinantes.

¹⁰¹⁹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 222.

¹⁰²⁰ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 214: «Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de «silogismo jurídico»».

¹⁰²¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 222.

en mostrar su conformidad con los criterios de validez del Ordenamiento jurídico. En la fundamentación de premisas empíricas se puede recurrir a una escala completa de formas de proceder que va desde los métodos de las ciencias empíricas, pasando por las máximas de presunción racional, hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso. Para la fundamentación de las premisas que no son reglas de Derecho positivo ni enunciados empíricos sirve lo que se puede designar como “argumentación jurídica”¹⁰²². Las formas de argumentos y reglas de justificación externa de estas últimas premisas se pueden clasificar *grosso modo* en reglas y formas de interpretación¹⁰²³, de la argumentación dogmática¹⁰²⁴, del uso de los precedentes¹⁰²⁵, de la argumentación práctica general¹⁰²⁶ y de la argumentación empírica¹⁰²⁷, así como las llamadas *formas especiales de argumentos jurídicos*¹⁰²⁸. Si se

¹⁰²² *Ibid.*

¹⁰²³ Se trata, señala ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 225-240, de los argumentos semántico, genético, histórico, comparativos, sistemático y teleológico, los cuales (p. 240) no ofrecen una garantía de que se «encuentre el único resultado correcto... con una seguridad relativamente grande», pero sin embargo son más que simples instrumentos de legitimación secundaria de una decisión, la que se puede encontrar y fundamentar de distintas maneras. Son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplirse con la pretensión de corrección que se plantea en ella y que, diferente a lo que sucede en el discurso práctico general, se refiere también de manera especial a la vinculación a la ley.

¹⁰²⁴ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 240-261.

Dice ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 240-241, para descubrir qué son los argumentos dogmáticos y qué rol juega en el discurso jurídico, hay que saber qué debe entenderse por “dogmática jurídica” o “dogmática del Derecho”, y si se sigue el uso de las palabras dominante entre los juristas, por la referida dogmática hay que entender la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio, tal como es elaborada realmente por ellos, ciencia así dicha que en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades, esto es, la descripción del Derecho vigente, su análisis sistemático y conceptual y la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos.

¹⁰²⁵ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 261-266.

ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 261: «Una teoría de la argumentación jurídica que no diera cuenta del papel del precedente omitiría uno de los aspectos esenciales de la argumentación jurídica».

¹⁰²⁶ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 271-272.

Indica ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 271, la argumentación práctica general puede ser necesaria en la fundamentación de las premisas normativas requeridas para la saturación de las distintas formas de argumentos, en la fundamentación de la elección de entre diferentes formas de argumentos que llevan a distintos resultados, en la fundamentación y comprobación de enunciados dogmáticos, en la fundamentación de los *distinguishing* y *overruling* y directamente en la fundamentación de los enunciados a utilizar en la justificación interna.

¹⁰²⁷ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, pp. 224-225.

Expone ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 224, la argumentación empírica tiene una relevancia que consiste en que casi todas las formas de argumentación jurídica -al igual que casi todas las formas de argumentación práctica general- incluyen enunciados empíricos. En la teoría del discurso práctico general se toma en cuenta la importancia del conocimiento empírico mediante la regla de transición «Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico)».

¹⁰²⁸ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 223.

quisiera designar estos grupos con una sola palabra -salvo el último-, esta sería, en el orden dado, ley, dogmática, precedente, razón y empirie¹⁰²⁹.

En todo caso, apunta ALEXY, el seguimiento de estas reglas y el uso de las formas de argumento descritas aumentan ciertamente la probabilidad de lograr un acuerdo en las cuestiones prácticas pero no garantizan que cada acuerdo alcanzado sea definitivo e irrevocable, lo que obedece a que especialmente las reglas de razón¹⁰³⁰ sólo se pueden cumplir parcialmente, no todos los pasos de la argumentación están determinados y todo discurso tiene que partir de concepciones normativas históricamente dadas y, por ende, mutables. Si los resultados encontrados en el discurso no pueden pretender una certeza definitiva es necesario que su revisión se siempre posible, exigencia ésta a la que sirven las reglas de que se trata, en especial las de razón, que establecen que cualquiera puede en cualquier momento atacar cualquier regla y proposición normativa, por tanto también las reglas y proposiciones consideradas hasta ahora como seguras¹⁰³¹.

Para PECZENIK, los valores morales juegan un papel importante en el razonamiento jurídico y el propósito de los mismos no es imponer una obediencia ciega al texto de la ley sino que sea ella interpretada de la manera más justa posible¹⁰³². La argumentación jurídica responde a cuestiones prácticas, decide lo que uno hará o puede hacer, y pretende ser correcta, es decir, estar basada en razones coherentes y, es más, ser recta, lo que significa en los casos difíciles ponderar principios. Si se intenta decir qué se debe

Por formas de argumentos jurídicos especiales, dice ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 266, hay que entender aquí las formas de argumentos que se usan especialmente en la metodología jurídica, como la analogía, el *argumentum e contrarium*, el *argumentum a fortiori* y el *argumentum ad absurdum*.

¹⁰²⁹ *Ibid.*

¹⁰³⁰ Específicamente, las de «Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso» y a ningún hablante se le puede impedir ejercer sus derechos [poder tomar parte en el discurso y problematizar aserción, introducir aserción, etc.] mediante coerción interna o externa al discurso.

¹⁰³¹ ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *op. cit.*, p. 201.

¹⁰³² PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 11.

hacer hay que prestar atención a todos los principios morales relevantes¹⁰³³. No es valorativamente neutra la interpretación jurídica. El concepto de “interpretación jurídica” puede entenderse de forma tal que la interpretación jurídica deba satisfacer las exigencias de la justicia, satisfacción que se logra sólo con una interpretación jurídica coherente mientras que una que no se refiera explícita o implícitamente a un sistema es una interpretación *ad hoc*, que ni universal ni generalmente satisfará exigencias elementales de la justicia¹⁰³⁴. «La justicia requiere que la interpretación jurídica esté encuadrada en un sistema equitativamente coherente. Si se intenta evitar una anomalía conceptual con respecto a las nociones “justicia” e interpretación “jurídica”, hay que tener una disposición a proporcionar a los propios enunciados de interpretación jurídica una fundamentación lo más coherente posible. [...] El concepto “derecho válido” designa no sólo el derecho socialmente establecido sino también el derecho interpretado. Al mismo tiempo, el concepto “interpretación jurídica puede ser entendido de forma tal que sólo una interpretación coherente sea “jurídica”. Si se intenta evitar una anomalía conceptual con respecto a las nociones “derecho válido” e “interpretación jurídica”, hay que tener una disposición a proporcionar a la propia interpretación una fundamentación lo más coherente posible»¹⁰³⁵. La idea central del concepto de coherencia puede ser expresada de la siguiente manera: «Cuanto más se aproximen los enunciados pertenecientes a una teoría¹⁰³⁶ dada a una estructura de fundamentación perfecta, tanto más coherente es una teoría»¹⁰³⁷. El enunciado *p* confirma el enunciado *q* si y sólo si *p* pertenece a un conjunto de premisas, *S*, del cual infiere lógicamente *q* (en un caso extremo, *q* se infiere de *p* solo)¹⁰³⁸.

¹⁰³³ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰³⁴ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 71-72.

¹⁰³⁵ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁰³⁶ Con similar concepto de coherencia, señala PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 42, la palabra teoría aquí se usa en sentido amplio, que abarca tanto las teorías descriptivas (v. gr., las teorías empíricas), como las normativas o evaluativas (sistemas de normas y valores).

¹⁰³⁷ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁰³⁸ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 42.

El grado de *perfección* de la estructura de fundamentación depende del grado en que ciertos criterios de coherencia son satisfechos, siendo posible distinguir tres tipos de criterios, esto es, criterios relacionados con la estructura de fundamentación, con los conceptos y con el asunto de la teoría¹⁰³⁹. En lo que concierne a criterios relacionados con la estructura de fundamentación, cuanto más amplia y profunda es una fundamentación, tanto más coherente es la teoría. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como cuán grande es el número de enunciados fundamentados que pertenecen a ella, cuán largas son las cadenas de razones que pertenecen a ella, cuán grande es el número de conexiones que existen entre las diversas cadenas de fundamentación que pertenecen a la teoría, es decir, cuántas cadenas de razones fundamentan la misma conclusión, cuántos enunciados que pertenecen a la teoría son relevantes para el tipo de razonamiento que utiliza la teoría¹⁰⁴⁰. En lo que toca a criterios relacionados con los conceptos, los conceptos generales son un “cemento” que mantiene las piezas de una teoría unidas. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como cuán grande es el número de enunciados universales que pertenecen a la teoría, cuán grande es el número de conceptos generales que pertenecen a ella, cuán grande es el grado de generalidad de estos conceptos. *Ceteris paribus*, el grado de coherencia entre diversas teorías depende de circunstancias tales como cuán grande es el número de semejanzas que existen entre los conceptos que ellas utilizan, cuán grande es el número de interconexiones que existen entre ellas¹⁰⁴¹. Tratándose de los criterios relacionados con el asunto de la teoría, *ceteris paribus*, el grado de coherencia de una teoría depende de circunstancias tales como cuán grande es el número de casos,

¹⁰³⁹ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 67-69.

¹⁰⁴⁰ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 67-68.

¹⁰⁴¹ PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 68.

cuán grande es el número de campos de la vida que abarca, determinándose el grado de coherencia por la ponderación de estos criterios¹⁰⁴².

Las conclusiones jurídicas son racionales si están basadas en buenas razones¹⁰⁴³, éstas aquellas que cumplen el requisito de la consistencia lógica y están a su vez orientadas hacia las ideas de coherencia y la generalidad. Conforme la primera idea, uno tiene que ser capaz de producir una totalidad coherente de razones, en la que un número de proposiciones fundamenta otras proposiciones en un sistema complejo. La generalidad indica que se tiene que ser capaz de expresar descripción y valoración, en términos generales, siendo así racional la decisión si cumple con los requisitos de consistencia lógica, generalidad, justificación (*support*)¹⁰⁴⁴. La consistencia lógica significa que un conjunto de expresiones cumple los requisitos de la lógica formal¹⁰⁴⁵ y el requisito de la generalidad que las razones que se aducen a favor de una conclusión tienen que ser coherentes. Decir que *p* justifica *q* significa que *p* es una buena razón para *q*. Cuando *p* justifica *q* se quiere decir que *p* y *q* son coherentes entre sí¹⁰⁴⁶. Según PECZENIK, el requisito de la generalidad en el Derecho se expresa en las siguientes fuentes y normas del razonamiento: las siguientes prescripciones que obligan sobre las fuentes: las normas que obligan a los Tribunales a emplear en la justificación de sus decisiones las leyes, los precedentes y los trabajos preparatorios, la costumbre, la opinión doctrinal, etc.; las siguientes prescripciones interpretativas: todo juicio jurídico concreto debe derivarse de

¹⁰⁴² PECZENIK, *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 68-69.

¹⁰⁴³ PECZENIK, Aleksander. "Legal Rationality and its Limits", *Rechtstheorie*, n° 15 (1984), pp. 415-422, pp. 417-419, y PECZENIK, Aleksander. "A Model of Legal Reasoning", *Rechtstheorie*, n° 10 (1986), pp. 67-87, p. 77, citado por ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, pp. 428-429, n. n° 51

¹⁰⁴⁴ PECZENIK, Aleksander. "Rationality of Legal Justification", *Archiv für Rechts und- Sozialphilosophie*, n° 2 (1982), pp. 137-163, pp. 156-157, y PECZENIK, "A Model of Legal Reasoning", *ibid.*, citado por ITURRALDE SESMA, *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*, *op. cit.*, p. 429, n. n° 51.

¹⁰⁴⁵ PECZENIK, "Rationality of Legal Justification", *ibid.*, y PECZENIK, "A Model of Legal Reasoning", *op. cit.*, p. 48, citado por ITURRALDE SESMA, *ibid.*

¹⁰⁴⁶ PECZENIK, Aleksander. *The Basis of Legal Justification*, Lund, s. ed., 1980, pp. 88-92, citado por ITURRALDE SESMA, *ibid.*

una premisa universal, como regla general si una ley emplea términos diferentes en diversas partes del Ordenamiento debe entenderse que tales términos se refieren a situaciones distintas; no se deben interpretar los mismos términos con significados diferentes; y, si se ha establecido que un término tiene un significado técnico se debe interpretar en ese sentido; los argumentos de analogía, *a contrario*, y *a fortiori*; las normas de resolución de conflictos normativos; y la regla de justicia según la cual las personas deben ser tratadas igual¹⁰⁴⁷.

En opinión de FETERIS, las teorías de la argumentación jurídica de AARNIO, ALEXY y PECZENIK trasladan la atención de los enfoques puramente lógicos y retóricos a uno en el que se conjugan los aspectos lógicos, retóricos y comunicativos, y que se puede considerar como un enfoque dialógico. AARNIO, ALEXY, PECZENIK y la teoría pragma-dialéctica consideran que la argumentación jurídica es parte de un diálogo o discusión. Lo que tienen en común estas teorías es que relacionan la racionalidad de la argumentación con la calidad del procedimiento que se sigue en la discusión y con la pregunta acerca de si se han cumplido las reglas de la discusión racional. Estas teorías se concentran en los puntos de partida y en las reglas de las discusiones jurídicas racionales, en los métodos para analizar y evaluar los argumentos jurídicos y en los métodos para construir justificaciones jurídicas racionales¹⁰⁴⁸.

Es así que, simple y llanamente, es ineludible el que toda sentencia sea *motivada*¹⁰⁴⁹, y todavía más si con ella, en cierto aspecto, como expresa

¹⁰⁴⁷ PECZENIK, "Rationality of Legal Justification", *op. cit.*, pp. 143-151 y 160, y PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, *op. cit.*, pp. 36-37, 55-60 y 63, citado por ITURRALDE SESMA, *ibid.*

¹⁰⁴⁸ FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Título original: *Fundamentals of Legal Argumentation* (Kluwer Academic Publishers, 1999). Traducido por SUPELANO, Alberto. 1ª ed. en español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 293.

¹⁰⁴⁹ Para DÍAZ SAMPEDRO, Braulio. "La motivación de las sentencias: Una doble equivalencia de garantía jurídica". *Foro*, num. 5 (2007), pp. 59-85, p. 85, la necesidad de la motivación surgió inicialmente como necesidad de protección de una garantía procesal exclusivamente hacia el administrado, y posteriormente

COVER, los jueces reparten dolor y muerte, no siendo esto todo lo que hacen y tal vez no sea esto lo que usualmente hacen, pero sí reparten muerte y dolor¹⁰⁵⁰, y por lo cual los actos de los jueces y la violencia de tales actos caracterizan la interpretación judicial no sólo como una actividad práctica sino que también el estar diseñada para, de un modo efectivo, generar amenazas creíbles y actos de violencia reales¹⁰⁵¹.

En el Derecho positivo, la exigencia de motivación de la sentencia la establece el artículo 120.3 CE, que perentoriamente prescribe que «Las sentencias serán siempre motivadas [...]»¹⁰⁵², y se dispone también, por ejemplo, en el art. 72 CpE, que refiere que «Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena [...], razonarán [...] el grado y extensión concreta de la impuesta», en los artículos 247 LOPJ¹⁰⁵³ y 142.4ª LECr¹⁰⁵⁴, y en Chile¹⁰⁵⁵ en

llegó a ser el agente principal en cuanto la creación de Derecho porque a través de los numerosos recursos que se interpusieron desde los fundamentos aportados en las sentencias se generó una necesidad para el juzgador y, por ende, para el legislador, como era manejar una doctrina de referencia para todas las personas y para todos los casos en el fondo y en la forma. Parece también evidente que la necesidad de motivar obedece no sólo a razones estrictamente de garantía procesal sino también a que reducía poderosamente el margen de maniobra de cualquier gobierno para nombrar discrecionalmente jueces que no fueran a estar en condiciones de poder fundamentar sus decisiones en consonancia con la jurisprudencia existente. Se refuerza por ello la profesionalidad y la cualificación de la magistratura en el Tribunal Supremo.

¹⁰⁵⁰ COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia: Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Título original: «*Nomos and narrative*» y «*Violence and the word*», publicados en *Narrative, violence and the law* (University of Michigan 1993). Traducción de COURTIS, Christian. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2002, p. 125.

¹⁰⁵¹ COVER, *Derecho, narración y violencia...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁵² Acorde STS 480/2002, de 15 de marzo (F.j. 1), N° Roj: 1859/2002, «La motivación ha de abarcar tres aspectos relevantes: 1) fundamentación del relato fáctico que se declara probado; 2) subsunción de los hechos en el tipo penal procedente con sus elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo y circunstancias modificativas y 3) consecuencias punitivas y civiles. Como ha dicho esta Sala en muchas ocasiones una sentencia penal correcta debe contener una motivación completa que abarque los tres aspectos anteriormente mencionados con la extensión y profundidad proporcionados a la mayor o menor complejidad de las cuestiones a resolver. [...]».

¹⁰⁵³ «Las resoluciones judiciales [...] incluirán la fundamentación que proceda».

¹⁰⁵⁴ «[...] Se consignarán también en párrafos numerados, que empezarán con la palabra Considerando: Primero. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos [...] estimado probados. Segundo. Los fundamentos doctrinales y legales determinantes de la participación [...]. Tercero. Los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad criminal, en caso de haber concurrido. [...]».

Otra norma, p. ej., el art. 218.2 LEC: «[...] Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

¹⁰⁵⁵ Por SCA San Miguel, de 6 de agosto de 2007 (C.j. 18), Rol N° 1009-2007 RPP, que rechaza recurso de

el art. 342 c) Cpp¹⁰⁵⁶ y, ya con carácter general, en el artículo 36 del mismo Código¹⁰⁵⁷.

Son múltiples las finalidades que realiza la motivación de las sentencias, en concreto, permite a la opinión pública controlar la actividad jurisdiccional, cumpliendo así con el requisito de publicidad, hace patente el sometimiento del juez a la ley, logra el convencimiento de los involucrados en el asunto judicial de que se trata acerca de la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido y, por último, garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por parte de los Tribunales superiores que conozcan de los respectivos recursos¹⁰⁵⁸.

Por *motivación* del fallo, dice ASÍS DE ROIG, debe entenderse las razones que los jueces utilizan o han debido utilizar al instante de determinar que es justificada cada una de sus decisiones, siendo posible, desde ya, distinguir

nulidad contra STJOP (6°) Santiago, RUC N° 0500322293-6, RIT N° 19-2007, se declara que la motivación corresponde a «“las razones que hacen atendibles las peticiones de las partes, o bien la decisión del tribunal”. Y ello supone: -describir las argumentaciones por las cuales se llega al establecimiento de los hechos y circunstancias probadas, y -exponer clara y concatenadamente cada uno de esos hechos y circunstancias, y la manera por la cual el establecimiento de un hecho conduce a otro; [...]».

¹⁰⁵⁶ «[...] La sentencia definitiva contendrá: [...] La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones [...]».

Ya antes establece el art. 500 Cprp: «La sentencia definitiva de primera instancia y la segunda que modifique o revoque la de otro tribunal, contendrán:

4° Las consideraciones en cuya virtud se dan por probados o por no probados los hechos atribuidos a los reos; o los que éstos alegan en su descargo, ya para negar su participación, ya para eximirse de responsabilidad, ya para atenuar ésta;

5° Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar el delito y sus circunstancias, tanto las agravantes como las atenuantes, [...];

[...]».

¹⁰⁵⁷ «[...] Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. La simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación».

¹⁰⁵⁸ Así PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 64. En la misma idea, indica DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena, op. cit.*, p. 274, la motivación evita la arbitrariedad de la resolución ya que muestra a las partes cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico de la decisión judicial, y posibilita con ello su impugnación razonada mediante los recursos.

entre *motivación como actividad*: las razones realmente utilizadas por el juez y que sirven, en principio, para justificar su decisión, y *motivación como producto*: señalamiento de las razones que el juez manifestó o debió manifestar en la justificación de su decisión¹⁰⁵⁹. La motivación como producto se presenta en un plano descriptivo, referido a las razones expuestas efectivamente por el juez en la decisión como apoyo a su toma de postura, razones que exige el Derecho positivo como una obligación de motivar las decisiones judiciales (p. ej., art. 120.3 CE) y porque por medio de ellas pueden conocerse los argumentos con que los jueces manifiestan apoyar sus decisiones¹⁰⁶⁰. Igualmente, la motivación como producto se muestra en un plano prescriptivo, que corresponde a las razones que debería haber seguido el juez para apoyar su decisión y el cual puede ser abordado desde diversos puntos de vista, como ser lógico, ético y político e incluso jurídico¹⁰⁶¹.

Ya sitios en el Derecho procesal, se distingue una *motivación completa*, que dice relación con una exigencia, en ocasiones expresamente manifestada en textos normativos, de que todos los extremos y elementos de la decisión estén justificados¹⁰⁶², y una *motivación suficiente*, una referencia, normalmente en el ámbito del recurso contra una decisión ya adoptada, a un mínimo exigible al razonamiento justificatorio expuesto en una decisión¹⁰⁶³.

¹⁰⁵⁹ DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., p. 15. (sin cursivas en la obra citada)

¹⁰⁶⁰ DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 15-16.

¹⁰⁶¹ DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., p. 16.

¹⁰⁶² En este sentido, p. ej., ya el art. 342 c) y d) CppCh: «Contenido de la sentencia. La sentencia definitiva contendrá: [...] La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297; [...] Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo; [...]». (art. 297 CppCh: «Valoración de la prueba. Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia»).

¹⁰⁶³ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 27.

Otros tipos de motivación son la *motivación por formularios* y la *motivación implícita*, que concierne más a la forma o a los elementos que se utilizan al momento de motivar, y la *motivación reforzada*, que atañe a ciertos supuestos en los que las exigencias de la motivación aumentan. Pero, en el Derecho procesal, que toma el problema de la motivación en relación a su validez, se pueden reordenar los distintos tipos de motivación, pudiendo diferenciarse entre herramientas y tipos de motivación y, acorde con tal división, son herramientas la motivación por formularios y la motivación implícita mientras que son tipos de motivación la suficiente y la reforzada¹⁰⁶⁴.

Y claro está, toda motivación para ser válida tiene que ser completa, y si se adopta una visión iusfilosófica y utiliza una proyección de la distinción entre teoría del Derecho, teoría de las ciencias jurídicas y teoría de la justicia¹⁰⁶⁵, es posible ya hablar de *motivación jurídica válida* y *motivación jurídica éticamente correcta*, las que, por el significado de la motivación¹⁰⁶⁶, están siempre provistas de racionalidad, sólo que ésta juega distinto rol según cual sea la motivación de que se trate. Así, la racionalidad exigida en la motivación jurídica válida, concebido aún el Derecho asociado a la idea de

¹⁰⁶⁴ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 27-28.

¹⁰⁶⁵ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 18-20, se vale de la distinción de BOBBIO, Norberto, en "Naturaleza y Función de la Filosofía del Derecho" [recogido en *Contribución a la Teoría del Derecho*, traducción de A. Ruiz Miguel, 1ª ed., Fernando Torres, Valencia 1980, 2ª ed., Debate, Madrid 1990, pp. 91 y ss.] y, por tanto, «la Teoría del Derecho [...] elabora los conceptos generalísimos que son comunes a todos los Ordenamientos jurídicos y necesarios para la comprensión del fenómeno jurídico, sea cual sea el ambiente social en que se manifieste; además integra el sistema jurídico entre los demás sistemas normativos, como la moral y los usos sociales [...] La Teoría de la Justicia, al llamar la atención sobre los valores que inspiran esta o aquella regla jurídica, pone al jurista en contacto con las matrices culturales de las que todo Ordenamiento jurídico [...] se deriva [...] la Teoría de la Ciencia Jurídica ofrece al jurista la posibilidad de justificar los métodos empleados en su propio trabajo, los instrumentos de investigación y de construcción, la variada naturaleza y eficacia de los argumentos utilizados [...]» (BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, op. cit., pp. 98-100, citado por DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 18-19).

¹⁰⁶⁶ Refiere DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., p. 29, aunque el término motivación puede entenderse de diferentes maneras, es posible resaltar dos grandes significados, esto es, el de motivación como explicación o bien como justificación de la decisión, exigiendo sí ambos significados la racionalidad de la motivación, por lo menos en un sentido mínimo que importa la exigencia de manifestar una regla como apoyo de la decisión adoptada. A su vez, indica ASÍS DE ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., p. 29, n.º 16, los términos motivar y justificar no tiene por qué ser entendidos como sinónimos, pues es posible diferenciar la acción a través de la cual se expresan los motivos de la decisión, o sea, se explica ésta, de aquella otra que consiste justificarla y fundamentarla. (hay sí quienes identifican motivación y justificación, p. ej., SEGURA ORTEGA, *La Racionalidad Jurídica*, op. cit., p. 116)

fuerza o voluntad, es una exigencia necesaria y suficiente y, en cambio, en la motivación jurídica éticamente correcta, concebida incluso una justicia de corte irracional, es una exigencia necesaria pero puede que insuficiente, por eso se puede afirmar que las motivaciones jurídicas son de dos tipos, las válidas (racionales y conformes con una concepción de lo jurídico y con las consecuencias que de ella se desprenden) y las éticamente correctas (racionales pero ya según una concepción de la justicia y con las consecuencias que de ella se desprenden)¹⁰⁶⁷.

Y como la exigencia de racionalidad es gradual, todavía cabe apreciar una *motivación racional suficiente*, la que da cuenta de la regla que justifica la decisión, y una *motivación racional correcta*, la que dice relación con las razones que justifican la regla que apoya la decisión, por lo que, usando terminología procesalista, aunque en un sentido diferente pero más coherente y clarificador, se puede hablar de tres tipos de motivaciones judiciales: *motivación judicial suficiente, completa y correcta*¹⁰⁶⁸.

La *motivación judicial suficiente* es el conjunto de elementos presentes en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que ésta sea considerada como válida (la validez depende de cada Ordenamiento jurídico, o sea, se supedita a la teoría del Derecho en boga), mientras que la *motivación judicial completa* es la motivación racionalmente correcta, esto es, el conjunto de elementos que necesariamente deben aparecer en la explicación o justificación de una decisión judicial y que hacen que esta pueda ser estimada como racionalmente correcta (la corrección depende de una teoría de la ciencia jurídica que presupone también una teoría del Derecho). La *motivación judicial correcta* es el conjunto de elementos que deben estar presentes en la explicación o justificación de una decisión

¹⁰⁶⁷ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 28-30.

¹⁰⁶⁸ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 30-31.

judicial para que esta pueda ser considerada como éticamente correcta (la corrección ética se asocia a una manera de entender la idea de corrección moral del Derecho, es decir, a una teoría de la justicia)¹⁰⁶⁹.

Al decir de FERRAJOLI, las sentencias exigen una motivación fundada en los hechos y en el Derecho, y las penales, en virtud de las garantías de estricta legalidad¹⁰⁷⁰ y estricta jurisdiccionalidad¹⁰⁷¹, reclaman una motivación que debe además fundarse en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en Derecho, y por eso incluyen precisamente una motivación predominantemente formada por proposiciones asertivas y una parte dispositiva que es asertiva en cuanto a la motivación y preceptiva en el resto. Por ejemplo, el Tribunal declara a alguien culpable del delito que se le ha imputado (aserción) y por eso le condena (precepto), o bien, porque no ha cometido el hecho, o éste no ha existido o no constituye delito, o son insuficiente las pruebas (aserciones), le absuelve (precepto)¹⁰⁷².

A grandes rasgos, la motivación judicial supone una racionalidad cuyo contenido mínimo es un argumento o razón¹⁰⁷³ en la que se puede apoyar la

¹⁰⁶⁹ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., pp. 31-32.

¹⁰⁷⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 373-378, distingue en el principio de legalidad uno de *mera legalidad* y otro de *estricta legalidad*, ambas norma de reconocimiento de todas las leyes penales formuladas válidamente y sólo de ellas, con valor para el jurista de regla meta-científica, pudiendo llamarse los mismos, respectivamente, *primer postulado* y *segundo postulado del positivismo jurídico*. El principio de mera legalidad actúa con arreglo a la fórmula *nulla poena, nullum crimen sine lege*, que establece que sólo las leyes dicen que y lo que es delito, y el principio de *estricta legalidad* opera con arreglo a la fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno*, etc., que condiciona la validez de las normas penales a la denotación taxativa de las figuras de delito que ellas definen, equivale a una regla semántica acerca del uso de la palabra verdadero en la práctica penal y en la ciencia jurídica.

¹⁰⁷¹ Señala FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 537-541, el conjunto de garantías penales quedaría incompleto si no es acompañado por el conjunto correlativo o, mejor dicho, subsidiario de las *garantías procesales*, expresadas por los principios que responden a las preguntas de cuándo y cómo juzgar, siendo la principal garantía procesal, que es el presupuesto de todas las demás, la *jurisdiccionalidad*, expresada en el axioma *nulla culpa sine indicio*, y que puede ser entendida en sentido estricto o lato. La jurisdiccionalidad en sentido estricto opera bajo la fórmula *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*, e importa que el juicio reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales, y la jurisdiccionalidad en sentido lato actúa bajo la fórmula *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniura, nulla actio, nulla culpa, sine indicio*, e importa que el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales.

¹⁰⁷² FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 542.

¹⁰⁷³ De la misma opinión, dice SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 81, «los jueces [...] ejercen su

decisión, que hace que la sentencia aparezca carente de arbitrariedad, debiendo sí rechazarse meras aseveraciones bajo forma de expresión de motivos como bastantes para estimar que hay una motivación correcta¹⁰⁷⁴, debidamente ponderado que es distinto argumentar y decidir, ya que quien juzga perfectamente podría decidir sin argumentar¹⁰⁷⁵, y como así sucede, por ejemplo, en los sistemas de Derecho continental y *common law*, los que, hasta hoy, exhiben numerosas decisiones judiciales faltas de motivación, o sea, que no aparecen apoyadas por razones o, al menos, no son éstas hechas públicas¹⁰⁷⁶.

Tampoco debiera entenderse motivado el fallo por la sola referencia normativa pues con ella la racionalidad de la sentencia es quizás aparente ya que la invocación de la ley como fundamento de la decisión apela a un argumento de autoridad que por su propia naturaleza se impone, esto es, se aplica una disposición legal que emana de quien en representación de toda la comunidad es el único que ha podido crearla: el legislador, en circunstancia que perfectamente la ley, con independencia de su origen, puede ser irracional¹⁰⁷⁷, además que, en algunas situaciones, la justificación de la decisión obedece a criterios de oportunidad o de equilibrio entre los diferentes intereses en conflicto, lo que evita la producción de efectos

responsabilidad *justificando* sus decisiones de una forma bien conocida. Ésta y sólo ésta les garantiza la autoridad necesaria en su función. La simple referencia a textos jurídicos o a otros materiales estrictamente autoritativos no es suficiente. La gente pide más, y plantea una cuestión adicional: ¿por qué? La única respuesta a *aquella* cuestión es usar argumentos apropiados (razones)».

¹⁰⁷⁴ En igual sentido, indica VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal. (La realización penal)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. II, 1997, p. 454, «[...] la sentencia debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión. [...] Los motivos que conducen al pronunciamiento deben ser expuestos a través del discurso lógico, analizándose los puntos relevantes de la causa y expresándose los argumentos que llevan a la decisión. [...] esos fundamentos deben ser serios, objetivos, ya que una fundamentación meramente aparente descalifica a la sentencia».

¹⁰⁷⁵ Así ATIENZA RODRÍGUEZ, *El Derecho como argumentación...*, op. cit., p. 62.

¹⁰⁷⁶ Así ATIENZA RODRÍGUEZ, *El Derecho como argumentación...*, op. cit., pp. 62-63.

¹⁰⁷⁷ Así, p. ej., SEGURA ORTEGA, *La Racionalidad Jurídica*, op. cit., pp. 30 y 38, quien señala que pese a que el contenido del Derecho es intrínsecamente racional porque su establecimiento se funda en principios sustanciales de los que puede predicarse una racionalidad absoluta (v. gr., la igualdad o la defensa de la libertad), a su vez, la misma realización del Derecho, esto es, su interpretación y aplicación ponen de manifiesto que en muchas ocasiones se produce un quiebre de la racionalidad del legislador que sólo se solucionaría con la intervención de otros sujetos: los jueces, siendo las deficiencias en la racionalidad del legislador fundamentalmente la falta de coherencia del Ordenamiento jurídico y la ausencia de plenitud.

tensionantes o demasiados extremos, es decir, a pesar del texto legal, hay casos en que el juez resolverá sólo según criterio de justicia (que no siempre se dejará ver en las letras de la sentencia), cual es el caso, considerado lo desproporcionado de la pena en relación a la gravedad del hecho, de la condena como consumidor y no como traficante de quien es sorprendido portando poquísima cantidad de droga¹⁰⁷⁸.

La motivación connota un juicio fáctico y uno jurídico y es aquél base o condición de éste ya que sólo si se ha concluido -a virtud de las pruebas- que el hecho que originó el procedimiento sí ocurrió y que es también penalmente relevante es posible pasar a valorarlo jurídicamente. Dado que el principio de *libre convicción*, que faculta al juez para establecer el valor a asignar a los distintos elementos probatorios según su propia conciencia, no significa mera arbitrariedad, la motivación fáctica de las sentencias es algo necesario ya que esa valoración permite observar si, a partir de las pruebas incorporadas al proceso, un hecho puede afirmarse válidamente como cierto. Sin embargo, como la fijación de los hechos, que de alguna manera debiera hacerse dentro

¹⁰⁷⁸ Así ha pasado en Chile. La Ley 19.366, art. 5 inc. 1, dispuso presidio mayor en su grado mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientos unidades tributarias mensuales para el tráfico de substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública y, art. 5 inc. 2, considera conductas de tráfico, entre otras, el, sin contar con autorización competente, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar consigo tales substancias o materias primas, a menos que se justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a un uso personal y exclusivo en el tiempo. Luego, individuos a quienes se les encontraba en su poder pequeña cantidad de droga la judicatura optó varias veces, considerando -sin declararlo oficialmente- lo desproporcionado de la pena en relación al delito, por condenarlos por consumo de drogas y no por tráfico de éstas. Esto mismo finalmente lleva a modificar la legislación, y el 16 de febrero de 2005 entra en vigencia la L 20.000, “nueva ley de drogas”, la que, manteniendo conductas típicas de la anterior, morigera la punibilidad al establecer, en su art. 4°, la figura del microtráfico, disponiendo, al efecto, que el que, sin competente autorización, posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de substancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o psíquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que produzcan o no graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública, será castigado con presidio menor en su grado medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a un uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo (inc. 1°). La norma, en su inc. 2°, establece igual pena para el que adquiera, suministre o facilite a cualquier título pequeñas cantidades de estas substancias, drogas o materias primas, con el objetivo que sean consumidas o usadas por otro, y se entiende (inc. 3°) que no concurre la circunstancia del uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo cuando la calidad o pureza de la droga poseída, transportada, guardada o portada no permita racionalmente suponer que está destinada al uso o consumo descrito o cuando las circunstancias de la posesión, transporte, guarda o porte sean indiciarias del propósito de traficar a cualquier título.

de los límites que por sí impone el Ordenamiento, carece de un mecanismo de control explícito, los hechos se establecen en términos de probabilidad¹⁰⁷⁹ y con presencia de reglas valorativas en principio ajenas al Derecho aunque en éste se consideran como ciertas¹⁰⁸⁰. Por ejemplo, tratándose de pruebas indiciarias, el TC señala que «el art. 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [...] no impone que se recoja [...] el desarrollo lógico que lleva al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, pero también es cierto que no lo impide [...], cuando el art. 120.3 de la Constitución requiere que las sentencias sean «motivadas» [...] ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por el cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar [...] si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia. [...] no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, [...] se le pide únicamente que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para [...] considerar probados los hechos constitutivos de delito. Tampoco se trata de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su razonamiento, sino las líneas generales de ese razonamiento»¹⁰⁸¹.

¹⁰⁷⁹ En este sentido, señala FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 132, «respecto del delito, las pruebas recogidas en un proceso no son casi nunca pruebas *directas* sino casi siempre *indirectas*, es decir, pruebas de indicios a su vez directos o indirectos: «probabilidades de probabilidades» [...] o, peor, [...] probabilidades (de probabilidades (de probabilidades (de probabilidades))) de probabilidades».

¹⁰⁸⁰ DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁰⁸¹ STC 174/1985 (F.j. 7), Recurso de amparo, Número de registro: 558/1983.

No vigente aún el art. 120.3 de la CE, en Sentencia 701/1986, de 12 de mayo (F.j. 1), Recurso de casación, el TS da cuenta que mediante Sentencia de 10 de febrero de 1978 se estimaba en ese entonces que el análisis o valoración de las pruebas practicadas es «totalmente ocioso e innecesario desde la soberanía que la ley

En síntesis, como incide directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva, toda sentencia, más todavía si soluciona la controversia y no recae sobre un mero trámite, requiere una motivación o, lo que es igual, debe contener o expresar las razones que fundan la decisión judicial¹⁰⁸², y no se trata de un simple fundar de forma pues únicamente si la resolución contiene un razonamiento le es factible a quien le agravia poder recurrirla con verdadera pretensión de éxito, esto es, realmente le es posible defenderse y obtener protección legal, tutela que, conforme prescribe el artículo 24.1 de la CE, tiene ya el carácter de Derecho fundamental: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión»¹⁰⁸³. El derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface con una resolución judicial motivada en Derecho y, por lo mismo, se vulnera éste si se omite razonamiento en lo que toca a alguna pretensión de parte o bien la *motivación* es irreconocible como aplicación del sistema jurídico¹⁰⁸⁴.

concede para dicha valoración, y que ha de permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de los juzgadores» y «esta tarea, además de inusual, insólita y desacostumbrada, no encuentra adecuada cabida en dicha premisa que debe redactarse dentro de la enconsertada [sic] e inaplicable normativa legal establecida por el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

¹⁰⁸² Es suficiente una motivación escueta siempre que sea completa, así se resuelve, p. ej., en STS N° Roj 2354/1995, de 26 de abril (F.j. 3), Recurso de casación: «[...] el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el de obtener una resolución judicial debidamente motivada [...], motivación que evita la arbitrariedad de la resolución, [...]. Las decisiones judiciales no son meras expresiones de voluntad sino aplicación razonable y razonada de las normas jurídicas, por lo que requieren una motivación que, aunque sea escueta, proporcione una mínima respuesta en Derecho a la cuestión planteada y resuelta. Por lo que se refiere específicamente a las Sentencias la motivación debe abarcar los tres aspectos relevantes: fundamentación del relato fáctico que se declara probado, subsunción de los hechos en el tipo penal procedente (elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, circunstancias modificativas) y consecuencias punitivas y civiles en caso de condena. La motivación puede ser escueta, siempre que suponga una aplicación razonable y reconocible del ordenamiento jurídico, incluso implícita, según la doctrina jurisprudencial vigente [...], pero en cualquier caso una Sentencia penal correcta debería contener una motivación completa, es decir en los tres aspectos anteriormente indicados, proporcionada a la dificultad o controversia de la decisión necesitada de motivación».

¹⁰⁸³ STS, 19 enero 1988 (RA 383), citada por DE ASÍS ROIG, *El Juez y la motivación en el Derecho*, op. cit., p. 154.

¹⁰⁸⁴ En este sentido, p. ej., AROZAMENA SIERRA, Jerónimo. “Las Garantías Judiciales en la jurisprudencia constitucional”. *RPJ*. num. 35, septiembre 1994 (2ª época), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 21-42, p. 29.

2.8. La Jurisprudencia y el Tribunal Constitucional en el Derecho español y chileno

En España, la actual legislación regulatoria de la actividad judicial, la nueva LOPJ 6/1985, de 1 de julio, no se aparta en su espíritu de la anterior pues mantiene el principio de división de poderes (arts. 1¹⁰⁸⁵ y 3.1¹⁰⁸⁶), asignando al Poder Judicial la función jurisdiccional específica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 2¹⁰⁸⁷) y, en ello -como se señala en la Exposición de Motivos de la propia Ley-, «aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». Por su parte, el artículo 5.1 de la LOPJ indica que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de éstos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Como primera aproximación, la Constitución entrega preceptos y principios que se constituyen tanto en fuentes directas como criterios interpretativos. La interpretación y aplicación de las leyes conforme a la interpretación efectuada por el TC de los preceptos y principios constitucionales puede ser entendida en el sentido que los jueces y Tribunales interpretan y aplican “ley” pero con el alcance o sentido que, en su momento, le ha atribuido la instancia que debe

¹⁰⁸⁵ «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley».

¹⁰⁸⁶ «La jurisdicción es única y se ejerce por los juzgados y tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos».

¹⁰⁸⁷ «1. El ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las Leyes y en los Tratados Internacionales.
2. Los juzgados y tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el párrafo anterior, las de registro civil y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en garantía de cualquier derecho».

pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma legal. Si se tratara sólo de aplicar la *doctrina* del TC, su interpretación, en su contenido, no es distinta de cualquier norma constitucional, tendría la misma jerarquía normativa, y se erigiría, de esta manera, al TC en una suerte de constituyente perpetuo ya que todas y cada una de sus resoluciones tendrían el carácter de normas supremas y superiores a la ley¹⁰⁸⁸.

Otra forma de entender la norma de la LOPJ es que la jurisprudencia forma parte del Ordenamiento jurídico, o sea, aquélla alcanza el carácter de fuente formal de Derecho, junto con la ley, sólo que la jurisprudencia ordinaria, la de jueces y Tribunales de justicia, ve limitada su posibilidad de crear Derecho en lo que toca a temas constitucionales si ya sobre éstos se ha pronunciado o establecido pautas el TC. Precisamente, en la defensa que de la LOPJ hace el poder político, se señala que «[...] no es necesario esperar a la jurisprudencia constitucional, pero una vez que ésta, efectivamente se haya pronunciado, pasa a convertirse en ordenamiento jurídico, y esa jurisprudencia vincula a todos los poderes públicos y entre ellos, desde luego, al poder judicial [...] Tal obligatoriedad no podía darse sin expreso mandato de la ley, por ser la interpretación una actividad intelectual y por ello enteramente libre, con la sola sujeción a los criterios de la lógica y de las normas sobre hermenéutica, razón por la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo nunca ha vinculado a los jueces y tribunales inferiores»¹⁰⁸⁹.

Para que la sentencia cumpla su función de solucionar un conflicto social penalmente relevante, el Ordenamiento jurídico, estando el fallo firme o ejecutoriado, reviste a la decisión judicial de una serie de características o cualidades, como ser el efecto de cosa juzgada (mínimo “formal”), que

¹⁰⁸⁸ En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S. “Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional”. *RPJ*. num. 2, junio 1986 (2ª época), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-13, pp. 9-11.

¹⁰⁸⁹ Congreso de Diputados, sesión plenaria 164, de 13 de noviembre de 1984, II Legislatura, Diario de Sesiones, p. 7634.

impide discutir otra vez en Tribunales el asunto que motivó el pronunciamiento del fallo¹⁰⁹⁰, y siempre que entre lo ya resuelto y lo pretendido actualmente debatir se den ciertas identidades, a saber: legal de personas, de la cosa pedida y de la causa de pedir (el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio)¹⁰⁹¹. Pero, como el impedimento para renovar judicialmente un conflicto zanjado por dicha vía no se extiende a la “consecuencia” que emana de la respectiva sentencia si con ello se viola un derecho o libertad establecido por la Constitución, según ésta dispone en su artículo 161.1.b)¹⁰⁹², es posible, por lo bajo, estimar al TC como un verdadero Tribunal de justicia, que ejerce jurisdicción, la cual además la propia norma constitucional citada dice que la “tiene” el referido Tribunal.

Por si fuera poco, la decisión sobre un amparo, del TC tiene la fuerza suficiente como para eliminar la consecuencia derivada de una sentencia judicial¹⁰⁹³, lo que importa, justamente, deliberar acerca de la culpabilidad de alguien o de la razón que le asiste en un asunto y sentenciar lo procedente¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹⁰ La explicación es sencilla, como refiere GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del Juicio Jurídico*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955*, p. 138, «El principio: “la cosa juzgada es la verdad legal”, claramente sugiere la posibilidad de una discrepancia entre lo que en sentido epistemológico es “verdadero” o “falso”, y lo que en sentido jurídico “tiene validez” o “carece de ella” [...] incluso los juicios referidos a hechos y [...] susceptibles de ser [...] falsos o verdaderos, adquieren otra significación cuando declaran legalmente probados tales hechos, lo que permite predicar de dichos juicios la validez o invalidez en sentido normativo. Por ello es posible, para poner otro ejemplo, que la declaración judicial de muerte de un ausente sea válida, aún cuando éste no haya muerto». (* esta obra aparece sin fecha y tal referencia aquí a ella hecha se contiene en GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del concepto jurídico*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 9, n. n° 2).

¹⁰⁹¹ Así, p. ej., art. 177 CpcCh.

¹⁰⁹² «El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer: [...] Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca».

¹⁰⁹³ Conforme prescribe el art. 55.1 de la LOTC: «La sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes: a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos. b) Reconocimiento del derecho o libertad pública de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado. c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación».

¹⁰⁹⁴ P. ej., en relación con los delitos, y a fin de establecer los criterios de identificación subjetiva del culpable, junto con el *principio de responsabilidad personal*, FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, *op. cit.*, 706, agrega el *principio de jurisdicción*, «en cuya virtud la responsabilidad culpable de una persona por el delito que se le atribuye sólo puede afirmarse como consecuencia de un juicio que concluye con una sentencia condenatoria definitiva».

O sea, el TC efectúa juzgamiento¹⁰⁹⁵, que es, en definitiva y por ejemplo, se declare o se constituya un derecho, y sin que aquéllo deje de ser tal, ni aún porque el contenido fáctico que sirve de base para decidir sea menor que el que tuvo al efecto el Tribunal cuya sentencia se revisa, más todavía que quien falla no cuenta siempre en cada caso -semejantes o no- con igual número y calidad de pruebas, a lo que hay que agregar “limitaciones” inherentes al hecho juzgado como también otras que posibilita o bien exige el Ordenamiento jurídico¹⁰⁹⁶.

Como consecuencia, al tiempo de dar un concepto de jurisprudencia, centrado el mismo en la doctrina de los Tribunales, particularmente la del Supremo español, es posible incorporar ya a la definición una referencia también a la doctrina surgida de las resoluciones del TC¹⁰⁹⁷, y con mayor razón aún si la valoración que en ella se contiene permite encontrar fundamento para los recursos ordinarios y extraordinarios que contempla el Ordenamiento respecto de las resoluciones de los Tribunales integrantes del Poder Judicial, los cuales, sin excepción, resultan obligados a hacer

¹⁰⁹⁵ Para CACHÓN VILLAR, Pablo. “La Ubicación del Poder Judicial entre los Poderes del Estado”. *Estudios de Derecho Judicial*, N° 10, 1998 (Ejemplar dedicado a: *Escuela de verano del Poder Judicial: Galicia 1998*), pp. 325-380, p. 355, la jurisdicción del TC no es una jurisdicción especial sino que ordinaria pero dentro de un específico marco competencial, cual es el de las garantías constitucionales. En cambio, para CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., p. 185, «el Tribunal Constitucional posee una naturaleza sui generis, especial y compleja, debido principalmente a la materia que se le somete para su análisis, por lo especial que es el objeto que ha de interpretar, es decir de la Constitución».

¹⁰⁹⁶ Como ejemplo, el art. 276 incs. 1 y 2 CppCh, que dispone que «[...] El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal».

Hay veces en que el Ordenamiento establece limitaciones a la prueba en relación al número de probanzas de una misma especie y, así, el CpcCh, siempre en el caso del Juicio Ordinario, tratándose del de mayor cuantía, dispone en el art. 372 que «Serán admitidos a declarar solamente hasta seis testigos, por cada parte, sobre cada uno de los hechos que deban acreditarse» y, tratándose de juicio de mínima cuantía, prescribe en el art. 716 inc. 2 que «Sólo podrán declarar cuatro testigos por cada parte sobre cada uno de los puntos de prueba que fije el juez».

¹⁰⁹⁷ En este sentido, p. ej., CALVO VIDAL, *La Jurisprudencia ¿Fuente del Derecho?*, op. cit., pp. 80-84.

aplicación de la doctrina del titular de la interpretación Constitucional. De hecho, el TC ha sido definido como órgano jurisdiccional¹⁰⁹⁸ y de carácter especial, en tanto no “integra” el Poder Judicial¹⁰⁹⁹. En esta línea, para GARCÍA DE ENTERRÍA, no hay duda que la designación del Tribunal Constitucional como “Tribunal”, así como su regulación específica, expresan la voluntad constituyente de reducir su papel a una función materialmente jurisdiccional y no política, en el sentido de una función vinculada a la interpretación y aplicación de una norma previa, la Constitución misma¹¹⁰⁰.

Como podrá advertirse, el TC pronuncia sentencias obligatorias, las que, por tanto, sientan precedente, pero en la medida que no se trate de resoluciones de amparo sino que estimatorias de la inconstitucionalidad pues para aquéllas el mismo TC niega los efectos generales que anuncian los artículos 164.1 de la CE y 38.1 de la LOTC. Así, a modo de ejemplo, en sentencia de amparo del 11 de noviembre de 1986, reconociendo el carácter de Ley Orgánica que debe tener toda norma penal que suponga una privación de libertad, el TC inicia (conforme al art. 55.2 LOTC) un procedimiento de autocuestión de inconstitucionalidad (art. 37 LOTC), «con el objeto de emitir un pronunciamiento que vincule con efectos generales a todos los poderes públicos respecto de la inconstitucionalidad de los mandatos legales cuya aplicación ha dado lugar a la vulneración apreciada en el presente recurso [...]»¹¹⁰¹, el que resuelve estableciendo que: «1. De lo dispuesto en el art. 55.2 LOTC resulta que el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad allí contemplado ha de ser precisamente la norma cuya aplicación dio lugar al amparo, y su adecuación a las disposiciones constitucionales que reconocen y protegen derechos fundamentales susceptibles de amparo, quedando así

¹⁰⁹⁸ Así, p. ej., VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva...*, op. cit., p. 178; APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. “Algunas consideraciones sobre la justicia Constitucional”. *Revista Jurídica de Catalunya*. Nº 4, 1983, pp. 935-968, pp. 938 y ss.

¹⁰⁹⁹ Así, p. ej., VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva...*, op. cit., p. 178.

¹¹⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1981, p. 200.

¹¹⁰¹ STC 140/1986 (F.j. 9), Recurso de amparo, Número de registro: 338/1985.

determinados tanto la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, como los parámetros constitucionales a tener en cuenta. 2. Se reitera la doctrina sentada en la STC 140/1986 según la cual el derecho a la libertad del art. 17.1 C.E. es el derecho de todos a no ser privados de la misma salvo «en los casos y en la forma previstos en la Ley»: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación es desarrollo del derecho que así se limita; de ahí que deba tener carácter de orgánica. 3. En cuanto a las consecuencias que pudieran derivarse de la declaración de inconstitucionalidad de la norma aquí cuestionada (art. 7.1 de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre), su consideración hace referencia a materias sobre las cuales este Tribunal no puede pronunciarse, bien porque corresponde en exclusiva a otras instancias jurisdiccionales, bien porque quedan fuera del ámbito del presente proceso»¹¹⁰².

Asimismo, la determinación de fuerza vinculante a la decisión de amparo encuentra dificultad en el mismo artículo 5.1 de la LOPJ cuya interpretación genera discrepancias. Para algunos, la redacción de la norma suscita más interrogantes que las que despeja¹¹⁰³ o, dicho más tajantemente, es «una suerte de “noche, donde todos los gatos son pardos” cuya única virtualidad consiste en aumentar la confusión»¹¹⁰⁴.

Por el contrario, otros, como VIDALES RODRÍGUEZ, entienden que el tenor literal también permite una lectura en el sentido que los jueces y Tribunales están vinculados por los pronunciamientos del TC independientemente del procedimiento en que sean vertidos y, por lo mismo,

¹¹⁰² STC 160/1986, de 16 de diciembre, Cuestión de inconstitucionalidad, Número de registro: 1232/1986.

¹¹⁰³ DE LA OLIVA SANTOS, A. “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”. En: *Tribunal Constitucional, jueces ordinarios y derechos fundamentales*, con DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. Madrid, 1996, p. 19, n.º 15, citado por VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva ...*, *op. cit.*, p. 195, n.º 356.

¹¹⁰⁴ VIVES ANTÓN, T. S. “Tribunales de Justicia y Tribunal Constitucional”. En: *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995, p. 237 a 243, p. 242, citado por VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva ...*, *op. cit.*, p. 196, n.º 358.

el fin perseguido con tan “confuso” precepto no podría ser otro que extender los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad a todo tipo de resoluciones¹¹⁰⁵. Y claro, en favor de la última estimación juega el que no hace mucho sentido que los derechos y libertades establecidos para los ciudadanos por la CE (arts. 15 a 29) puedan ser protegidos con efectividad mediante el recurso de amparo ante el TC (art. 161.1, b) CE) pero sin tener lo resuelto por éste fuerza “normativa” para casos futuros ante los Tribunales de justicia ya que, siendo así, resultaría manifiesto que la labor del TC quedaría sólo reducida, ni más ni menos, a “reparar derechos y libertades violados”. Por otra parte, la afirmación del TC en cuanto a que las sentencias de amparo no son vinculantes, en términos prácticos, es relativa, porque los jueces y Tribunales para seguir la doctrina que surge aún de una sentencia que se limita a la estimación subjetiva de un derecho no son ajenos a las mismas razones que explican por qué los jueces inferiores pueden preferir seguir el precedente establecido por sus superiores en jerarquía, o sea, ahorrar tiempo y evitar dificultades, si es que no responsabilidades y, a la vez, cumplir con el ideario de justicia formal de tratar los casos análogos de manera similar o que cada decisión concreta se base en una regla general, expuesto de otra manera, al seguir la pauta que fijó el TC, el Poder Judicial impide una reiteración de procesos en los cuales no se demanda otro derecho que no sea el que ha sido reconocido en amparo en un caso concreto.

Un Estado Constitucional importa una Carta fundamental que, en razón de los principios que recoge e informa, nace siempre con pretensión de ser plenamente realizada, lo que se logra sólo si sus normas verdaderamente vinculan o se imponen a los poderes públicos y ciudadanos en general y, por

¹¹⁰⁵ VIDALES RODRÍGUEZ, *La Eficacia Retroactiva...*, op. cit., p. 196. (esta autora, además, agrega que esta interpretación es la mayoritaria en doctrina, entre otros, p. ej., BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *La interpretación de la Constitución por la Jurisdicción ordinaria*. Madrid, 1990, pp. 50 y ss.; DE OTTO PARDO, I. *Estudios sobre el Poder Judicial*. Madrid, 1989, pp. 47 y ss.; HERRERO TEJEDOR, F. “El Tribunal Constitucional y el sistema de fuentes”. En: *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 1, marzo, 2000, p. 32).

lo mismo, ella implica, sin variación, el establecimiento o permanencia de disposiciones que ciertamente permiten el objetivo referido, algo que el artículo 5.1 LOPJ cumple adecuadamente¹¹⁰⁶. Esta primacía de la Constitución la establece latamente el TC español cuando indica que «La Constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora al sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico [...]»¹¹⁰⁷; «[...] los preceptos constitucionales [...] vinculan a todos los poderes públicos (artículos 9.1 y 53.1 de la Constitución), y que son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos»¹¹⁰⁸; «No conviene olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento [...]. Por ello, es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales»¹¹⁰⁹; «Que la Constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema y no una declaración programática o principal es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 donde se dice

¹¹⁰⁶ En este sentido, ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, p. 14, señala que «La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un «compromiso de las posibilidades» y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un *a priori* de la política con fuerza propia, desde arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones «abiertas», [...] que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática [...] ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La «política constitucional» mediante la cual se persigue ese centro no es la ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva». Y, para LARENZ, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, *op. cit.*, p. 338, «Si una interpretación, que no contradice los principios de la Constitución, es posible según los demás criterios de interpretación, ha de preferirse a cualquier otra en que la disposición hubiera de ser anticonstitucional. De ello se sigue (...) que, entre varias interpretaciones posibles [...], siempre obtiene preferencia aquella que mejor concuerda con los principios de la Constitución. La “conformidad con la Constitución” es, por tanto, un criterio de interpretación».

¹¹⁰⁷ STC 9/1981, de 31 de marzo (F.j. 3), Recurso de amparo, Número de registro: 107/1980.

¹¹⁰⁸ STC 21/1981, de 15 de junio (F.j. 17), Recurso de amparo, Número de registro: 92/1980.

¹¹⁰⁹ STC 16/1982, de 28 de abril (F.j. 1), Recurso de amparo, Número de registro: 212/1981.

que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución», sujeción o vinculatoriedad normativa que se predica en presente indicativo, esto es, desde su entrada en vigor, que tuvo lugar, según la disposición final, el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado. Decisiones reiteradas de este tribunal en cuanto intérprete supremo de la Constitución (art. 1 de la LOTC) han declarado ese indubitable valor de la Constitución como norma [...]»¹¹¹⁰.

Si fuera por concluir, sin duda, la institucionalidad vigente hace, indefectiblemente, de los pronunciamientos del TC una condicionante de la actividad judicial ordinaria, siendo impensable como inadmisibles que un Tribunal -aún entendiendo esta magistratura que sobradamente le asisten razones jurídicas para discrepar- se desentienda de lo ya resuelto -doctrina incluida- por el intérprete de la norma fundamental, por lo que las no pocas diferencias agitadas entre estas jurisdicciones, sin desconocer su trascendencia, son finalmente historia, como bien lo ejemplifica el llamado caso de “los Albertos”, en 2008, que impone en definitiva, no obstante públicas y conocidas “objeciones” de los Supremos en contra, el parecer del Constitucional¹¹¹¹, cuyo influjo se hizo sentir prontamente en la legislación positiva¹¹¹². Además, y en cuanto a sentencias sobre inconstitucionalidad

¹¹¹⁰ STC 80/1982, de 20 de diciembre (F.j. 1), Recurso de amparo, Número de registro: 160/1982.

¹¹¹¹ Habiendo antes la Audiencia de Madrid sostenido que acto apto para interrumpir la prescripción de un delito de estafa es la declaración de admisibilidad de la querrela y el TS que al efecto basta sólo la presentación de la misma, por lo que el máximo Tribunal dictó, en consecuencia, condena, el TC, recurrido de amparo, acoge la interpretación primera y anula la sentencia del Supremo.

¹¹¹² El art. 132.2.2ª Cp -modificado por el Artículo único. Trigésimo cuarto de la LO 5/2010, de 22 de junio- se sustenta en la interpretación del TC puesto que se establece que presentada la querrela, y contado desde la presentación de ésta, no se interrumpe la prescripción y se suspende el plazo de su cómputo por un máximo de seis o dos meses según se trate, respectivamente, de delitos o faltas, continuando corriendo la prescripción si dentro del lapso indicado recae resolución que declara inadmisibles a trámite la querrela o se acuerda no dirigir el procedimiento contra el querrellado, igual solución en caso que el juez de instrucción, dentro del período aludido, no dicte resolución alguna o una motivada en la que se atribuya presunta participación al querrellado en hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

En palabras de QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La nueva regulación de la prescripción del delito (arts. 131, 132 y 133)”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 169-180, p. 176, «[...] a pesar de la protesta del TS por la supuesta invasión de sus competencias, se adopta un criterio *que desde luego no es el de conceder valor a la simple presentación de la querrela*; por lo tanto quedaba abierto el problema de lo que deba hacerse cuando a la prescripción sobrevenga entre la presentación de la querrela

como también interpretativas y que resuelven recursos de amparo -aún cuando estas últimas carecen de valor *erga omnes*-, el propio TS reconoce la supremacía interpretativa del TC señalando respecto de éste que «su doctrina prevalece sobre la de cualquier órgano jurisdiccional incluso del máximo rango -Tribunal Supremo- cuando se refiere a la «compatibilidad constitucional» de la ley interpretada por éste, y en estos términos ha de entenderse el artículo 5.1 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial al proclamar que la Constitucional es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán las leyes y reglamentos según los preceptos constitucionales, «conforme a la interpretación de los mismos que resulta de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»»¹¹¹³.

En Chile, la Constitución, en el Capítulo VI, titulado “Poder Judicial”, artículos 76 y siguientes, trata la situación de jueces y Tribunales, siendo propio de éstos, según prescribe el artículo 76 inc. 1, «[...] conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado [...]», y por lo cual (art. 66 inc. 2 CCh), «Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión». Pero, esta labor de los Tribunales chilenos también puede verse afectada por la existencia de un Tribunal Constitucional, sólo que, durante mucho tiempo se ha dado una coexistencia que no ha generado roces, y ello como consecuencia que, hasta hace muy poco (2005) el máximo Tribunal estaba facultado, por la misma Constitución, para declarar inaplicable todo precepto legal que fuera contrario a la Carta. Esta facultad le

y la incoación de diligencias previas. [...] sería absurdo exigir [...] que el auto de incoación o de inadmisión se dictaran en el término de un día, por ejemplo; y es también evidente que ese riesgo ha de quedar prevenido. Por todo ello se abrió paso a la única solución posible: que introducir la advertencia de que tras la presentación de la querrela o denuncia y hasta la resolución que dicte el órgano jurisdiccional *se suspende el cómputo del plazo*. [...] “suspender” y no “interrumpir” para evitar que se interprete el efecto de cancelación propio de la interrupción. [...]».

¹¹¹³ STS 1617/1986, de 5 de diciembre (F.j. 1), N° Roj: 6787/1986.

fue otorgada a la CS cuando aún no existía el TC, bajo la vigencia de la CCh de 1925, en la especie, artículo 86 inc. 2, y cuyo tenor era el siguiente: «La Corte Suprema, en los casos particulares de que conozca o le fueren sometidos en recurso interpuesto en juicio que se siguiere entre otro Tribunal, podrá declarar inaplicable, para ese caso, cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado del juicio, sin que se suspenda su tramitación».

El mentado “recurso” se caracterizaba por ser una acción constitucional en defensa y garantía de la supremacía constitucional, constituyendo un control represivo o posterior de la constitucionalidad de un precepto legal pues su ejercicio suponía una norma vigente, pudiendo la misma ser una ley, un decreto ley, un decreto con fuerza de ley o un tratado internacional, siendo sí limitados los efectos de esta acción, esto es, únicamente se extendía al litigio de que se trataba y a quienes eran parte de él.

Pese a que el texto de la CCh de 1925 no circunscribía la procedencia del recurso a la inconstitucionalidad de forma, o sea, en cuanto al procedimiento seguido para la formación de la ley, la CS, en la práctica, siempre limitó su actuar a la constitucionalidad de fondo pues estimaba que si extendía su competencia al conocimiento de la de forma invadía las atribuciones propias del legislador: «El recurso de inconstitucionalidad que consagra la Constitución Política resguarda la constitucionalidad de fondo de las leyes, no la de forma, pues la última mira a la formación de la ley, en términos que si ésta no se genera no es ley; no es la existencia de cuerpos legales lo que el recurso ampara, sino su constitucionalidad, para evitar que las prescripciones debidamente generadas y promulgadas como ley, contraríen los principios

normativos, los derechos que concede y las garantías que otorga la Carta Fundamental»¹¹¹⁴.

También fue doctrina uniforme del máximo Tribunal que él carecía de atribuciones para pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de preceptos que no son aplicables al caso que se plantea en el juicio y, además, como el recurso perseguía evitar la contradicción entre la ley constitucional y la ley ordinaria, se sostuvo que: «Para que pueda prosperar un recurso de inaplicabilidad es indispensable que exista una completa y perfecta contradicción entre una ley constitucional y una ordinaria; es decir, que ambas no puedan coexistir entre sí por contener normas o fines jurídicos que se contrapongan al aplicarse a un negocio determinado»¹¹¹⁵.

Doctrinariamente, la inaplicabilidad en manos de la CS consagró en el Ordenamiento constitucional chileno un control *a posteriori* de la supremacía material de la Constitución¹¹¹⁶ o, mejor dicho, solamente un control de fondo y no de forma, cuya significación era que una ley ya dictada podía ser declarada inaplicable para un caso particular pero sin que ello significara que el precepto legal declarado inaplicable perdiera su vigencia.

La ausencia de pronunciamientos del Supremo chileno acerca de la inconstitucionalidad de forma de un precepto legal trae consigo la idea de creación de un Tribunal Constitucional que tuviese facultades para ejercer un control preventivo de constitucionalidad, tanto de forma como de fondo,

¹¹¹⁴ CS, 19 diciembre 1936, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales (R.)*, t. 34, sec. 1ª, p. 154; CS, 6 diciembre 1950, *R.*, t. 47, sec. 1ª, p. 537; CS, 24 mayo 1965, *R.*, t. 62, sec. 1ª, p. 106; CS, 19 abril 1985, *Revista Gaceta Jurídica (R.G.J.)*, N° 58, p. 37. En: “Constitución Política de la República de Chile 1980”. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 215.

¹¹¹⁵ CS, 8 mayo 1950, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, t. 47, sec. 1ª, p. 166. En: “Constitución Política de la República de Chile 1980”. *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 212.

¹¹¹⁶ Así BULNES ALDUNATE, Luz. “El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980”. En: *Recursos de Rango Constitucional* (Colección Seminarios N° 5). Santiago de Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1983, pp. 25-46, p. 29.

respecto de los preceptos legales (ley, decreto ley, etc.). El primer atisbo serio de establecimiento del TC chileno surge en 1964 con la presentación - del Ejecutivo- de un proyecto de reforma constitucional que lo introduce y que en definitiva no se materializó. Casi concluyendo el mandato presidencial del período 1964-1970 (Eduardo Frei Montalva) se presentó un nuevo proyecto, concretado mediante la L 17.284, de 23 de enero de 1970, y por el cual se crea un Tribunal Constitucional, cuyo modelo fue el Consejo Constitucional de la V República Francesa. En lo medular, al TC chileno se le asignaron facultades de control de constitucionalidad, de forma y fondo, de carácter preventivo de la ley, decretos leyes y decretos con fuerza de ley, y las que coexistían con la facultad de control de constitucionalidad, de fondo, de leyes ya vigentes y que competía a la CS a través del recurso de inaplicabilidad. En cuanto a su integración, el TC debía componerse de 5 miembros, tres de ellos designados por el Presidente de la República con acuerdo del Senado, uno de los cuales debía a lo menos haberse desempeñado como profesor universitario con 10 años mínimos de cátedra en Derecho Constitucional o Administrativo, y los otros dos miembros designados por la CS de entre los suyos. Y sin presentar cambio, según prescribía el artículo 78 c) de la CCh 1925, las resoluciones del TC no son recurribles y, asimismo, toda disposición que sea por él declarada inconstitucional no puede convertirse en ley en el proyecto o decreto con fuerza de ley de que se trate y, por la inversa, si ha resuelto que un precepto legal es constitucional, la CS no puede declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.

Poco después del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, y con pretexto de ser un órgano innecesario por no estar en funcionamiento el Congreso Nacional, mediante DL n° 119, de 5 de noviembre de 1973, se suprimió el TC y habiendo alcanzado éste, a la fecha, tan sólo a dictar 17 sentencias. A efectos de su permanencia más allá del sólo recurso a la fuerza,

el gobierno militar concibe crear una Constitución Política, que se entiende encarna el ideario que “explicaba” la toma violenta del poder: «intentar alcanzar simultáneamente y armonizar en forma equilibrada la libertad como forma de vida, con el desarrollo acelerado de nuestra economía y el progreso o justicia social»¹¹¹⁷, con una concepción del hombre como un ser dotado de espiritualidad, de lo cual emana con verdadero fundamento la dignidad de la persona humana, la que se traduce en que «El hombre tiene derechos naturales anteriores y superiores al Estado [...] El Estado debe estar al servicio de la persona y no al revés [...] El fin del Estado es el bien común [...]»¹¹¹⁸.

Así, aprobada en plebiscito, en 1980, y para regir -según su “Artículo final”- a los seis meses después de su aprobación, salvo sus disposiciones transitorias novena (referida justamente a la designación de los miembros del Tribunal Constitucional) y vigésimatercera, las que entraban en vigor al tiempo de dicha aprobación, esta nueva Constitución, por los artículos 81 a 83, reestablece el otrora suprimido TC y en ello, a diferencia de antes, se estatuye que su número de miembros se aumenta de 5 a 7, tres de ellos debiendo ser Ministros de la CS, elegidos por ésta, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas, y los restantes, uno ser abogado designado por el Presidente de la República, otros dos ser abogados elegidos por el

¹¹¹⁷ “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, Santiago de Chile, 4 de marzo de 1974 (Augusto PINOCHET UGARTE; José T. MERINO CASTRO; Gustavo LEIGH GUZMÁN; César MENDOZA DURÁN), en: *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, 1975/1976, *op. cit.*, pp. 515-527, pp. 515-516. El texto completo del primer manifiesto de la oficialidad golpista puede consultarse, p. ej., en BRAVO LIRA, Bernardino. “Metamorfosis de la legalidad. Forma y destino de un ideal dieciochesco”. En: *Revista de Derecho Público*, núms. 31-32, Enero-Diciembre, 1982, Santiago de Chile: Departamento de Derecho Público Universidad de Chile, pp. 75-92, pp. 87-88, n. n° 32. Parte del texto de este manifiesto es el siguiente: «Bando N° 1 de la Junta Militar de Gobierno, Santiago 11 de septiembre de 1973: “Teniendo presente: 1. La gravísima crisis social y moral por la que atraviesa el país; 2. La incapacidad del Gobierno para controlar el caos; 3. El constante incremento de grupos paramilitares entrenados por los partidos de la Unidad Popular, que llevarán al pueblo de Chile a una inevitable guerra civil, las Fuerzas Armadas y Carabineros deciden: 1.- El Presidente de la República debe proceder a la inmediata entrega de su cargo a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile. 2.- Las Fuerzas Armadas y Carabineros están unidos para iniciar la histórica y responsable misión de luchar por la liberación de la Patria y evitar que nuestro país caiga bajo el yugo marxista, y la restauración del orden y la institucionalidad [...]».

¹¹¹⁸ “Declaración de Principios del Gobierno de Chile”, en: *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, 1975/1976, *op. cit.*, p. 516.

Consejo de Seguridad Nacional, y el último ser abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio. Los ministros del TC durarían 8 años en sus cargos, renovándose por parcialidades cada 4 años, gozando de inamovilidad, y su accionar autónomo se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 79 de la Carta, que excluye de la superintendencia directiva, correccional y económica de la CS sobre todos los Tribunales de la República, precisamente, al TC¹¹¹⁹.

En lo general, el ámbito de competencia de este “nuevo” Tribunal Constitucional -o “recreado” por decirlo de otro modo- es un control preventivo de constitucionalidad de forma y fondo de las leyes en tramitación, que compatibiliza con un control de constitucionalidad de fondo de ley vigente, por cuenta de la CS, conforme estatuye el artículo 80 de la nueva Carta, el que respeta casi íntegramente el contenido de la norma anterior (art. 86 inc. 2 CCh 1925) salvo en cuanto a que ahora es posible suspender el procedimiento en el cual incide la declaración del máximo Tribunal: «La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá declarar inaplicable para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento».

En lo fundamental, la atribución del TC se circunscribe a un control de constitucionalidad de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpretan algún precepto de la Constitución (art. 82 N° 1 [actual 93 N° 1]), la resolución de las cuestiones

¹¹¹⁹ Quedan también bajo esta superintendencia del máximo Tribunal, «el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales, y los tribunales militares de tiempo de guerra» (se incluía también -los que nunca se crearon por lo que fue derogada la norma en esta parte por el art. Único, n° 39, de la ley 18.825, publicada el 17 de agosto de 1989- los “tribunales contenciosos-administrativos”).

sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso (82 N° 2 [actual 93 N° 3]), y la resolución de las cuestiones que se susciten sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley (82 N° 3 [actual 93 N° 4]).

Y estimado que era dar al Poder Judicial una prerrogativa propia del Legislativo, esto es, la facultad de derogar leyes, no prosperó en la CCh 1980 la idea de conceder un efecto general al pronunciamiento de inconstitucionalidad de la CS si ya por tercera vez seguida se emitía tal opinión respecto de un mismo precepto legal. Precisamente, y creado por Acta Constitucional (AC) N° 1¹¹²⁰, DL 1.319, de 9 de enero de 1976, el Consejo de Estado, cuya función era la de «supremo cuerpo consultivo del Presidente de la República en asuntos de gobierno y administración civil» (art. 1 AC), y que era un órgano a cuyo respecto el Presidente de la República podía solicitar su opinión, entre otras materias, acerca de proyectos de reforma constitucional (art. 4 a) AC), propuso un segundo inciso al referido artículo 80 y cuyo tenor fue el que sigue: «Si la Corte Suprema declara inaplicable un mismo precepto legal en tres fallos consecutivos, declarará al mismo tiempo la inconstitucionalidad de dicho precepto y ordenará de inmediato la publicación de este acuerdo en el Diario Oficial. A partir de la fecha de dicha publicación el precepto inconstitucional dejará de producir efectos lo que no empecerá a las sentencias ejecutoriadas con anterioridad».

Al tenor de la CCh 1925, la posibilidad de colisión entre ambas instituciones igual son mínimas pues la CS y el TC corren en paralelo, aquélla se pronunciaba respecto de la constitucionalidad de preceptos legales vigentes y

¹¹²⁰ Texto completo de Acta Constitucional N° 1, en: *Ordenamiento Constitucional: Constitución Política de la República. Actas Constitucionales. Antecedentes Normas complementarias*. 1ª ed. Recopilación, notas y concordancias: SOTO KLOSS, Eduardo. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1980, pp. 65-71.

éste básicamente acerca de la constitucionalidad de preceptos legales aún no promulgados (leyes orgánicas constitucionales) o que están en tramitación (leyes, reforma de la Constitución, o de tratados internacionales¹¹²¹) y leyes interpretativas de la Carta fundamental y DFL.

Mas, cambia radicalmente el escenario a partir del 26 de febrero de 2006, a virtud de la L 20.050 (DO 26/08/2005), en cuanto queda ya la CS desprovista de su facultad de declarar la inaplicabilidad, por inconstitucionalidad, de fondo, de preceptos legales vigentes y, junto con aumentarse su número de integrantes a 10, éstos principalmente nombrados por el poder político¹¹²², le son ampliadas las competencias al TC, las que se traducen, y en lo que interesa, en resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación, en cualquier gestión seguida ante un Tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución (art. 93 N° 6 CCh), y resolver, por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable por la mayoría de sus miembros en ejercicio, respecto de su aplicación en cualquier gestión que se siga ante un Tribunal ordinario o especial (art. 93 N° 7 CCh), cometidos para los cuales ha de interponerse, respectivamente, *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad*¹¹²³, pudiendo el procedimiento en que se origina ésta ser

¹¹²¹ Art. 43 n° 5 CCh 1925: «Son atribuciones exclusivas del Congreso: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación». La norma se reitera y explica en su dinámica en la CCh 1980, mediante el art. 50 n° 1 inc. 1, que prescribe: «Son atribuciones exclusivas del Congreso: Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley».

¹¹²² Tres miembros son designados por el Presidente de la República, otros cuatro son elegidos por el Congreso Nacional, todos nombrados por el Senado, dos directamente y otros dos previa propuesta por la Cámara de Diputados, y los tres restantes son elegidos por la Corte Suprema.

¹¹²³ Art. 93 N° 16° inc. 11 CCh: «[...] la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. [...]».

Art. 79 inc. 1 LOCTC: «En el caso del número 6° del artículo 93 de la Constitución Política, es órgano legitimado el juez que conoce de una gestión pendiente en que deba aplicarse el precepto legal impugnado, y son personas legitimadas las partes en dicha gestión»; Art. 81 LOCTC: «El requerimiento podrá interponerse

suspendido por la correspondiente Sala del TC (arts. 93 N° 16° inc. 11 *in fine* CCh y 85 LOCTC¹¹²⁴), y *acción de inconstitucionalidad*, sin perjuicio de poder el TC proceder de oficio¹¹²⁵.

Esta reforma del año 2005, en lo relativo al control de normas, deja el antiguo modelo chileno de control “compartido” entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional y pasa a un control de normas legales concentrado propiamente tal, dentro del que coexisten controles preventivos obligatorios, controles preventivos contenciosos -que eran los que existían antes de la reforma-, con controles a posterior, concretos y de efectos inter partes (el “recurso de inaplicabilidad”), y controles abstractos y de efectos *erga omnes* (la nueva “cuestión de inconstitucionalidad”, toda una innovación en el Derecho constitucional chileno), además del control de los autos acordados dictados por los Tribunales superiores, que hasta ese instante carecían de examen de esta especie. Queda así el control de constitucionalidad de la ley concentrado, única, exclusiva y excluyentemente, en el Tribunal Constitucional, manteniéndose en los

respecto de cualquier gestión judicial en tramitación, y en cualquier oportunidad procesal en que se advierta que la aplicación de un precepto legal que pueda ser decisivo en la resolución del asunto resulta contraria a la Constitución».

¹¹²⁴ «La suspensión del procedimiento en que se ha promovido la cuestión de inaplicabilidad deberá pedirse en el requerimiento o con posterioridad, ante la misma sala que resolvió su admisibilidad. Una vez decretada, se mantendrá hasta que el Tribunal dicte la sentencia y la comunique al juez ordinario o especial que conoce de la gestión pendiente. Pero la sala respectiva, por resolución fundada, podrá dejarla sin efecto en cualquier estado del proceso.

El rechazo de la solicitud a que alude el inciso precedente no obstará a que en el curso de la tramitación del requerimiento la petición pueda ser reiterada, debiendo cada solicitud ser resuelta por la misma sala que conoció de la admisibilidad, la que también será competente para decretar de oficio la suspensión del procedimiento, siempre que haya motivo fundado».

¹¹²⁵ Art. 93 N° 16° inc. 12 primera parte CCh: «[...] una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, [...] habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio. [...]».

Art. 93 inc. 1 LOCTC: «[...] la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas [...]».

Art. 94 LOCTC: «En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas».

Art. 95 inc. 1 LOCTC: «Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo».

Tribunales ordinarios la competencia para custodiar la tutela constitucional de derechos fundamentales vía acciones de amparo y de protección, que se basan fundamentalmente en infracciones a la ley o a la interdicción de la arbitrariedad que tienen como efecto la violación de derechos fundamentales.

La cuestión a dilucidar es por tanto el alcance de la sentencia del TC, esto es, si la misma vincula o no a los demás operadores jurídicos, muy particularmente a los Tribunales ordinarios de Justicia.

La Carta chilena determina en su nuevo artículo 94 inc 1° que «Contra las resoluciones del Tribunal Constitucional no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que puede, el mismo Tribunal, conforme a la ley, rectificar los errores de hecho en que hubiere incurrido», pudiendo así sostenerse que la sentencia del TC produce cosa juzgada, en tanto no existe en el Ordenamiento jurídico interno posibilidad de revisar dicha resolución, siendo únicamente factible superar actuaciones erróneas o abusivas mediante el complejo procedimiento de revisión constitucional.

Hasta antes de entrar en vigencia en febrero de 2006 la reforma constitucional de 2005, la cultura jurídica es que los fallos del Tribunal Constitucional solamente tienen fuerza persuasiva para los demás órganos estatales en la medida que éstos estimen pertinentes los criterios utilizados por el Constitucional al resolver la materia específica¹¹²⁶, lo que guarda relación con la propia jurisprudencia del TC, que manifestándose explícitamente sobre el punto, determinó, en 1993, que «debe también tenerse en consideración para resolver acerca de la conveniencia de mantener la razón decisoria contemplada en fallos anteriores del Tribunal Constitucional en relación a una materia determinada, que ello crea la certeza

¹¹²⁶ Así NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”. *Estudios Constitucionales*, Año 4, n° 1, 2006, pp. 97-124, p. 108.

y seguridad jurídica necesarias para todos aquellos a quienes pueda interesar y/o afectar lo que éste resuelva sobre el punto. Los cambios de doctrina Jurídica por lo general deben producirse siempre que existan motivos o razones fundamentales que los justifiquen»¹¹²⁷.

La vigente LOCTC no determina cuáles son los ámbitos de la sentencia del Tribunal Constitucional que tienen fuerza obligatoria y si constituyen o no precedente, ni cómo se determinan éstos. El artículo 89 LOCTC dispone que la sentencia que declara la inaplicabilidad del precepto legal impugnado debe especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución, estableciendo el artículo 92 de la misma Ley que la sentencia que declara la inaplicabilidad solo produce efectos en el juicio en que se solicitó.

Pero, a objeto que los Tribunales ordinarios sigan la doctrina que surge de lo resuelto por el TC valen las razones expuestas sobre lo mismo, en lo que concierne a España, esto es, entre otras, carece de sentido que la Carta establezca derechos y libertades para los ciudadanos y no haya protección efectiva de los mismos, cual sería precisamente el que no tuvieran fuerza a futuro las resoluciones del Constitucional, cuya actuación en un contexto así se limitaría únicamente, y en un caso, a “reparar ser derechos y libertades vulnerados”, a lo que cabe agregar que la judicatura ordinaria son Tribunales de “justicia”, ésta debidamente cumplida, formalmente al menos, al tratar los casos análogos de manera similar o que cada decisión concreta se base en una regla general. Es decir, la misma supremacía de la Constitución¹¹²⁸, que lleva a la superioridad de su intérprete oficial, que se erige, por tanto, en órgano de cierre del Ordenamiento jurídico, por sobre la ley y su intérprete -

¹¹²⁷ STC, 22 de julio 1993 (“Proyecto de Ley que crea Juzgados de Policía Local en Comunas que indica”), Considerando 15. [en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/444> (visitado el 16/04/2010)].

¹¹²⁸ Art. 6 inc. 2 CCh: «Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo».

los Tribunales ordinarios de Justicia-, permite atribuir obligatoriedad al precedente sentado por el TC en su sentencia.

Finalizando ya, tampoco puede negarse que en virtud del principio de independencia judicial, reconocida también constitucionalmente, es de admitir que, excepcionalmente, los jueces, ejerciendo su autonomía judicial, y en tanto motiven suficiente y adecuadamente las razones para ello, se pueden apartar del precedente del TC, por lo mismo, se trataría de casos que exigen otra solución que la dada al asunto del cual surgió aquél, cuya *ratio decidendi* no resulta aplicable, o bien que el precedente no responda adecuadamente a un cambio social posterior por cambio de las circunstancias o que el mismo (*overruling*) se considere erróneo desde una perspectiva valórica, por ejemplo, contraría principios y derechos fundamentales del Ordenamiento¹¹²⁹.

¹¹²⁹ Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”, *op. cit.*, p. 116.

Conclusión del Capítulo

Entendida como la doctrina que mana de los fallos de los Tribunales, sentido amplio, o el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho que muestran las sentencias del máximo Tribunal, sentido estricto, la jurisprudencia tiene un rol innegable como fuente material del Derecho en cuanto es seguro que influirá en las futuras decisiones del Tribunal que la formó y, en su caso, en las posteriores de los inferiores en jerarquía, no configurándose como fuente formal del Derecho sólo por la ausencia de obligatoriedad de ella para los jueces.

Diferentes *precedente* y *jurisprudencia* cuantitativamente, pues aquél es una decisión sobre un caso particular y ésta una pluralidad, especialmente amplia, de decisiones sobre varios y distintos asuntos concretos, diferenciándose también cualitativamente, porque el precedente establece una norma (universal) susceptible de aplicar como criterio de decisión al caso sucesivo en función de la identidad o -como es la regla- de la analogía entre los hechos del primer y del segundo proceso y en la jurisprudencia el análisis comparativo de los hechos es deficiente la mayoría de las veces, organizada ya la judicatura jerárquicamente, los precedentes más relevantes son, indiscutiblemente, los del máximo Tribunal, el llamado *precedente vertical*, sin perjuicio, como mínima racionalidad exigible, de la fuerza inherente del *autoprecedente*, que surge de deber todo órgano jurisdiccional fallar del mismo modo los casos sustancialmente iguales, o sea, autovinculación de cada juez o Tribunal a sus propias decisiones.

No obstante propio del sistema anglosajón o judicialista, en el que es obligatorio por el razonamiento necesario por el cual el Tribunal del que emana llegó a la decisión (*ratio decidendi*) y no los argumentos circunstanciales (*obiter dictum*) que ayudan a formarla y que sólo tienen

fuerza para el caso anterior resuelto, se justificaría que jueces españoles y chilenos fallaran acorde precedente por razón de *autoridad*, *ejemplo*, *pragmatismo* y de *justicia formal*, aunque en la práctica de estas judicaturas, a más del *autoprecedente*, opera un *precedente persuasivo*.

Bajo sistemas distintos pero con algunos parámetros idénticos (v. gr., pena asignada por la ley al delito, causas de eficacia extraordinaria, autoría y participación, etc.), motivo para que un juez penal español y chileno falle sin considerar cómo otro de igual o mayor jerarquía antes resolvió análoga materia, no sujetos entonces al precedente, ni horizontal (en éste quizás sí al autoprecedente por cuestión de coherencia) ni vertical, es en España no reformar -en un momento planteado- el recurso de casación en orden a fundarse en la “contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo” y en Chile la CS pudiendo “imponer” su doctrina si hay interpretaciones contradictorias -caso del el *ex art. 395 Cpp*- privilegiar que cada juez resuelva con absoluta independencia, lo que hace que los Tribunales inferiores sigan la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior exclusivamente por persuasión.

Aunque no se reconoce la jurisprudencia como fuente formal del Derecho, la valoración del sentenciador es capital para la decisión, pudiendo ocurrir que sobre la conciencia jurídica formal, actitud moral y profesional de obediencia arraigada al Derecho, prime la conciencia jurídica material, visión de la ley habitualmente como manifestación de los ideales, actitudes, patrones que constituyen la tradición cultural, pretendiéndose entonces una resolución que se acepte como correcta y ajustada o socialmente deseable, por lo que es posible, muy inusual ciertamente, que el juez origine derecho.

Capítulo III

“El Sistema de penas en el Derecho penal de España y de Chile”

Introducción

Dilucidar qué fin(es) de la pena jueces españoles y chilenos consideran al condenar imponiendo ya una que priva de libertad exige conocer el pertinente catálogo de sanciones y cómo se determinan, también, para referir en propiedad un sistema, por eso con la mayor concisión que se pueda, en relación a personas jurídicas, señalando, si bien breve y principalmente en nota a pie de página, las distintas posiciones acerca de los fines de la pena en cuanto a entes colectivos, cuya responsabilidad criminal, vigente desde el 23/12/2010 en España y desde el 02/12/2009 en Chile, informa de la orientación de la política criminal, la que, sobre todo en casos límites, es difícil que un juez pase totalmente por alto¹¹³⁰. Luego, se exponen en general los sistemas de determinación de pena, los de España y Chile y las diversas teorías acerca de la individualización judicial de la pena, se detalla el catálogo punitivo español para personas naturales, en su caso con ejemplos y jurisprudencia y refiriendo los aspectos críticos que las sanciones presentan, se sigue con las penas accesorias, la clasificación de las penas en función de su naturaleza y duración, y culmina con la determinación legal y judicial de ellas, viéndose después, lo más apretadamente, las sanciones aplicables a personas jurídicas y las reglas para imponer aquéllas. Se detalla el catálogo de penas principales y accesorias chilenas para personas naturales, también en su caso con ejemplos y jurisprudencia e indicación de aspectos criticables, se da cuenta de la nueva (tiene texto diferido) sustitutiva de la de multa, de la

¹¹³⁰ Como bien señalaba RUIZ VADILLO, Enrique. “Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia”. *Eguzkilo*. Número Extraordinario 13, marzo 1999, pp. 149-163, p. 151, «El juez penal ha de conocer muy bien y asumir en su actividad judicial las ideas básicas de la Política criminal inspiradoras de la legislación punitiva».

determinación legal y judicial de la pena y, lo más escuetamente, de las sanciones previstas para entes colectivos y la regulación establecida para decretar aquéllas.

3.1. Sistemas de determinación de la pena

Por determinación de la pena se entiende, como refiere MIR PUIG, la fijación de la pena que corresponde al delito, lo que importa decidir la clase de la que ha de imponerse y la medida o cantidad de la que se señale, incluyéndose en la determinación, en sentido amplio, la decisión acerca de suspender la pena o sustituirla por otras penas o por medidas de seguridad¹¹³¹.

Hay distintos procedimientos posibles de determinación de la pena, desde un acentuado o extremo *legalismo*, en que la ley fija completamente la pena de cada delito, hasta un sistema de *libre arbitrio judicial*, en que el juez determina la pena a imponer y no está limitado legalmente en cuanto a la clase y medida de la pena a decretar. Este último, en el Antiguo Régimen era muy amplio, al punto que los jueces podían disminuir y aumentar las penas que señalaba la ley e incluso imponer otras distintas, hasta que la recepción del principio de legalidad consagra que a cada delito se le asigne una pena absolutamente determinada, la que no puede ser modificada por el juzgador, limitación que recoge, por ejemplo, el Código penal francés de 1791. Mas, como esta solución impedía tener en cuenta las particularidades de cada caso, vulnerándose así la exigencia de igualdad que se perseguía, ya con el CpF de 1810, se otorga al juez un cierto arbitrio para determinar la pena dentro de un límite mínimo y máximo legalmente previstos, es decir, se llega a un sistema de compromiso entre el legalismo y el arbitrio judicial, el que prospera en las legislaciones posteriores¹¹³². En todo caso, las actuales legislaciones en nuestro ámbito de cultura no acogen ninguno de estos dos extremos y, por el contrario, combinan, por distintas vías y diferente medida, una cierta dosis de legalismo con un margen determinado de arbitrio judicial¹¹³³.

¹¹³¹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 714. En igual sentido, p. ej., JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 938.

¹¹³² Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 714-715.

¹¹³³ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 714.

El sistema clásico liberal para determinar la pena es el más minucioso y complicado técnicamente ya que se basa en la fijación de marcos penales muy rígidos, con división de las penas en grados cuya extensión se precisa estrictamente, y en una casuística exuberante de las circunstancias que pueden presentarse, las mismas prolijamente reglamentadas en cuanto a sus consecuencias en la determinación de la pena a aplicar, lo que importa un esfuerzo por erradicar el arbitrio judicial hasta donde es posible y encierra al Tribunal en un juego de fórmulas matemáticas¹¹³⁴. En este sistema el procedimiento es dificultoso y rígido, y hace imposible o complicado al juez apreciar las peculiaridades propias del hecho, de las que muchas influyen sustancialmente sobre la magnitud de la culpabilidad, lo que impide hacerse cargo de la personalidad del infractor y por tanto adaptar la forma de ejecución a sus necesidades de resocialización, motivo por el cual el proceso de individualización es tosco así como la sanción impuesta una pura consecuencia de cálculos realizados mecánicamente¹¹³⁵.

En el sistema del *libre arbitrio judicial* la pena es absolutamente indeterminada, el problema técnico-jurídico de la determinación no existe prácticamente, y precisar la magnitud de la sanción que ha de imponerse no es una cuestión que pueda resolverse a futuro sino sólo apreciable *ex post facto*, verificando como repercute en la evolución del sujeto para emitir un veredicto de hecho en cuanto a su recuperación social. Por ende, la ley puede y debe eximirse de establecer reglas relativas a la extensión de la pena, adoptándose la decisión de acuerdo a criterios naturalísticos extraídos, para cada caso, del informe pericial, y por lo que se trata entonces de un sistema que se despoja de marcos penales prefijados legalmente y de toda regulación encaminada a vincular la resolución del tribunal¹¹³⁶.

¹¹³⁴ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 759-760.

¹¹³⁵ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 760.

¹¹³⁶ Cfr. CURY URZÚA, *ibid.*

Reclamado sentidamente la pena legalmente determinada, o por lo menos relativamente indeterminada, hay un tercer sistema, el que soslaya la rigidez del legalismo a través del establecimiento normativo de nuevos marcos penales, cuya extensión es superior a la habitual en los Códigos de factura tradicional, abandonándose la división de la pena en grados y la agotadora enumeración de circunstancias modificativas [“modificadorias” en Chile] y la difícil reglamentación de sus consecuencias, circunscribiéndose la ley a orientar la decisión judicial señalando los factores a que para pronunciarla hay que atender y cuya evaluación hace el propio juez. Este es un sistema que persigue el equilibrio entre las exigencias de seguridad jurídica e individualización justa¹¹³⁷.

En la forma descrita, la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial, a lo que hay añadir la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad, pudiendo distinguirse así una determinación legal, una determinación judicial y una determinación administrativa de la pena, mejor llamada también penitenciaria, porque la ejecución de la pena ha de ser regulada legalmente y controlada judicialmente¹¹³⁸, las que, por otra parte, suelen ser designadas individualización legal, individualización judicial e individualización penitenciaria¹¹³⁹, administrativa¹¹⁴⁰ o ejecutiva de la pena¹¹⁴¹.

¹¹³⁷ Cfr. CURY URZÚA, *ibid.*

¹¹³⁸ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 715. En similar sentido, p. ej., MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General. (Libro de Estudio)*. Título original: *Strafrecht - Ein Studienbuch*. Traducido de la 6ª ed. alemana 1955 por FINZI, Conrado. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 358, 383 y 386, quien distingue determinación legal de la pena, determinación judicial de la pena y ejecución y cumplimiento de la pena.

¹¹³⁹ Así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general op. cit.*, p. 932: «La determinación de la pena que ha de aplicarse [...] es un proceso de concreción que se inicia en la ley y concluye durante la ejecución de la pena impuesta. [...] En este sentido, puede hablarse de tres fases: individualización legal, individualización judicial y penitenciaria».

¹¹⁴⁰ Así PUIG PEÑA, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, vol. II, *op. cit.*, p. 347: «a la cuestión de determinar cuál debe ser el *órgano* que lleve a cabo la individualización de la pena [...] se distinguen tres clases de individualización: la legal, la judicial y la administrativa».

¹¹⁴¹ Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La individualización de la pena”. En: Vv.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las recientes reformas penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 904-927, p. 905.

La mayor o menor importancia que se dé a cada una de estas tres etapas varía según las concepciones doctrinales y en las distintas legislaciones. Si se pone el acento en el legalismo se aumenta el peso de la determinación legal mientras que ganan terreno las fases de determinación judicial y penitenciaria cuando se insista en la necesidad de adaptar la pena al caso concreto¹¹⁴². El compromiso entre legalismo y arbitrio judicial alcanzado en el siglo XIX partió de la determinación legal como límite fundamental de garantía.

Lo cierto es que, como lo hace ver ZIPF, el estado actual de la medición judicial de la pena es el resultado de un trabajo conjunto de la legislación, de la *praxis* del Derecho penal y de la ciencia jurídica, después de una larga evolución¹¹⁴³. Sin embargo, tal medición exige una cooperación entre el legislador y el juez, en que el primero valora, en el marco punitivo, la gravedad del hecho, y lo tipifica en un tipo penal y le entrega al segundo el

Contrariamente, para ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, t. I, 1998, p. 209, «Si bien [...] se ha hablado de una individualización legal, judicial y administrativa de la pena, [...] sólo hay individualización “judicial” de la pena. El legislador no “individualiza”, sino que las establece en abstracto; el juez la individualiza al aplicar la ley [...]. La administración no puede hacer otra cosa que cumplir -conforme a la ley- lo resuelto por el juez. El “título ejecutivo penal” es la sentencia firme y la autoridad administrativa no hace más que darle cumplimiento. La precisión del “tratamiento” no es una ultra-individualización de la pena, sino elección de la vía más idónea para obtener el objetivo de la pena ya individualizada». Ya en concepto de MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 715, el término individualización no incluye todos los aspectos de la determinación de la pena pues el término en cuestión mira a adaptar la pena al caso concreto, aplicación de sanción que se puede hallar regulada, en parte, por la propia ley, que es de donde nace el concepto de individualización legal, pero la determinación legal de la pena exige algo previo a dicha individualización: requiere la propia fijación del marco penal típico.

¹¹⁴² Justamente, una lucha por ensanchar el ámbito de la determinación judicial y penitenciaria, como forma de atender a las necesidades de prevención especial vinculadas a la personalidad del infractor, se manifiesta en la *Scuola Positiva* italiana, en el correccionalismo español, en la dirección moderna de von LISZT, en la *Defensa Social* de GRAMATICA, en la *Nueva Defensa Social* de ANCEL, como también en las doctrinas penitenciarias anglosajonas, habiendo incluso algunos postulado la *sentencia absolutamente indeterminada*, cuya concreción corre a cargo del juez o de la Autoridad penitenciaria de acuerdo a los resultados del tratamiento del reo, y sin perjuicio que la tendencia es más por la *sentencia relativamente indeterminada*, que fija tan sólo un límite máximo y a veces también uno mínimo (*vid.* Cap. I n. 523).

¹¹⁴³ ZIPF, Heinz. “Las consecuencias jurídicas del hecho”. En: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 2, *Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat* (C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 7. Auflage, 1989). Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires: Astrea, t. II, 1995, pp. 611-978, p. 688. (sobre la evolución en la determinación de la pena, ya en detalle, *vid.*, p. ej., CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 757-759).

esquema de clasificación para la realización concreta de dicho tipo, esquema que comprende desde los casos más graves hasta los más leves¹¹⁴⁴.

3.1.1. Aspectos generales del Sistema de determinación de la pena en España

A grandes rasgos, en la legislación hispana, los Códigos penales del siglo XIX acogieron una versión particularmente legalista del modelo que inició el CpF de 1810 y, como en éste, la determinación se efectúa en base a un marco penal que debe concretarse en la etapa de determinación judicial, sólo que el margen de operación es sumamente reducido, aparte de no ser muy amplios los marcos penales y divididos en tres partes iguales (grados máximos, medio y mínimo). Se preveían también circunstancias modificativas de apreciación obligada y de efectos legalmente tasados.

En el Código de 1848, según prescribía su artículo 74, procedía imponer el grado máximo de la pena si concurrían sólo agravantes así como en principio el grado mínimo cuando concurren sólo atenuantes¹¹⁴⁵, aplicándose la pena

¹¹⁴⁴ Cfr. ZIPF, “Las consecuencias jurídicas del hecho”, *op. cit.*, p. 691, en: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general...*, t. II, *op. cit.* Además, en relación a Alemania, en concordancia con lo previsto por el § 46 StGB, señala ZIPF, *ibid.*, «El juez ordena el hecho sometido a su enjuiciamiento conforme a su gravedad concreta, dentro del marco punitivo que le es dado y establece concretamente la pena dentro de los límites de la adecuación a la culpabilidad y conforme a los fines preventivos que se deben realizar en el caso particular».

El § 46 del StGB establece como Principios de la fijación de la pena los siguientes: «(1) La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2 Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

(2) En la fijación sopesa el tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del autor. 2 En esta relación deben tomarse en consideración de manera particular:

- los móviles y objetivos del autor,
- el ánimo, que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho,
- la medida de la violación al deber
- la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho,
- los antecedentes de conducta del autor, sus condiciones personales y económicas, así como su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño, así como el esfuerzo del autor de lograr una acuerdo con la víctima.

(3) No se permite tomar en cuenta circunstancias que ya son características del tipo legal».

¹¹⁴⁵ Por cierto, si la pena señalada por la ley contiene tres grados, bien sea una sola pena divisible, bien sea una compuesta de tres distintas, cada una de las cuales forma un grado, según preveía el art. 74 del CpE de 1848, los tribunales, y según hubiera o no circunstancias atenuantes o agravantes, debían observar para la aplicación de la pena las siguientes reglas: «Cuando concorra sólo alguna circunstancia agravante, la

inferior a la señalada en el tipo si existen varias atenuantes cualificadas¹¹⁴⁶, correspondiendo la aplicación del grado medio si no hay ni unas ni otras modificativas de responsabilidad¹¹⁴⁷, aplicándose también pena inferior a la dispuesta por la ley si se trata de la atenuante de minoría de edad¹¹⁴⁸. Según refiere PACHECO, este artículo 74 es la regla general para la aplicación de las penas, respectivamente a sus circunstancias simples, agravantes o atenuantes, siendo los anteriores, desde el 70 al 73 verdaderos casos de excepción, supuesto que en el sistema de la ley lo común es que las penas se compongan de tres grados y que sólo en casos poco numerosos es cuando se componen de uno o dos¹¹⁴⁹. La determinación de la pena tiene lugar dentro del limitado margen de cada grado. Se trata de un sistema «plenamente aprobado por la razón. Por él se consigue [...] el *desiderátum* de la justicia criminal. Ni se entrega la pena al arbitrio de los jueces, de modo que ese arbitrio sea libre, de modo que ella sea completamente desconocida de antemano [...] es el que mejor concilia la fijeza y la movilidad de los castigos. La ley es su regla; pero dentro de ella cabe la prudente acción de los tribunales»¹¹⁵⁰.

El CpE de 1870 conserva las bases técnicas anteriores y mantiene íntegramente el artículo 74 del Código de 1848, ahora como artículo 82, al

impondrán en el grado máximo» (74.3ª). Y en todo caso, «Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo» (74.6ª). A su vez, «Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante, la impondrá en el grado mínimo» (74.2ª).

¹¹⁴⁶ Art. 74.5ª CpE 1848: «Cuando sean dos ó más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias».

¹¹⁴⁷ Art. 74.1ª CpE 1848: «Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio».

¹¹⁴⁸ Se trata, conforme disponía el art. 72 inc. 2 CpE 1848, del mayor de 15 años y menor de 18, al cual «se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley». En cambio, si fuese el caso de un menor de 15 años y mayor de 9 no exento de responsabilidad por haber el tribunal declarado que obró con discernimiento, acorde al inciso primero de la norma citada, «se le impondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados por lo menos á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido».

¹¹⁴⁹ PACHECO, *El Código Penal: Concordado y comentado*, t. I, *op. cit.*, p. 411.

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

igual que la imposición de pena inferior en grado a la prevista por la ley por la atenuante de minoría de edad, ya como artículo 86.

Paulatinamente se va ampliando el arbitrio judicial en la determinación de la pena, a causa de distintas modificaciones efectuadas durante el siglo XX, como ser la introducción de la condena condicional por la Ley de 17 de marzo de 1908 y de la libertad condicional por la Ley de 25 de julio de 1914. Los Códigos de 1928, de 1932 y de 1944 continuaron sus reformas en la misma línea. En 1944 se suprimieron como regla las penas parcialmente impuestas, se concedió al Tribunal la facultad de recorrer la penalidad en toda su extensión si no concurrían agravantes ni atenuantes, y en determinadas reformas de la Parte Especial se tendió a desvincular al juez de las reglas tasadas generales¹¹⁵¹.

En 1983 se introducen nuevas modificaciones que aumentaron el arbitrio judicial a favor del reo, pero la disminuyeron en aspectos que podía perjudicar. Luego, en 1995 se amplía el margen de arbitrio judicial al aumentar considerablemente las posibilidades de suspensión de la ejecución de la pena, de sustitución por otras y de concesión de la libertad condicional, claro que los marcos penales de los delitos acostumbran a ser más reducidos, lo que se compensa sustituyendo la división de los marcos penales en tres grados por la de su división en sólo dos partes: mitad superior y mitad inferior. Esta sustitución, que posibilita una mayor individualización judicial de la pena, experimenta sí un cierto retroceso con las modificaciones introducidas en 2003 (LO 11/2003, de 29 de septiembre), lo que se comprueba muy especialmente con las reglas del art. 66.1 del CpE de 1995.

¹¹⁵¹ ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, op. cit., p. 274-275, refieren que los textos de 1848 y 1870 acogieron un modelo en exceso legalista de la determinación de la pena, y si bien el Código penal de 1944 suavizó algunos extremos de esta férrea simetría penal, ampliando el arbitrio judicial, mantuvo ciertamente las esencias del exacerbado sistema legalista heredado del siglo anterior.

3.1.2. Aspectos generales del Sistema de determinación de la pena en Chile

En términos amplios, el sistema de determinación de la pena del Cp chileno refleja profundamente el sistema legalista, y presenta pocos cambios significativos, éstos básicamente la alteración sustancial de las reglas de determinación para impedir la aplicación de la pena de muerte por efecto del juego de agravantes y de las reglas concursales, y eliminación de las penas de cadena y grilletes (L 17.266, de 6 de enero de 1970), introducción del artículo 68 bis, que permite por concurrencia de atenuante muy calificada rebaja de pena (L 17.727, de 27 de septiembre de 1972), otorgamiento de facultad a los Tribunales para rebajar las penas de multa atendido la capacidad económica del condenado (L 19.501, de 16 de mayo de 1997).

Para hacer posible la operación del sistema matemático que impone en esta materia, la legislación vigente contiene disposiciones encaminadas a establecer una relación cuantitativa entre las penas. Así, las penas divisibles, a excepción de las pecuniarias, se distribuyen en grados, constituyendo cada grado una pena distinta (art. 57 Cp). Si el marco penal está compuesto por dos o más penas distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve el mínimo y la más grave el máximo (art. 58 Cp). Las penas se agrupan en cinco escalas graduales destinadas a precisar la relación de gravedad existente entre ellas, para señalar al tribunal cuáles puede imponer cuando, debiendo subir o descender más allá de los límites de la prefijada para el delito, debe también sobrepasar la extensión total de ella. Consiguientemente, el tribunal buscará la pena aplicable al caso recorriendo la correspondiente escala gradual, sólo que si la ley dispone hacer rebajas respecto de un marco penal que contienen penas compuestas, debe hacerlas desde el mínimo (art. 61 N° 2 Cp), siendo discutida la manera en que han de realizarse en el mismo caso los aumentos de grado por sobre el límite del

marco penal, en que algunos estiman que ello se hace a partir del grado máximo de la pena compuesta y otros que debe ser elevado cada uno de los grados que componen el referido marco. Habiéndose designado penas alternativas, sea que se hallen en la misma escala o en dos o más distintas, no está obligado el Tribunal a imponer a todos los responsables las de una misma naturaleza (art. 61 N° 3 Cp). Y, si las penas señaladas a un delito son copulativas, se aplican unas y otras a todos los responsables, salvo que una de ellas se impone al autor (en realidad cualquier interviniente en el hecho punible [v. gr., cómplice]) de un crimen o simple delito por circunstancias peculiares no presentes en los demás, en que no se hace extensiva a éstos (art. 61 N° 4 Cp).

Como indica CURY URZÚA, la normativa en vigor contiene un enorme repertorio de penas, exceso de sanciones que obedece a un propósito mal entendido de contar con recursos suficientes como para rigidizar lo más posible el mecanismo de determinación de la pena y poniéndolo a salvo cuanto más se pueda de la arbitrariedad judicial, condicionando esta última finalidad toda la fisonomía del sistema, a cuya inelasticidad hay que añadir además la costumbre de los jueces de dejarse guiar de la mano por las prescripciones legales renunciando a moverse en los estrechos espacios que otorga el ordenamiento a su arbitrio, tal como lo refleja la escasa consideración que dan al artículo 69¹¹⁵², que exige que, dentro de los límites de cada grado, la medida de la pena se determine en atención al número y

¹¹⁵² CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 699.

Precisamente, según señalan MATUS ACUÑA, Jean Pierre; van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Artículos 50 a 73”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dir.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 323-382, p. 374, los Tribunales tienden a aplicar escasamente esta disposición y se limitan, por regla general, a imponer en la mayor parte de los casos el mínimo del grado de la pena, sin mayores fundamentos acerca del valor que a las circunstancias concurrentes se les asigna, la entidad que les atribuye o la extensión del mal que se estima causado, a pesar de la inobjetable obligatoriedad de este artículo y de los reclamos que por una determinación judicial razonada y fundamentada hace la doctrina, sobre todo para posibilitar el control de la decisión a través del recurso correspondiente.

entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes y la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

3.1.3. Teorías de la individualización judicial de la pena

Al instante que el juez resuelve qué pena impone, independientemente del sistema bajo el cual pronuncia su sentencia, decide teniendo en cuenta diversas variables como, por ejemplo, la culpabilidad del autor, su peligrosidad, la gravedad del hecho, la relación entre el autor y la víctima, cuyo comportamiento incluso pudiera relativizar el evento luctuoso, en el sentido que pueda estimarse que ella impulsó poderosamente al hechor¹¹⁵³. Pero, de tales variables, por su naturaleza, no puede decirse que son medibles unívocamente, lo cual ha llevado a sostener distintas teorías acerca de la determinación judicial de la pena, entre las que cabe mencionar la de la *pena exacta o puntual*, la del *espacio de juego*, la del *acto de gestación social*, la del *valor jerárquico del empleo*, la de la *proporcionalidad con el hecho* y la de la *retribución de la culpabilidad por el hecho*.

3.1.3.1. Teoría de la pena exacta o puntual

De acuerdo a la teoría de la pena exacta o puntual (*Punktstrafetheorie*) es posible calcular con exactitud, en el caso específico, cuál es la pena que corresponde a la culpabilidad del autor, obedeciendo a que se tenga distinta opinión sobre la pena concreta a imponerse, dentro de ciertos límites, a que el conocimiento humano es acotado acerca del problema de la culpabilidad. Es decir, para esta teoría, existe una única pena completamente determinada que corresponde justa y adecuadamente a la culpabilidad del autor, lo que

¹¹⁵³ En el extremo, como hace ver CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima* (“*imputación a la víctima*”). 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45, la llamada “*víctimodogmática*”, quien no se protegió a sí misma pudiendo hacerlo de manera sencilla y exigible sin más, sería, por su inactividad, no merecedora de protección y al autor le sería aplicable un criterio de exención de responsabilidad.

niega que sea posible un espacio de juego¹¹⁵⁴. En consecuencia, no se atiende a los fines de la pena, específicamente las necesidades de prevención, y se trata de una postura basada en una concepción retribucionista de la pena¹¹⁵⁵.

Esta teoría es criticable en razón de ser la capacidad humana de conocimiento insuficiente, esto es, resulta imposible, absolutamente, cuantificar con precisión la culpabilidad de quien delinque, incluso de aquél que reincide.

3.1.3.2. Teoría del espacio de juego

Conforme a la teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*), elaborada por la jurisprudencia alemana, la pena ajustada a la culpabilidad comprende un marco determinado entre un máximo y un mínimo, y no es -tal como lo plantea la teoría de la pena puntual- una magnitud exacta, existiendo un margen de libertad que se limita en el grado mínimo por la pena adecuada a la culpabilidad y en el grado máximo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad¹¹⁵⁶. De esta manera, el referido marco constituye para el juez un *espacio de juego* dentro del cual puede moverse para graduar la pena con mayor precisión, según necesidades preventivas¹¹⁵⁷. Aquí lo que se discute es

¹¹⁵⁴ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, *op. cit.*, p. 187.

¹¹⁵⁵ MAGARIÑOS, Mario. "Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena". En: VV.AA. *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1983, pp. 71-86, p. 74.

¹¹⁵⁶ Señala el BGHSt, 7, p. 32, citado en ROXIN, "La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena", *op. cit.*, p. 96, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*: «No se puede determinar con precisión qué pena corresponde a la culpabilidad. Existe aquí un margen de libertad (*Spielraum*) limitado en su grado máximo por la pena todavía adecuada (a la culpabilidad). El juez no puede traspasar el límite máximo. No puede, por tanto, imponer una pena que en su magnitud o naturaleza sea tan grave que ya no se sienta por él como adecuada a la culpabilidad. Pero el juez ... si puede decidir hasta donde puede llegar dentro de este margen de libertad».

¹¹⁵⁷ Según indica SCHÜNEMANN, Bernd. "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo". En: VV.AA. SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales (Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario)*. Título original: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem* (Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1984). Introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ Jesús-María. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 147-178, p. 173, en el espacio de juego, en que el juez ha de poder determinar la pena conforme a criterios preventivos, resulta inadmisibles exceder tal espacio, ya por encima como por debajo de los límites establecidos en virtud de la medida de la culpabilidad, sin perjuicio que esta concepción de la medición de la pena, que proviene del Derecho penal de retribución de la culpabilidad, actualmente no es defendible en un Derecho penal preventivo moderno ya que una pena que sirve únicamente a una función preventiva sólo puede ser

si, dentro de ese margen que permite la culpabilidad, el sentenciador debe tener en consideración necesidades preventivas generales y especiales o sólo éstas.

Para HÖRNLE dos versiones de esta teoría son posibles, una que puede poner *gran énfasis en la prevención*, que requiere del juez considerar la prevención especial y general en cada caso en que él decide, y que por obvias razones no es utilizada por la Corte (v. gr., un estudio comprensivo demuestra que en general la cuestión de la prevención es mucho menos importante que la pregunta acerca de cuánto mal se causó con el crimen, los criminólogos están de acuerdo que es prácticamente imposible decir exactamente que tales penas tienen tales efectos preventivos), y otra con un *débil énfasis en la prevención*, hoy la aproximación más común en la teoría de la determinación de la pena alemana, y versión conforme a la cual, en los casos ordinarios, el castigo debe ser simplemente el segmento más estrecho del ámbito de la sentencia sin ningún razonamiento adicional acerca de que la prevención sea una orden judicial¹¹⁵⁸.

Como crítica, el espacio de juego resulta ser demasiado vago, dando vía libre al juez para perseguir sus ideas personales sobre prevención, si así lo quiere. Es discutible hablar de un marco adecuado a la culpabilidad porque si en el asunto a resolver no hay necesidades preventivas difícilmente se puede determinar una cantidad de pena, aparte que es inexplicable que no se pueda determinar una pena única adecuada a la culpabilidad supuesto que hay dos que sí lo son, esto es, las que establecen el máximo y el mínimo de las penas adecuadas a la culpabilidad.

determinada, en lo relativo a su contenido, por el mismo fin preventivo y su magnitud también debe establecerse desde un punto de vista preventivo.

¹¹⁵⁸ HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la Pena y Culpabilidad: Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*. Traducción de MARTÍNEZ, Santiago. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003, pp. 24-25.

3.1.3.3. Teoría del acto de gestación social

Esta teoría (*Theorie des sozialen Gestaltungaktes*) comparte, en un aspecto, el punto de partida de la teoría del espacio de juego pues entiende que no sólo la falta de conocimiento impide saber la medida exacta de la pena adecuada a la culpabilidad sino que ésta además carece de una determinación objetiva. No obstante, exige, al igual que la teoría de la pena puntual, que el juez se adhiera a una pena determinada que, bajo su parecer, sea adecuada a la culpabilidad conforme con la conciencia de la comunidad jurídica, no siendo en caso alguno lícito permanecer en un “espacio de juego”¹¹⁵⁹.

3.1.3.4. Teoría del valor jerárquico del empleo

La teoría del valor jerárquico del empleo (*Stellenwerttheorie oder Stufentheorie der Strafzumessung*) -que ha experimentado importantes reelaboraciones- exige una separación tajante entre una pura determinación del máximo de pena fundamentada culpablemente, primera etapa, en que la culpabilidad tiene por misión determinar por sí sola la duración de la pena, y una individualización penal, que sólo podrá realizarse desde puntos de vistas preventivos y que consiste en la elección del tipo de pena y en la aplicación o no de la suspensión de ella para la remisión condicional¹¹⁶⁰, o el

¹¹⁵⁹ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, op. cit., p. 197.

¹¹⁶⁰ La suspensión condicional de la pena está contemplada en los §§ 56-58 del StGB, y está ligada a la condena que impone una determinada pena de prisión, procediendo la suspensión completa por aquéllas que alcanzan hasta dos años de duración, siendo posible para las restantes penas de prisión la suspensión de un tercio de la condena, incluso la mitad bajo ciertas circunstancias, después que el autor ha cumplido el resto. Como hacen ver JESCHEK / WEINGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 803, al estar vinculada la suspensión condicional a instrucciones y condiciones, el autor puede experimentarla en su conjunto como una verdadera restricción a su libertad. Es más, sobre la base de la amplia discrecionalidad de que goza el Tribunal en la configuración de las condiciones (§ 56d. StGB), la suspensión condicional de la pena puede ser entendida como revestimiento que puede ser modelado como sanción ambulante individual a medida del autor.

Según dispone el § 59a. StGB, relativo al Período de libertad condicional, obligaciones y órdenes, «(1) El tribunal determina la duración del período de libertad condicional. El período de libertad condicional no puede superar tres años ni ser inferior a un año.

(2) El tribunal puede ordenar al amonestado,

1. esforzarse para lograr un convenio con el lesionado o de otro modo repararle los daños causados por el hecho;

apercibimiento con reserva de pena¹¹⁶¹, fase segunda, que debe orientar la decisión sobre los aspectos indicados¹¹⁶². Se trata de una teoría que se corresponde parcialmente con la teoría de la culpabilidad exacta, en la medida que el criterio de la culpabilidad debe conducir en esencia a la concreción de la pena, sin perjuicio que logra al mismo tiempo una simplificación del problema de las antinomias de los fines de la pena¹¹⁶³.

Y considerado que el § 46, párr. 1º, StGB dispone que la culpabilidad es sólo un fundamento de la determinación de la pena y que para tal objeto, acorde lo prescrito por la Sec. 2ª del mismo párrafo, “Deben considerarse las consecuencias que caben esperar para la vida futura del reo en sociedad”, ROXIN critica esta teoría por cuanto ella omite como factor para determinar la sanción otros puntos de vista tenidos en cuenta por el legislador, los que sólo pueden ser de naturaleza preventiva puesto si así no fuere aquél habría declarado justamente que el único punto de referencia de la pena era la culpabilidad, expresando, por ejemplo, que la sanción ha de determinarse con

-
2. cumplir con sus obligaciones alimentarlas;
 3. pagar una suma de dinero a favor de una institución de sin ánimo de lucro o al erario público.
 4. someterse a un tratamiento curativo ambulante o a una cura de desintoxicación ambulante; o,
 5. asistir a un curso sobre comportamiento en el tráfico.

Al respecto no se puede hacer exigencias a la conducta del amonestado imposibles de cumplir.

Tampoco las obligaciones y órdenes según la frase primera numeral tercero al quinto, referentes a la significación del hecho cometido por el autor, no pueden estar fuera de proporción [...]».

¹¹⁶¹ La amonestación con reserva de pena, prevista en el § 59 del StGB, es una variante de la suspensión condicional y se considera para el caso que el autor no observe las condiciones que se le han impuesto y quien, si incumple, arriesga no ya una pena de prisión sino que únicamente de multa.

Exactamente, establece el § 59 StGB, sobre los Presupuestos de la amonestación con reserva de pena, «(1) Si alguien incurre en pena de multa hasta 180 días de importes diarios, entonces el tribunal puede amonestarle accesoriamente al fallo condenatorio, determinar la pena y reservar la condena para esa pena, cuando:

1. sea de esperar que el autor se abstenga en el futuro de cometer hechos punibles aun sin condena a pena.
2. una valoración en conjunto del hecho y de la personalidad del autor demuestran especiales circunstancias según las cuales es procedente que a él se le puede eximir de la condena a pena; y,
3. La defensa del ordenamiento jurídico no exija la condena a pena.

[...]

(2) La amonestación con reserva de pena por regla general es excluida cuando el autor durante los últimos tres años antes del hecho fue amonestado con reserva de pena o condenado a pena.

(3) Junto a la amonestación puede aplicarse el comiso, la confiscación o la inutilización. Junto con las medidas de mejoramiento y seguridad está prohibida la amonestación con reserva de pena».

¹¹⁶² DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, op. cit., pp. 199-200.

¹¹⁶³ DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, op. cit., p. 200.

arreglo a la culpabilidad del reo¹¹⁶⁴. Dice ROXIN, «Si esta fórmula prescribe al juez «tener en cuenta», a la hora de determinar la pena, «los efectos que cabe esperar para la vida futura del reo en sociedad», entonces no puede ser compatible con una teoría que precisamente pretende prescindir de estos efectos a la hora de determinar la magnitud de la pena»¹¹⁶⁵. Ya en cuanto a España, refiere DEMETRIO CRESPO, una teoría de este tipo no es compatible con el marco regulativo del Ordenamiento jurídico porque en él la prevención especial es un criterio fundamental de la individualización judicial de la pena derivado en estricto sentido del artículo 25.2 de la Constitución¹¹⁶⁶.

3.1.3.5. Teoría de la proporcionalidad con el hecho

La teoría de la proporcionalidad con el hecho (*Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung*) sostiene que en la medición de la pena, antes que finalidades preventivas, hay que atender a la gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor, con el fin último de realizar objetivos de igualdad y de justicia en la individualización judicial de la pena, de tal modo que aquí la proporcionalidad es una exigencia entre el hecho y la sanción así como también entre las consecuencias jurídicas de los distintos tipos de delito¹¹⁶⁷.

3.1.3.6. Teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho

Esta teoría rechaza utilizar con carácter instrumental la violencia del Derecho penal que lleva a caracterizar como ilegítimos los fines preventivos

¹¹⁶⁴ Cfr. ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, pp. 119-120, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*

¹¹⁶⁵ Cfr. ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, p. 121, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*

¹¹⁶⁶ DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, *op. cit.*, p. 201.

¹¹⁶⁷ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, *op. cit.*, pp. 203-204.

generales y especiales. La contradicción de los factores positivos de determinación de la pena hacen necesario recurrir a una fundamentación prepositiva, que soluciona esta objeción a partir del acogimiento legal de la libertad (*Rechtsgesetzlichkeit der Freiheit*) o compensación de la culpabilidad por el hecho (*Tatschuldausgleich*). Con una concepción del Derecho penal basado en la compensación de la culpabilidad por el hecho, la determinación instrumental preventivo general del Derecho penal y por tanto cada determinación de pena en este sentido no es posible, pudiendo sí lo que se entiende en la práctica por determinación preventivo general de la pena ser explicado parcialmente como Derecho penal de la culpabilidad por el hecho¹¹⁶⁸. Es decir, el fin de la prevención general carece de significado inmediato en la fundamentación del Derecho penal en todos sus niveles y por ende en la individualización judicial de la pena, siendo los efectos de su imposición, relativos a la estabilización de la confianza jurídica de la población y la intimidación de potenciales autores, respecto a la pena fundamentada en la culpabilidad por el hecho, de índole accidental y no substancial¹¹⁶⁹.

¹¹⁶⁸ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, op. cit., pp. 210-211.

¹¹⁶⁹ Cfr. DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena*, op. cit., p. 211.

3.2. La pena en la legislación española

A objeto de imponer una pena es indispensable un conocimiento de su contenido, o sea, de sus fines, características, principios, etc., pues si faltara esta comprensión la función jurisdiccional arriesga convertirse en una actividad realizada casi por inercia y prácticamente desligada del deseable interés que el castigo a aplicarse sea realmente adecuado, esto es, proporcionado a la gravedad del suceso que lo motiva y a la culpabilidad del autor, más todavía si el delito está sancionado con penas alternativas (v. gr., prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses [art. 282 CpE]).

Acorde con su realidad, cada Ordenamiento jurídico determina su catálogo de penas, el cual, por lo mismo, no es inmutable. Así, en España, mediante LO 15/2003, de 25 de noviembre, fue suprimido el arresto de fin de semana de 7 a 24 fines de semana, que era pena menos grave (art. 33.i) CpE) y leve (art. 33.4.d) CpE), pero tiempo después, aunque no llegó a materializarse, se contempló su reposición, a través del Artículo único, acápite Tercero¹¹⁷⁰, del Proyecto de Ley 121/000119, de 15 de enero de 2007, de modificación del Código penal. Y en lo que concierne, el artículo 32 del CpE (Lib. I, Tít. III, Cap. I, Sec. 1ª) establece que las *penas* que pueden imponerse, con carácter *principal* o como *accesorias*, son *privativas de libertad*, *privativas de otros derechos* y *multa*, ellas, según prescribe el artículo 33 del mismo cuerpo legal, en función de su naturaleza y duración, clasificables en *graves*, *menos graves* y *leves* (*vid. infra* Cap. III 3.2.5. *Clasificación de la pena en función de su naturaleza y duración* y notas 1271, 1272 y 1273).

¹¹⁷⁰ «Artículo 33. Se modifica la letra j) del apartado 3, se añaden las letras l), m) y n) al apartado 3, se modifica la letra g) del apartado 4 y se añade un apartado 7 con el siguiente contenido: «3. Son penas menos graves graves: [...] l) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana [...]». [Proyecto de Ley 121/000119 en: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/1_20080616_39.pdf (visitado el 20/04/2007)].

3.2.1. Penas privativas de libertad

Son *penas privativas de libertad*:

1) *prisión*, cuya duración mínima es de 3 meses y la máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código (arts. 35 y 36.1. párr. 1 Cp). [hay anteproyecto de reforma que incluye *prisión permanente revisable*, aprobado por el gobierno el 11/10/2012, estimando el pleno del CGPJ en enero de 2013, pese a todos los cuestionamientos (y que acá se comparten), que tal prisión es constitucional]

Ningún delito se castiga con prisión inferior a tres meses pero es posible tener que cumplir una pena así, lo que sucede indirectamente, esto es, cuando por los mecanismos de determinación de pena, en que se ha tenido que proceder a uno o varios descensos en grados, la prisión queda reducida a menos de tres meses, lo que obliga (Cp, art. 71.2 en relación con art. 88.1) a sustituirla por pena de multa (un día de prisión por dos cuotas de multa) o de trabajos en beneficio de la comunidad (un día de prisión por una jornada de trabajo) y, en definitiva, no se cumple la pena sustitutiva, caso en el cual se debe ejecutar la pena de prisión inicialmente impuesta, descontándose, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas insatisfechas (art. 88.2 Cp), ya cuando se impone pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que admite una duración inferior a tres meses.

2) *localización permanente*, cuya duración puede llegar hasta seis meses¹¹⁷¹ y

¹¹⁷¹ En la estimación de GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. “La pena de localización permanente (art. 37)”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 95-99, p. 98, la duración de la pena puede hacer especialmente gravoso su cumplimiento sea que éste se lleva a cabo en forma continuada o bien de forma interrumpida. En el primer caso porque no se pensó en la necesidad de garantizar el bienestar físico y psíquico del condenado, objetivo que se podría lograr simplemente mediante la previsión de un servicio que le facilitara lo necesario para mantener unas condiciones de vida aceptables o articulando la posibilidad de que éste durante determinados períodos de tiempo haga abandono del lugar de permanencia. En la segunda hipótesis debido a una postergación considerablemente en el tiempo de la

su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el juez en la sentencia o posteriormente en auto motivado (arts. 35 y 37.1 Cp)¹¹⁷².

Si está prevista como pena principal, atendiendo a la reiteración en la comisión de la infracción y siempre que así lo disponga expresamente el precepto concreto aplicable, el juez puede acordar en la sentencia que la localización permanente se cumpla los sábados, domingos y días festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado¹¹⁷³ (art. 37.1 párr. 2 Cp), pudiendo también el juez o Tribunal sentenciador, oído el

extinción de la responsabilidad penal del condenado, con todo lo que ello implica, hasta el punto que podría darse alguna situación en la que el propio condenado pudiera estimar más favorable el cumplimiento de la pena de prisión.

¹¹⁷² A su tiempo, antes de ser modificada por el Artículo único. Quinto de la LO 5/2010, de 22 de junio, que elevó su límite de 12 días a seis meses y la prevé ya no sólo como pena leve sino también como pena menos grave, en opinión de ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, op. cit., pp. 263-264, la pena de localización permanente es una pena injustificada pues reemplazó a la pena de arresto de fin de semana, uno de los instrumentos más usados para la sanción de delitos leves y menos graves en otros Ordenamientos y que opera como una alternativa eficaz de las penas cortas de prisión e interviene, incluso, de forma sustitutiva de éstas, cuyo fracaso no es en cuanto a pena sino porque no se aportaron por las Autoridades, Gobierno en particular y la Administración de Justicia en general, los medios materiales y personales necesarios, como tampoco hubo capacidad para organizar su régimen de cumplimiento. La pena de localización permanente tiene un ámbito de aplicación muy reducido y presenta inconveniente en orden a su eficacia pues se ha construido a imagen y semejanza de la antigua pena de arresto domiciliario o de arresto en depósitos municipales, eliminada del Cp de 1995 por las extraordinarias dificultades existentes para su control. A su vez, para BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Penas privativas de libertad”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 89-120, p. 116, «la localización permanente escasamente cumple más funciones que las meramente retributivas. Desde el punto de vista de la prevención general, [...] ni intimida ni posee la carga punitiva del resto de penas privativas de libertad [...] Desde el punto de vista de la prevención especial, no hay tampoco una actuación en positivo sobre el penado, que dispone de su tiempo libremente, pudiendo relacionarse con otras personas [...]. Por lo tanto, aun cuando constituye una pena privativa de libertad, propiamente no puede estar orientada hacia la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), como no se entienda que esto último tiene lugar cuando la pena ha terminado de cumplirse y el penado puede volver a la vida social sin los efectos negativos de la prisión de corta duración. Este es un motivo para pensar que esta pena debería haberse configurado como pena privativa de derechos, y no privativa de libertad».

¹¹⁷³ Esta posibilidad, considera GONZÁLEZ TASCÓN, “La pena de localización permanente (art. 37)”, op. cit., p. 96, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, op. cit., obedece a dar respuesta más contundente a la reiteración de faltas de hurto (art. 623.1 Cp) y es una renuncia a salvaguardar al condenado del efecto criminógenos de la prisión en aras de que cause la pena en la colectividad un mayor efecto de prevención general y de que en el penado se intensifique su efecto de shock, teniendo el cumplimiento en sábado, domingo y días festivos poco que ver con reducir los efectos desocializadores de esta sanción sino que más bien responde al aprovechamiento de plazas que quedan libres en los centros penitenciarios durante el disfrute de permisos de salida y de fin de semana de algunos condenados.

ministerio fiscal, acordar, si el reo lo solicita y las circunstancias lo aconsejan, que se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada¹¹⁷⁴ (art. 37.2 Cp).

Para garantizar el cumplimiento efectivo de esta pena, el juez o Tribunal puede acordar la utilización de medios mecánicos o electrónicos que permitan la localización del reo (art. 37.4 Cp), dando lugar el incumplimiento a que el juez o Tribunal sentenciador deduzca testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468 Cp (art. 37.3 Cp), esto es, por un delito de quebrantamiento de condena.

3) *responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*, cuya aplicación procede si el condenado no satisface voluntariamente o por vía de apremio la multa impuesta, debiéndose, en su caso, sufrir un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (arts. 35, 37.1 y 53.1 primera parte Cp).

La rigidez de la conversión (un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias) y los inconvenientes que puede significar se superan autorizando la ley al juez el poder acordar, con previa conformidad del penado, que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, en cuyo caso el día de privación de libertad equivale a una jornada de trabajo (art. 53.1 párr. 2 Cp). También, cuando se trata de una falta, puede la responsabilidad personal subsidiaria cumplirse mediante localización permanente (art. 53.1 *in fine* Cp).

¹¹⁷⁴ Este cumplimiento interrumpido o en sábados y domingos, para 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. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005, p. 32, «Mantiene [...] el espíritu resocializador que inspiró la instauración de la pena de arresto de fin de semana».

Aunque la ley no lo señala, la duración máxima de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa por cuotas es de un año, ello así por el criterio de conversión de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (art. 53.1 Cp) y ser en este sistema de multa su extensión mínima de diez días y la máxima de dos años (art. 50.3 Cp). Y si ya el impago es respecto de una multa proporcional, los jueces y Tribunales han de establecer, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año, pudiendo también acordarse, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2 Cp).

La pena de responsabilidad penal subsidiaria no es de imposición a condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años (art. 53.3 Cp). El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria, aunque mejore la situación económica del penado, extingue la obligación del pago de la multa (art. 53.4 Cp).

La pena de que se trata es en realidad un instrumento de “seguridad de sanción penal” pues impide eludir castigo a quien cometió un delito que dentro del catálogo punitivo está previsto como de menor criminalidad y que, por lo mismo, se pune sólo con multa.

Esta responsabilidad personal subsidiaria obviamente, porque así lo dispone expresamente la ley, es una pena, y como tal una privativa de libertad cuya ejecución se rige por la totalidad de principios y garantías propios de esta clase de sanción, por lo que debería ejecutarse teniendo en vista la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), estar su regulación sujeta a Ley Orgánica (art. 81.1 CE), serle abonable el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente (art. 58 Cp), ser posible acordar su

suspensión (arts. 80 y 81 Cp), y cabiendo acordar también la libertad condicional (arts. 90 ss. Cp).

Tampoco podría cuestionarse la constitucionalidad de esta pena puesto que su contenido material es idéntico al que tuvo el *arresto sustitutorio*, previsto en el artículo 91 Cp¹¹⁷⁵ -texto refundido 1973 y reformas posteriores-, el cual, sin ser pena conforme al art. 27 del mismo Código, se fundaba en el no pago de multa por insolvencia (así, por modificación de 1983), a cuyo respecto precisamente declaró el TC que no transgredía la norma fundamental. Puntualmente, ha señalado el TC que «la privación de libertad subsidiaria en el artículo 91 del Código Penal no está llamada a recaer sobre una persona al margen y con independencia de toda estimación sobre su culpabilidad sino en tanto que medida sustitutoria de una pena -inejecutable- asignada, al término del debido proceso judicial [...] La finalidad de la sustitución es la de procurar que no quede sin sanción, en esta hipótesis, una determinada transgresión del ordenamiento social [...] aquel fundamento para la aplicación de la medida no se puede considerar distinto del que llevó a la condena misma [...], de tal forma que el dolo o la culpa que en ese proceso fueron apreciados por el juzgador no son en modo alguno disociables de las consecuencias sancionadoras ligadas por la ley, principal o subsidiariamente, a la condena en tal culpabilidad motivada»¹¹⁷⁶.

¹¹⁷⁵ «Si el condenado, una vez hecha excusión de sus bienes, no satisficiera la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria que el Tribunal establecerá según su prudente arbitrio, sin que en ningún caso pueda exceder de seis meses cuando se hubiese procedido por razón de delito, ni de quince días cuando hubiese sido por falta.

El cumplimiento de dicha responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna.

Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá al condenado a pena privativa de libertad por más de seis años».

¹¹⁷⁶ STC 19/1988, de 16 de febrero (F.j. 4), Cuestión de inconstitucionalidad, Número de registro: 593/1987.

3.2.2. *Penas privativas de (otros) derechos*

En la clasificación general de las penas del artículo 32 Cp se incluyen las *penas privativas de (otros) derechos*, en su mayoría existentes en la anterior codificación, siendo primera vez que se usa esta denominación y que se establece un catálogo de ellas (art. 39 Cp), pero a las mismas no se les define y por tanto su concepto -deducible de la regulación legal- es meramente genérico y subsidiario, pues están referidas como “privativas de otros derechos”, o sea, penas privativas de derechos -y todas lo son- excluido el derecho a la libertad (en sentido estricto o personal) y los derechos patrimoniales afectados por la multa. Se trata, entonces, de una acepción puramente formal y con pretensión sólo clasificatoria y es, en consecuencia, pena privativa de derechos simplemente aquella que el artículo 39 Cp identifica como tal.

Las penas privativas de derechos, señala CHOCLÁN MONTALVO, presentan un carácter punitivo, de infamación, como verdaderas penas contra el honor, y preventivo o cautelar, de evitar que por medio del cargo o derecho de que se priva pueda el culpable desarrollar actividades tenidas por peligrosas o presuntamente delictivas¹¹⁷⁷.

De acuerdo al artículo 39 Cp, son *penas privativas de (otros) derechos*:

1) *inhabilitación absoluta*, cuya duración es de seis a veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código, y la cual produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos, como también produce la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos

¹¹⁷⁷ CHOCLÁN MONTALVO, “Teoría de la pena”, *op. cit.*, p. 453, en: CALDERÓN CERREZO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*

o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena (arts. 39 a), 40.1 primera parte y 41 Cp).

Por tanto, una vez cumplida la condena a esta pena no se recupera el honor, empleo o cargo público del que se ha sido privado, pudiéndose otra vez optar al mismo o a cualquier otros honores, empleos o cargos públicos, pues la incapacidad para obtenerlos es temporal, y sólo la sanción disciplinaria para los funcionarios públicos de separación del servicio tiene carácter perpetuo. La inhabilitación absoluta se aplica independientemente de la condición del reo, esto es, tanto si goza o dispone de honores, empleos o cargos públicos, como si carece de cualquiera de ellos, caso este último en que la materialidad de la sanción se reduce a la incapacidad para obtenerlos durante el tiempo de la condena.

2) *inhabilitación especial para empleo o cargo público*, que produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos, y produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena, debiendo especificarse en la misma sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación (arts. 39 b) y 42 Cp).

La inhabilitación especial para empleo o cargo público está prevista como pena principal (v. gr., arts. 404, 410, 417 Cp) pero opera también como pena accesoria de las penas de prisión inferior a diez años y en tanto el cargo o empleo público tiene directa relación con el delito cometido (art. 56.1.3º Cp).

Asimismo, a la inhabilitación especial para empleo o cargo público se muestra muy próxima la medida de seguridad de inhabilitación profesional de los artículos 96.3.1ª [antes 96.3.4º] y 107 Cp¹¹⁷⁸, y cuyo alcance, según

¹¹⁷⁸ Así SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, op. cit., p. 234.

dispone esta última norma¹¹⁷⁹, es la inhabilitación para el ejercicio de cargo o empleo por tiempo de uno a cinco años, siempre que el sujeto, uno exento de responsabilidad criminal conforme al artículo 20 Cp, haya cometido delito con abuso de dicho ejercicio o en relación con él y de la valoración de las circunstancias concurrentes se puede deducir el peligro de que cometa el mismo delito u otros semejantes.

3) *inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio*, la cual debe concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, que produce la privación de ejercerlos al penado durante el tiempo de la condena (arts. 39 b) y 45 Cp).

Y, faltando uniformidad del legislador al disponer esta pena, puesto que se establece inhabilitación especial para “profesión u oficio, industria o comercio” (art. 363 Cp), “profesión, oficio, industria o comercio” (arts. 363, 364 y 512 Cp), “profesión, oficio o comercio” (art. 337 Cp), “industria o comercio” (art. 570.2 Cp), “profesión u oficio” (arts. 159, 319.1.2, 321, 325 Cp), o bien sólo para “profesión” (arts. 199.2, 271 Cp), incluso determinándose hasta la clase de ésta, como ser “sanitaria” (arts. 144, 145.1, 157 Cp), “educativa” (art. 221.3 Cp), “de abogado o procurador” (art. 467 Cp), la inhabilitación especial hay que entenderla referida a la ocupación laboral del penado, requiera o no la misma permiso, habilitación o licencia, o aun sea poco común o inusual¹¹⁸⁰. A su vez, ha de evitarse una reducción

¹¹⁷⁹ Señala GRACIA MARTÍN, Luis. “Las medidas de seguridad y reinserción social”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 427-490, p. 471, «El art. 107 CP [...] precisa el alcance de la medida de *inhabilitación profesional* prevista en el art. 96.3.1º, en el sentido de que: «El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, o cargo o empleo [...]»». URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, *op. cit.*, p. 163, se refiere a «las medidas de seguridad [...] establecidas en los arts. 96.3 y desarrolladas en los arts. 105, 107 y 108 CP».

¹¹⁸⁰ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Penas privativas de derechos”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY

excesiva del objeto de la inhabilitación y que pueda dar lugar a realizar actividades que importen un riesgo igual o mayor que el de aquellas sobre que la inhabilitación recae¹¹⁸¹, y con ello procede, por ejemplo, que la inhabilitación de toda profesión que implique actividades de gestión de patrimonio, de intermediación inmobiliaria y de gestión de tramitación burocrática para terceros sea sustituida por la inhabilitación de la profesión de abogado¹¹⁸².

Aparte de preverse como principal, esta inhabilitación especial es pena accesoria en caso de condena a prisión inferior a diez años, y siempre que la profesión, oficio, industria o comercio diga relación directa con el delito cometido (art. 56.1.3° Cp).

De igual forma, a la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio se muestra muy próxima la medida de seguridad de inhabilitación profesional de los artículo 96.3.1ª y 107 Cp¹¹⁸³, cuyo alcance, al tenor de la última disposición, es la inhabilitación para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de uno a cinco años, en tanto el individuo, inimputable acorde el artículo 20 Cp, haya cometido delito con abuso de dicho ejercicio o en relación con él y de la valoración de las circunstancias concurrentes se puede deducir el peligro de cometer el mismo delito u otros semejantes.

DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 121-165, p. 133. Y en el sentido indicado, p. ej., STS 1193/2010, de 22 de diciembre (F.j. único), N° Roj: 1089/2011: «[...] **CONDENAMOS** [...] como autores de un delito de acusación falsa del artículo 325.1° del Código Penal derogado, 456.1.1° del actual, [...] a las penas de tres meses de arresto mayor, con la accesoria de suspensión de profesiones u oficios relacionados con el desempeño de cargos de dirección, públicos o privados, vinculados con entidades bancarias, crediticias o financieras para los acusados [...] y [...], y respecto de la profesión de abogado para el acusado [...], todas ellas durante el tiempo de la condena».

¹¹⁸¹ CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. “Arts. 32-60”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 138-184, p. 158.

¹¹⁸² Así STS 647/2005, de 19 de mayo (F.j. ÚNICO), N° Roj: 3216/2005.

¹¹⁸³ Así SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal, op. cit.*, p. 234.

4) *inhabilitación especial para los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela*, que priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás como también la incapacidad de ser nombrado para dichos cargos durante el tiempo de la condena, pudiendo el juez o Tribunal, atendida las circunstancias del caso, acordar esta pena respecto de todos o alguno de los menores o incapaces que estén a cargo del penado (arts. 39 b) y 46 Cp). A los efectos antedichos, la patria potestad comprende tanto la regulada en el Código civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas previstas en la legislación civil de las Comunidades Autónomas (art. 46 párr. 2 Cp).

La inhabilitación especial para los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela es pena principal, junto a la pena de prisión, en los delitos de tráfico de menores (art. 221 Cp) y de sustracción de menores (art. 225 bis Cp), junto a pena de multa, en delito de negociaciones prohibidas a peritos, árbitros y contadores partidores (art. 440 Cp), previéndose su imposición potestativa, con otra principal de aplicación preceptiva, si el Juez lo considera conveniente para el interés del menor de edad o incapaz, en delitos de mutilación genital (art. 149.2 Cp), malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (arts. 153 [violencia física o psíquica habitual sobre familiares y otras personas] y 173.2¹¹⁸⁴ [violencia doméstica habitual] Cp), amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4 Cp), amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito familiar (art. 171.5 Cp), coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2 Cp), delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.3 Cp), incumplimiento de deberes legales de asistencia

¹¹⁸⁴ STS 126/2011, de 31 de enero (F.j. 7), N° Roj: 1307/2011: «la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [...] para el delito de maltrato familiar habitual “cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor” [...] evidencia su aplicabilidad no solo en los casos en que el habitual maltrato recae directamente sobre el menor [...] sino también cuando recae el maltrato sobre otras personas, como la madre [...], en cuanto podría tal conducta afectar negativamente sobre los hijos sometidos a la patria potestad [...]».

inherentes a la patria potestad (art. 226.2 Cp), de abandono de menores y de utilización o tráfico de menores para la mendicidad (art. 233.1 Cp).

La inhabilitación de que se trata es también pena accesoria, siempre que el derecho en cuestión diga directa relación con el delito cometido y la pena impuesta es prisión inferior a diez años (art. 56 Cp) o prisión igual o superior a diez años (art. 55 *in fine* Cp), de aplicación preceptiva y discrecional, respectivamente.

La sola inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad está prevista también potestativamente, junto con una principal de prisión, en delitos de suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación (art. 220.4 Cp).

5) *inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo*, que priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (arts. 39 b) y 44 Cp).

Esta pena está establecida sólo para un delito de desórdenes públicos, cual es la perturbación grave del orden público con miras a impedir el ejercicio de sus derechos cívicos a otra persona (art. 559 Cp), y tiene el carácter de accesoria de las penas de prisión inferiores a diez años (art. 56.1.2º Cp), sin necesidad de que el derecho de sufragio haya tenido relación directa con el delito cometido¹¹⁸⁵.

¹¹⁸⁵ Así STS 417/2003, de 20 de marzo (F.j. 3), N° Roj: 1927/2003: «la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo es una pena residual que procede imponer cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio».

También, por STS 1359/2000, de 10 de julio (F.j. ÚNICO), N° Roj: 5678/2000, se establece la no aplicación de esta sanción al condenado que es extranjero y que no consta que ha adquirido ciudadanía española, por ser evidente que carece del derecho pasivo de sufragio y tampoco puede adquirirlo ni aun obteniendo la nacionalidad española durante la ejecución de la pena privativa de libertad, dado lo dispuesto en el artículo 6.2.a) de la LO 5/1985.

6) *inhabilitación especial para cualquier otro derecho*, éste debiendo concretarse expresa y motivadamente en la sentencia¹¹⁸⁶, y por la que el penado queda privado de la facultad de ejercerlo durante el tiempo de la condena (arts. 39 b) y 45 Cp).

La manera en que se ha establecido esta pena da lugar a dificultad puesto que no hay una referencia acerca del derecho¹¹⁸⁷ de que ha de ser inhabilitado el condenado. Una interpretación, con base en la legislación anterior, es que la ley se refiere a cualquier otro derecho que esté conectado con las mismas actividades a las cuales afecta la inhabilitación de que se trata, es decir, vinculados a o con una *profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas* en el mismo Código penal, por lo que se comprenderían ocupaciones manuales, profesiones liberales o de cualquier otra clase, etc., todas las que, por su cantidad, es aconsejable no llevarlos a texto.

Precisamente, indica MAPELLI CAFFARENA, el CpE 1944, en el mismo artículo, añadió un apartado segundo que comprendía también las ocupaciones manuales, las profesiones liberales y las de cualquier otra clase, algo innecesario puesto que termina en una cláusula general por la que debían incluirse las profesiones u oficios cuyo ejercicio requiere una habilitación o permiso especial como aquellas que no lo necesitan, lo que fue suprimido por la reforma de 1983, reapareciendo en el Código de 1995 una referencia a “cualquier otro derecho”, tan ambigua como criticable por lesionar la

¹¹⁸⁶ En STS N° Roj 7437/1992, de 1 octubre (F.j. 1), determinado que «[...] el recurrente ha sido condenado a la pena accesoria de suspensión de profesión y oficio, cuando el mismo, según encabezamiento de la Sentencia de instancia, el ejercicio de su profesión ninguna relación directa o indirecta tiene con el delito cometido», se resuelve (F.j. Único) que «[...] procede no sancionar con pena accesoria de profesión y oficio al condenado [...], manteniéndose los restantes pronunciamientos de la Sentencia impugnada [...]».

¹¹⁸⁷ Al respecto, con ocasión de las modificaciones introducidas por la LO 5/2010, señala VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Penas accesorias”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 115-119, pp. 118-119, «la reforma también ha constituido una ocasión desperdiciada de suprimir la pena de inhabilitación especial para cualquier otro derecho, [...] y que ha recibido incesantes críticas doctrinales debido a su indeterminación».

taxatividad que exige el principio de legalidad¹¹⁸⁸. El legislador es único culpable de que esta cláusula general pueda interpretarse como un “sistema abierto de inhabilitaciones especiales” en la que literalmente se puede incluir la pérdida de cualquier derecho, por lo que, para no abandonar el principio de legalidad o de seguridad jurídica, es necesario interpretar que se incluye cualquier ocupación en sintonía con el texto en el precepto específico en el que se explica el alcance de esta inhabilitación profesional¹¹⁸⁹. Asimismo, debe demostrarse, ya que la ley reclama concretar en la sentencia el oficio o profesión afectados y motivar la inhabilitación, que la labor de que se trata es instrumental respecto de la comisión del delito o que acaece éste cuando aquélla se realiza¹¹⁹⁰.

En opinión de BOLDOVA PASAMAR, la redacción del artículo 45 Cp agota definitivamente todo el espectro posible de las inhabilitaciones toda vez que, si bien no supone un sistema abierto de penas, por lo menos sí constituye un sistema abierto de inhabilitaciones especiales¹¹⁹¹. La “redacción” controvertida está a final de frase, como fórmula residual o cláusula general de inhabilitaciones especiales, con lo que no aparece como muy plausible restringir el campo de aplicación de esta nueva pena sólo a los derechos de índole profesional o laboral y, por lo mismo, se puede estimar que el Código penal, en esta parte, responde, en líneas generales, a la idea de taxatividad en todas sus penas, aunque en este caso, pasando por sobre ello, se ha pretendido dotar de la mayor eficacia posible al sistema de penas, a la vista de que con la inhabilitación especial para cualquier otro derecho podrían cubrirse las

¹¹⁸⁸ MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 234.

¹¹⁸⁹ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 234-235.

¹¹⁹⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., p. 235.

Conforme STS 1723/1992, de 25 de mayo (F.j. 2.2), N° Roj: 9892/1992: «La naturaleza de los hechos incriminados justifica la previsión del legislador de apartar al condenado durante el tiempo de cumplimiento de la condena de actividades relacionadas directamente con el delito cometido».

¹¹⁹¹ BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, op. cit., p. 137, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, op. cit.

lagunas surgidas por la redacción que se ha dado dicho sistema¹¹⁹². Expuesto de otro modo, aún prescrito que el derecho del que se priva al individuo se concrete en la sentencia *expresa y motivadamente*, la letra de la ley sólo vislumbra una técnica legislativa poco representativa del principio de legalidad de las penas, el que reclama justamente que la pena esté prevista en el Ordenamiento jurídico y que se concrete especial y suficientemente por la ley, y no sólo por el juez, por lo cual, si a variados derechos se quería extender la inhabilitación especial, hubiera bastado en realidad con establecer un catálogo adicional de los derechos susceptibles de restricción o privación¹¹⁹³.

Según expone CARDENAL MONTRAVETA, la referencia legal a “cualquier otro derecho” puede entenderse como una cláusula abierta¹¹⁹⁴, o bien como una remisión genérica a las inhabilidades expresamente previstas en determinados preceptos (v. gr., arts. 262, 305, 308.3, 334 a 336 Cp), que no recaen sobre una profesión, oficio o industria y cuyo contenido tampoco se define en los artículos 46-49¹¹⁹⁵.

El único supuesto de inhabilitación especial para cualquier otro derecho como pena principal está previsto para delito de injurias y calumnias cometidas mediante precio, recompensa o promesa, en que, aparte de la pena señalada para el delito de que se trate, el Tribunal ha de imponer «la de

¹¹⁹² Cfr. BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 137, n. n° 38, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

¹¹⁹³ Cfr. BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 137, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

¹¹⁹⁴ Así STS 417/2003, de 20 de marzo (F.j. 5), N° Roj: 1927/2003: «No tiene trascendencia [...] la calificación del cargo de Presidente de una Federación Deportiva como público o privado. El artículo 56 prevé como pena accesoria no solo la inhabilitación especial para empleo o cargo público, sino también para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, previsión tan amplia que comprende sin dificultad el derecho a ostentar cargos en Federaciones Deportivas».

¹¹⁹⁵ CARDENAL MONTRAVETA, “Arts. 32-60”, *op. cit.*, p. 159, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, *op. cit.*

inhabilitación especial prevista en los artículos 42 ó 45 del [...] Código» (art. 213 Cp), relativo esta última disposición precisamente a la inhabilitación en cuestión. Se trata entonces de una pena cuya aplicación se reduce prácticamente a las penas accesorias, así siéndolo, concretamente, de la prisión inferior a diez años siempre que el derecho en cuestión, además, haya tenido relación directa con el delito cometido, lo que debe determinarse en la sentencia expresamente (art. 56.1.3° Cp)¹¹⁹⁶.

A la inhabilitación especial para cualquier otro derecho se muestra también muy próxima la medida de seguridad de inhabilitación para determinado derecho del artículo 107 Cp¹¹⁹⁷, que importa, de acuerdo a la norma citada, la inhabilitación para el ejercicio del derecho en cuestión, por tiempo de uno a cinco años, en tanto el sujeto, un inimputable, cometió el delito con abuso de dicho ejercicio o en relación con él y de la valoración de las circunstancias concurrentes se puede deducir el peligro de cometer el mismo delito u otros semejantes.

7) *inhabilitación especial para otras actividades determinadas* [en este Código] (art. 39 b) Cp).

Esta inhabilitación especial -que surge con la reforma del Cp de 25 de noviembre de 2003- no es una nueva modalidad de pena sino una expresa mención a penas ya existentes en algunas figuras delictivas de la Parte Especial del Código, que reciben la denominación de inhabilitación especial, pero que recaen sobre otras actividades determinadas y distintas de las primeras cuatro inhabilitaciones especiales mencionadas anteriormente, en

¹¹⁹⁶ Así BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 138, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

¹¹⁹⁷ Señala URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, *op. cit.*, p. 160, «Los arts. 96.3, 105, 107 y 108 CP recogen el catálogo de medidas de seguridad y reinserción social no privativas de libertad».

que el término “actividad” no pretende contraponerse a “derecho”, como una forma de diferenciar esta inhabilitación especial de la anterior, ya que ambas son empleadas de forma anfibológica.

El Cp, en el Lib. II, en la mayoría de los casos señala la clase de inhabilitación especial de que se trata, la misma una o más de las cinco citadas previamente. En el Código, se habla, sucintamente, de inhabilitación especial en los artículos 390, 394.1 y 463 y, por el contrario, en el artículo 262.1 se prevé inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales o para contratar con las Administraciones Públicas y en los artículos 334 a 336 inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar, las cuales son, en rigor, casos de inhabilitación especial para cualquier otro derecho, pues los derechos están expresamente concretados por la Ley y su privación no precisa la motivación requerida por el artículo 45. Es decir, las inhabilitaciones de los arts. 262 y 334 a 336 Cp son inhabilitaciones especiales muy específicas y, por tanto, no previstas en la Parte General sino tan sólo para un delito o grupo de delitos determinado. Lo que la reforma hace es establecer en el sistema general de penas una denominación común comprensiva de estas singulares y hasta entonces dispersas inhabilitaciones especiales. Otros ejemplos son los artículos 144, 145 y 157 Cp, en los que se recoge una inhabilitación especial para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, sean públicos o privados, y el artículo 221.3 del mismo cuerpo legal, en que se alude a una inhabilitación especial para el ejercicio de actividades en guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños.

8) *suspensión de empleo o cargo público*, la cual priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena (arts. 39 c) y 43 Cp).

Esta pena está dispuesta como principal en los delitos de autorización de matrimonios nulos con causa de nulidad dispensable (art. 219.2 Cp) y de incomunicación ilegal imprudente (art. 532), contemplándose para varios otros como pena conjunta (v. gr., Cp arts. 391, 405, 409, 417.2), a la vez que es pena accesoria si la pena es de prisión inferior a diez años, y siempre que el empleo o cargo hubiera tenido relación directa con el delito cometido, vinculación que debe ser determinada expresamente en la sentencia (art. 56.1.3° Cp).

9) *privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*, cuya duración es de tres meses a 10 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código, y que inhabilita al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia (arts. 39 d), 40.2.5 y 47 párr. 1 Cp). Si la pena impuesta lo es por tiempo superior a dos años se pierde la vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción (art. 47 párr. 3 Cp).

La privación del derecho a conducir vehículos a motor¹¹⁹⁸ y ciclomotores¹¹⁹⁹ se establece como pena principal, junto a otra que por lo general es prisión, en delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave cometidos utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor (arts. 142.2 y 152.2 Cp) y delitos contra la seguridad vial (arts. 379, 380, 381 y 383 Cp), siendo potestativa su imposición en caso de faltas de homicidio por imprudencia

¹¹⁹⁸ De acuerdo al Anexo I (n° 9) del RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, excluidos los ciclomotores y los tranvías, es todo vehículo provisto de motor para su propulsión.

¹¹⁹⁹ Según dispone el Anexo I (n° 7.a.b.c) del RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, es el vehículo de dos y de tres ruedas, provistos de un motor de cilindrada no superior a 50 cm³, si es de combustión interna, y con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h, y el vehículo de cuatro ruedas cuya masa en vacío sea inferior a 350 kg, excluida la masa de las baterías en el caso de vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción no sea superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada igual o inferior a 50 cm³ para los motores de explosión, o cuya potencia máxima neta sea igual o inferior a 4 kW, para los demás tipos de motores.

leve y de lesiones por imprudencia grave o leve, según los casos, cometidos con vehículo a motor o ciclomotor (art. 621.4 Cp).

La referencia a la inhabilitación especial para cualquier otro derecho del artículo 56.1.3º Cp permite imponer como pena accesoria la privación del derecho a conducir vehículos motorizados y ciclomotores¹²⁰⁰, además que posibilita ampliar la privación del derecho de conducir a otras máquinas o artefactos, tales como barcos, aeronaves o cualquier otro medio de transporte motorizados¹²⁰¹.

La privación del derecho de conducir vehículos de motor o ciclomotores es también una medida de seguridad (96.3.5ª Cp), la cual no importa la pérdida de vigencia del permiso o licencia, siendo de aplicación lo dispuesto con carácter general en la legislación administrativa¹²⁰², y que puede imponerse por un tiempo de hasta diez años (art. 105.2.c Cp).

10) *privación del derecho a la tenencia y porte de armas*, cuya duración es de tres meses a 10 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código, y que inhabilita al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia (arts. 39 e), 40.2.5 y 47 párr. 2 Cp). Si la pena se impone por tiempo superior a dos años se pierde la vigencia del permiso o licencia que habilite para la tenencia y porte (art. 47 párr. 3 Cp).

¹²⁰⁰ Así, p. ej., CARDENAL MONTRAVETA, “Arts. 32-60”, *op. cit.*, p. 162, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, *op. cit.*

¹²⁰¹ BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 143, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

¹²⁰² CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. “Arts. 80-108”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 213-264, p. 243.

Esta privación del derecho de tenencia y porte de arma se establece como pena principal, junto a otra que generalmente es prisión -a veces ésta como pena alternativa-, en los delitos de homicidio y lesiones por imprudencia grave cometidos mediante arma de fuego (arts. 142.2 y 152.2 Cp), malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (arts. 153.2 Cp), amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4 Cp), amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos en el ámbito familiar (art. 171.5 Cp), coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2 Cp) y delito de violencia doméstica (art. 173.2 Cp), siendo su imposición potestativa en caso de faltas de homicidio por imprudencia leve y de lesiones por imprudencia grave o leve, según los casos, cometidos con arma (art. 621.5 Cp).

A través de la referencia del artículo 56.1.3º del Cp a la inhabilitación especial para cualquier otro derecho se puede imponer como pena accesoria la privación del derecho de tenencia y porte de armas¹²⁰³.

La privación del derecho de tenencia y porte de armas es también una medida de seguridad (96.3.6ª Cp), que abarca la privación de la licencia o permiso de armas como el porte de las mismas¹²⁰⁴, y puede imponerse por tiempo de hasta diez años (art. 105.2.b Cp).

¹²⁰³ Así, p. ej., CARDENAL MONTRAVETA, “Arts. 32-60”, *op. cit.*, p. 162, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, *op. cit.*

En el mismo sentido -y confirmando SAP Sevilla, de 20 de junio de 2001, que condena al autor de dos delitos de homicidio en grado de tentativa a penas de seis años de prisión por uno de ellos y cuatro años de prisión por el otro, suspensión, durante el tiempo de la condena, del empleo público de Policía Local del Ayuntamiento de Sevilla e inhabilitación para el derecho de uso de armas- STS 172/2003, de 6 de febrero (F.j. 13), N° Roj: 736/2003: «el requisito de relación directa entre el delito cometido y el derecho afectado, se refiere a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir, a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena. [...] el Ministerio Fiscal solicitó en sus conclusiones la imposición de una de las penas accesorias previstas en el artículo 56, dejando su elección al Tribunal, como se hace en el citado precepto. [...] en los delitos de homicidio intentado por los que ha sido condenado el acusado, éste utilizó el revólver que poseía como Policía Local. Siendo conocido, por un lado, que la posesión de un arma de fuego sin licencia constituye delito, y por otro, los difíciles trámites administrativos que se deben cumplir para conseguir tales licencias; lo que implica que Juan Carlos Manuel aprovechó su profesión para realizar su conducta delictiva».

¹²⁰⁴ URRUELA MORA, *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad...*, *op. cit.*, p. 187.

11) *privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*, que impide al penado residir o acudir al lugar en que se ha cometido el delito o falta, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, y que tiene una duración de hasta 10 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código (arts. 39 f), 40.3.5 y 48.1 Cp). El juez o Tribunal puede acordar que el control de esta medida se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (art. 48.4 Cp).

Conforme prescribe el artículo 57.1 Cp, esta pena es tan sólo accesoria¹²⁰⁵ y de imposición potestativa para determinados delitos, tales como homicidio, aborto. Esta sanción «restringe el derecho fundamental a la libre deambulación (art. 19 CE) con una finalidad específica preventiva especial en función de la peligrosidad del autor hacia la víctima»¹²⁰⁶. Incluso, por esta dimensión preventiva especial, los Tribunales en algunas ocasiones afirman

¹²⁰⁵ Así BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 149, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 839; MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”. *InDret* [www.indret.com]. 4/2007, pp. 1-26, p. 6; ACALE SÁNCHEZ, María. “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”. En: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*. 1ª ed. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, pp. 93-122, p. 102. Es más, expone ACALE SÁNCHEZ, María. “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”. En: VV.AA. DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 65-106, pp. 69-70: «El Código penal vigente recurre al alejamiento del agresor de sus víctimas o de determinados lugares a través de distintos mecanismos. Así, es pena accesoria (artículo 57) [...] El alejamiento es una pena accesoria que se diferencia del resto de penas de esta clase en el presupuesto requerido para su imposición, pues no depende ni de la duración, ni de la clase de pena principal, sino del concreto delito cometido, lo que la dota de autonomía. [...] De ahí se deriva que si bien es accesoria, no depende de pena principal alguna, por lo que si ésta se suspende, aquélla seguirá ejecutándose, [...]. Se trata, pues, de una pena accesoria *sui generis*». Opinión contraria, p. ej., LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed. corregida y aumentada con las leyes reformadoras del Código Penal y la doctrina jurisprudencial emitida hasta 1 de mayo de 2004. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 264-265: «Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 15/03, de 25 de noviembre, [...] estos castigo constituyen penas ciertamente principales, y no accesorias. [...] ninguno de estos castigos se acomoda al concepto de accesoriedad [...], su imposición no viene condicionada por una pena principal, a la que aparezcan asociadas, sino que el legislador (artículo 57) las prevé para determinadas figuras delictivas, [...] Su desvinculación [...] de otro castigo, que pudiera actuar como principal, se traduce en otro rasgo diferencial de con las accesorias, cual es que no se imponen en la misma extensión que la pena específica a la que acompañan».

¹²⁰⁶ STS 154/2000, de 4 de febrero (F.j. 5), N° Roj: 753/2000.

que esta pena es una medida de seguridad¹²⁰⁷, con una de las cuales, por otra parte, presenta cierta semejanza, concretamente con la libertad vigilada, porque ésta también aleja al penado pero no del lugar en que se delinquiró o de aquel en que la víctima o su familia residen, si fueran distintos, sino que de determinados territorios, lugares o establecimientos (arts. 96.3.3ª y 106 g) Cp) y de determinados lugares (arts. 96.3.3ª y 106 h) Cp), según se trate de prohibición de acudir o de residir, respectivamente.

12) *prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*, que impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar en que se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando suspendido, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena, y que tiene una duración de un mes a 10 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código (arts. 39 g), 40.3.5 y 48.2 Cp). El juez o Tribunal puede

¹²⁰⁷ STS 110/2000, de 12 de junio (F.j. 3), N° Roj: 4792/2000: «La inaplicación de la continuidad en el delito de amenazas no debe comportar la eliminación o reducción de la pena accesoria impuesta al acusado al amparo del art. 57 del CP., que interesa el recurrente. Dicha pena de prohibición de residencia en la ciudad de Valencia supone en realidad una medida de seguridad, cuya fijación se establece discrecionalmente por el Tribunal enjuiciador, para proteger a la víctima, y en atención a los hechos imputados al acusado, sin que influya en su alcance y extensión la tipificación penal determinada por el Juzgador, una vez que conste que se han cometido algunos de los delitos relacionados en el mencionado art. 57».

STS 1429/2000, de 22 de septiembre (F.j. 5), N° Roj: 6631/2000: «Esta Sala ya declaró en Sentencia de 29 de enero de 1990, que se repite en la de 2 de octubre de 1999, con relación al artículo 67 del Código Penal de 1973, correspondiente con el 57 del vigente Texto Legal, que la valoración de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor a los efectos de determinar su aplicación no se fundamenta en circunstancias ajenas al hecho mismo [...] En el caso, no puede decirse que no se haya demostrado ni la gravedad de los hechos, que lo son en extremo, ni la peligrosidad del autor [...], y nada impide eventualmente su repetición en el futuro, tomando esta medida de seguridad la Sala de instancia para salvaguardar los derechos y sobre todo la protección de la víctima».

STS 369/2004, de 11 de marzo (F.j. 4), N° Roj: 1666/2004: «El presupuesto indispensable para adoptar una decisión de esta naturaleza, radica en que nos encontremos ante uno de los delitos, que se explicitan en el primer párrafo del artículo 57 del Código Penal. Es incuestionable que [...] estamos ante un delito de homicidio. [...] Al tratarse de una verdadera medida de seguridad, su efecto posible habría que proyectarlo sobre el autor de los hechos, atendiendo a su gravedad y al peligro que el delincuente represente. [...] El hecho de que el artículo 57 del Código Penal considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena».

acordar que el control de esta medida se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (art. 48.1 Cp).

Lo mismo que la anterior, esta pena es sólo accesoria¹²⁰⁸ y de imposición potestativa para determinados delitos (art. 57.1 Cp), salvo que las víctimas del delito pertenezcan al ámbito familiar, afectivo o similar del autor (v. gr., descendientes o ascendientes propios o del cónyuge o conviviente), caso en el cual esta sanción es de aplicación obligada. La totalidad de su contenido se comprende en el más amplio de la medida de seguridad de libertad vigilada, que abarca también como prohibición aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal (arts. 96.3.3^a y 106 e) Cp).

13) *prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal*, que impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, y que tiene una duración de un mes a 10 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código (arts. 39 h), 40.3.5 y 48.3 Cp). El juez o Tribunal puede acordar que el control de esta medida se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan (art. 48.1 Cp)¹²⁰⁹.

¹²⁰⁸ Así BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 149, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*; MONTANER FERNÁNDEZ, “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica...”, *op. cit.*, p. 6; ACALE SÁNCHEZ, “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *op. cit.*, p. 102, en: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*, *op. cit.* (también ACALE SÁNCHEZ, “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, *op. cit.*, pp. 69-70, en: VV.AA. DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, *op. cit.*). Opinión contraria LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, *op. cit.*, pp. 264-265.

¹²⁰⁹ Críticamente, esta pena y las dos que le anteceden, para BUENO ARÚS, “El sistema de penas en el Derecho penal español desde la Guerra Civil hasta la democracia”, *op. cit.*, p. 163, en: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos...*, *op. cit.*, «atiende clara y directamente a la necesidad de separar al delincuente de la víctima para evitar reincidencias o daños mayores, y se enmarca en las exigencias de una política criminal moderna *trucada de victimología*».

También esta pena es sólo accesoria¹²¹⁰ y de imposición potestativa para determinados delitos e igualmente su contenido se comprende plenamente en el más amplio de la medida de seguridad de libertad vigilada, que importa prohibición -entre otras- de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal (arts. 96.3.3ª y 106 f) Cp).

14) *trabajos en beneficio de la comunidad*, que, no pudiendo imponerse sin consentimiento del penado, obligan a cooperar de manera no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que pueden consistir, en relación a delitos de similar naturaleza al cometido por el infractor, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, así como participar en talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares, y que tiene una duración de un día a un año, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del mismo Código (arts. 39 i), 40.4.5 y 49 párr. 1).

La duración diaria de esta pena no puede exceder de ocho horas y está sujeta a las condiciones previstas en el artículo 49 Cp, entre éstas el que la ejecución se desarrolle bajo control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios (49.1ª), que no se atente la dignidad del penado, etc.¹²¹¹.

¹²¹⁰ Así BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 149, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*; MONTANER FERNÁNDEZ, “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica...”, *op. cit.*, p. 6; ACALE SÁNCHEZ, “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *op. cit.*, p. 102, en: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*, *op. cit.* (también ACALE SÁNCHEZ, “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”, *op. cit.*, pp. 69-70, en: VV.AA. DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género...*, *op. cit.*). Opinión contraria LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, *op. cit.*, pp. 264-265.

¹²¹¹ Conforme el art. 49 Cp, las otras condiciones son:

Esta pena es originaria o alternativa (pena directa)¹²¹² y se prevé para delitos de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (art. 153 Cp), amenazas en el ámbito familiar (art. 171.4 Cp), amenazas con armas en el ámbito familiar (art. 171.5 Cp), coacciones en el ámbito familiar (art. 172.2 Cp), hurto de uso y utilización ilegítima de vehículos (art. 244.1 Cp), delitos contra la propiedad intelectual (art. 270.1 párr. 2 Cp), conducción de vehículo de motor o ciclomotor a exceso de velocidad (art. 379.1 Cp), conducción de vehículo de motor o ciclomotor bajo influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379.2 Cp), conducción de vehículo de motor o ciclomotor sin permiso o licencia (art. 384 Cp), delito de creación de grave riesgo para la seguridad del tráfico (art. 385 Cp), y faltas de incumplimiento de obligaciones familiares (art. 618.2 Cp), amenazas, coacción, injuria o vejación leve en el ámbito familiar

«3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.^a Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.^a No se supeditará al logro de intereses económicos.

6.^a Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7.^a Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto».

¹²¹² En este sentido, señala BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 156, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*, «Dado que el trabajo en beneficio de la comunidad tiene carácter voluntario es preciso que se configure como sustitutiva de otra pena o como originaria cumulativa o alternativa a otra pena. [...] su especial configuración como pena voluntariamente asumida impide que pueda estar prevista como la única respuesta penal para un delito o falta [...]».

(art. 620.2 Cp), deslucimiento de bienes muebles o inmuebles (art. 626 Cp) y contra el medio ambiente y de maltrato de animales (art. 632 Cp)¹²¹³.

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad opera además como pena sustitutiva de la multa proporcional, así acordado por el juez o Tribunal, previa conformidad del penado (art. 53.2 Cp), y como modalidad de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, caso en el cual el día de privación de libertad de tal responsabilidad - que corresponde a dos cuotas diarias no satisfechas- equivale a una jornada de trabajo (art. 53.1 Cp).

Esta pena -lo mismo que la multa- puede sustituir a la pena de prisión que no excede de un año, si así lo aconsejan la conducta y circunstancias personales del reo no habitual, en particular su esfuerzo por reparar el daño causado, y la naturaleza del hecho (art. 88.1 Cp), y sustituir excepcionalmente -no ya sola sino que junto con pena de multa- a la pena de prisión que no excede de dos años, siempre que las circunstancias del hecho y del reo no habitual culpable se infiera que el cumplimiento de la prisión habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social (art. 88.1, párr. 2, Cp). Como pena sustitutiva, el trabajo en beneficio de la comunidad puede tener una duración superior a un año.

Se trata de una sanción que en su contenido coincide en parte con el más amplio de la medida de seguridad de libertad vigilada que entre sus obligaciones a imponer ciertamente contempla la de «participar en programas

¹²¹³ Para VARONA GÓMEZ, Daniel. “La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?”. *REIC*. n° 2 (2004), A. 4, pp. 1-14, p. 11, «[...] en realidad, el aumento nominal que experimenta el papel del TBC en el sistema de penas no es la consecuencia de una apuesta decidida por una pena alternativa a la prisión (tal y como sin embargo se arguye en la motivación de la reforma), sino [...] el fruto de una mera imposibilidad de aplicar otras penas (tras la eliminación del AFS, y la inadecuación de la multa en algunos delitos -art. 153 CP-). Ello concuerda, de hecho, con la valoración que debe hacerse de otras reformas (en particular la eliminación del AFS) que demuestran que la motivación de la LO 15/2003 no es avanzar en el sistema de penas alternativas a la prisión». [A. en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004art4.pdf> (visitado el 20/06/2011)].

formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares» (arts. 96.3.3° y 106 j) Cp).

Del trabajo en beneficio de la comunidad se cuestiona su naturaleza de pena y se afirma que no lo es debido a que el artículo 35 CE establece el trabajo como un derecho y un deber, la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado, prevé realizar actividades de utilidad pública o interés social sin percibir remuneración, se requiere de consentimiento para su imposición y, diferente a toda pena, a quien se le impone no importa un mal sino un bien que evita cumplir una pena privativa de libertad.

Pero, sin duda, es una pena, porque el referido trabajo impone realizar una actividad no remunerada, en que el no pago constituye una carga punitiva central en la concepción de esta pena; el que el trabajo de utilidad pública se prevea voluntariamente no obsta a que el ejecutado en beneficio de la comunidad sea una consecuencia jurídica de un delito o falta; el consentimiento del penado en nada desvirtúa que se está ante una pena y la aceptación de aquél simplemente garantiza una aplicación no forzosa que por ende no atenta contra derechos fundamentales, es decir, dicha aquiescencia no excluye la coactividad de la pena, que sigue implicando una restricción o privación de un derecho; y, tampoco hay algún bien para el condenado pues éste está obligado a efectuar trabajos sin utilidad económica, o sea, tiene una importante carga punitiva, todavía más severa que las de otras alternativas a la prisión (v. gr., suspensión)¹²¹⁴.

15) *privación de la patria potestad*, que implica la pérdida de su titularidad, subsistiendo los derechos de los que sea titular el hijo respecto del penado, pudiendo el juez o Tribunal, atendidas las circunstancias del caso, acordar

¹²¹⁴ Cfr. BLAY GIL, Ester. *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*. Tesis Doctoral (LARRAURI PIJOAN, Elena [Dir.]). Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006, pp. 163-165. [disponible en: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/5084/ebg1de1.pdf?sequence=1> (visitado el 19/06/2011)].

esta pena respecto de todos o algunos de los menores que estén a cargo del penado (arts. 39 j) y 46 párr. 1 segunda parte Cp).

La patria potestad comprende la regulada en el Código Civil, incluida la prorrogada, como las instituciones análogas que se prevén en la legislación civil de las Comunidades Autónomas (art. 46 párr. 2 Cp).

La privación de la patria potestad como pena obedece al ejercicio inadecuado o negligente de los deberes inherentes a ella por parte de su titular, manifestado en la comisión de un delito, y tiene por fin la protección de uno o varios de sus hijos, en cuyo interés se impone.

En cuanto a su naturaleza jurídica, puede ser impuesta como pena principal en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual (art. 192.3 Cp) o como accesoria de cualquier pena de prisión, siempre que exista una relación con el delito (arts. 55 y 56.1.3º Cp).

Al tenor del artículo 46 párr. 1 Cp, esta pena no alcanza a los derechos de que es titular el hijo respecto del progenitor condenado, constituyendo la subsistencia de ellos una de las similitudes más destacadas con la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que sólo priva temporalmente del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad y deja intactos los deberes que el penado tiene respecto del hijo o hijos afectados por la pena, por lo cual puede ser que el cumplimiento de alguno de tales derechos frustre el fin tuitivo que se persigue con la sanción ya que para aquello podría requerirse reanudar el contacto entre el condenado y los hijos a que el Ordenamiento desea proteger. Por lo mismo, la ejecución de esta pena no afectará el derecho de alimentos del hijo, porque su realización no exige contacto alguno, y el resto de los derechos-deberes que configuran la patria

potestad (art. 154 Cc) subsisten sólo si su mantenimiento redunda única y exclusivamente en beneficio del hijo o hijos afectados por la pena y se adoptan medidas que garanticen que su cumplimiento no perjudica el fin de la sanción de protección de los hijos ante el progenitor que negligentemente ejerce la patria potestad¹²¹⁵.

Como bien destaca RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, la privación de la patria potestad como pena principal de imposición facultativa para delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.3 Cp) obedece a que en este tipo de infracciones es donde la demanda social de medidas de protección eficaces para los menores afectados ha sido más relevante, pero, considerada su naturaleza, se podría haber dispuesto para todos los delitos que ya contemplan la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad como pena principal, extendiéndose en consecuencia con carácter potestativo para delitos de tráfico de menores (art. 221 Cp), sustracción de menores (art. 225 bis Cp), suposición de parto, ocultación, entrega o sustitución para alterar la filiación (art. 220.4 Cp), mutilación general (art. 149 Cp), malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar (arts. 153 y 173.2 Cp), incumplimiento de deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad (art. 226.2 Cp), abandono de menores y utilización o tráfico de menores para la mendicidad (art. 233.1 Cp)¹²¹⁶.

16) *pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social* (art. 33.3.m) Cp).

¹²¹⁵ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana. "Penas privativas de derechos". En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 101-106, pp. 103-104.

¹²¹⁶ Cfr. RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga. "Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal". *InDret*. 2/2009, pp. 1-11, pp. 5-6 (A. disponible en: http://www.indret.com/pdf/633_es.pdf [visitado el 15/04/2011])

Esta pena, previo a su introducción por LO 5/2010, de 22 de junio, se reconducía mayoritariamente a la inhabilitación especial para cualquier otro derecho o a la inhabilitación especial para otras actividades determinadas en el Código.

Asimismo, indica GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, aunque no se incluyó en el catálogo de las privativas de derechos del art. 39 Cp ni se estableció su duración mínima y máxima en el art. 40 del mismo cuerpo legal, así como tampoco se determinó sus efectos, la duración de esta pena vendrá establecida en el delito concreto para el que se haya previsto su imposición mientras que sus efectos -que pueden determinarse acudiendo a lo que el artículo 45 Cp establece en relación con la inhabilitación especial para cualquier otro derecho- consistirán en la prohibición temporal de solicitar y recibir cualquier subvención o ayuda procedente de cualquier Administración Pública o de cualquier incentivo o beneficio fiscal o de la Seguridad Social establecido legalmente¹²¹⁷.

Previo a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, durante determinados períodos, cual era el caso con delitos relativos al blanqueo de capitales (art. 302.2.b) Cp) y del tráfico de drogas (art. 369.2.1ª Cp), así como lo era y es aún con los fraudes a la Hacienda Pública (art. 305.1.b) párr. 2 y art. 308.3 Cp), aunque es una consecuencia jurídica con contenido patrimonial, ya que a quien le fuere impuesta podría cumplir con los requisitos objetivos que harían surgir para él un derecho subjetivo de crédito frente a la Administración, viéndose privado de la realización del mismo con la aplicación de esas disposiciones, en opinión de GRACIA MARTÍN, se trata no de una pena, ni

¹²¹⁷ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, pp. 105-106, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010, op. cit.*

principal ni accesoria, sino de una medida *sui generis*, cuya naturaleza es la propia de las llamadas consecuencias accesorias y que se orienta a compensar durante algún tiempo la situación patrimonial ilícita de la que el individuo indebidamente ha gozado como consecuencia de su actuar delictivo¹²¹⁸.

3.2.3. Pena de multa

La *pena de multa* consiste en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria y que se hace efectiva, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa, con una extensión mínima de 10 días y una máxima de 2 años, con una cuota diaria con un mínimo de 2 y un máximo de 400 euros, debiendo entenderse, para efectos del cómputo, si se fija la duración por meses o años, que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta (art. 50.1.2.3.4 Cp), referencia ésta a los casos en que la multa se determina en los Libros I o II para el correspondiente delito o falta¹²¹⁹ (v. gr., arts. 324 [multa de tres a dieciocho meses] y 621.1.2 [multa de uno a dos meses] Cp).

Cuando el Código así lo disponga, la multa proporcional se establece en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo (art. 52.1 Cp), determinándose ella judicialmente conforme a las normas especiales del artículo 52.2 y 3 Cp (*vid. infra* Cap. III 3.3.2.1.1. *Determinación de la pena de multa*).

¹²¹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. “La pena de multa”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 167-221, pp. 171-172.

¹²¹⁹ CARDENAL MONTRAVETA, “Arts. 32-60”, *op. cit.*, p. 169, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, *op. cit.*

El CpE 1995 incorpora la multa de cuotas pero mantiene el sistema tradicional de la multa proporcional. La multa de cuotas o de días-multa parte de la base que la pena de multa se determina en función de las circunstancias o condiciones económicas del condenado, y permite, ciertamente, conjugar dos aspectos esenciales de la pena, cuales son la proporcionalidad y la igualdad de sacrificio, y con ello una mayor justicia, siendo su eficacia preventiva, más todavía si se cuenta con un buen procedimiento de ejecución, considerablemente superior a la del sistema tradicional. Como refiere ZIPF, en este sistema la pena pecuniaria se impone mediante dos pasos claramente diferenciados: el número de días-multa expresa el contenido del ilícito y de culpabilidad, satisfaciendo eventuales necesidades de prevención especial o, en su caso, general, y la determinación del monto de cada día multa sirve exclusivamente a la adaptación de la sanción pecuniaria a la capacidad de pago del penado¹²²⁰. Con este sistema la pena pecuniaria es más transparente, social y efectiva. Su mayor transparencia obedece a que se crea con el día-multa una unidad de medida objetivamente igual. Es más social porque en virtud de su medición variable, que se adapta a la capacidad económica de pago del condenado, se toma en cuenta las diversas situaciones financieras y se respeta mucho más el principio de la igualdad de las cargas. Es más efectiva porque conduce en general a un aumento del efecto punitivo a través de un incremento considerable del nivel de la pena pecuniaria¹²²¹.

La multa proporcional, que se determina conforme a múltiplos, divisores o tantos por ciento que se aplican a una magnitud determinada (v. gr., el perjuicio causado, la ganancia obtenida con el delito), y que es el sistema tradicional, se ha querido justificar en que da respuesta adecuada cuando una infracción administrativa, cualitativamente idéntica al delito, aunque de menor gravedad, se castiga con multa que supera los límites máximos de la

¹²²⁰ ZIPF, “Las consecuencias jurídicas del hecho”, *op. cit.*, p. 646, en: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general...*, t. II, *op. cit.*

¹²²¹ *Ibid.*

multa por cuotas¹²²², o bien por razones de retribución y prevención general respecto de delitos que importan para sus responsables grandes beneficios económicos por medio de una conducta fraudulenta y en relación a la cual la multa por cuotas puede ser demasiado benigna y por tanto poco eficaz como instrumento intimidatorio¹²²³.

Mas, existiendo el sistema de días-multa, es criticable mantener la multa de cuantía proporcional porque si la contravención penal significa para su responsable elevadas ganancias u origina considerables perjuicios, como podría ocurrir, por ejemplo, con el tráfico de drogas o con los delitos fiscales, la gravedad del hecho en realidad apuntaría más a que la pena indicada fuera privativa de libertad y no una de multa¹²²⁴. Si está señalada la pena de multa para algunas de tales infracciones, el que haya multas administrativas muy superiores a las que puedan resultar de la aplicación del sistema de cuotas, y ser posiblemente insuficientes las cuantías resultantes de la aplicación de este último sistema para tales supuestos, podría remediarse mediante redistribuir los ámbitos de lo ilícito penal y lo ilícito administrativo¹²²⁵, como también suprimiendo el establecimiento de un límite máximo para la cuantía de la cuota diaria en el sistema de los días-multa¹²²⁶. El daño ocasionado constituye un elemento del desvalor del resultado que determinará siempre una mayor gravedad del injusto, lo que puede ser tenido en cuenta en la determinación

¹²²² En este sentido CGPJ en “Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992” (*CuCGPJ* 11, p. 224, y *CPC*, n° 48, 1992, p. 724).

¹²²³ GRACIA MARTÍN, “La pena de multa”, *op. cit.*, p. 200, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

¹²²⁴ *Ibid.*

Para JORGE BARREIRO, Agustín. “El sistema de sanciones: Las medidas de seguridad”. En: VV.AA. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* Castelló de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997, pp. 77-135, p. 100, sería apropiado acudir a la pena privativa de libertad, o a la multa por cuotas en alternativa con la prisión.

¹²²⁵ GRACIA MARTÍN, *ibid.*; JORGE BARREIRO, *ibid.*

¹²²⁶ GRACIA MARTÍN, “La pena de multa”, *op. cit.*, pp. 200-201, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*

del número de cuotas¹²²⁷. El beneficio que se obtenga con el delito debe ser neutralizado por medio de la pérdida o comiso de las ganancias directas e indirectas, hasta donde sea posible, y los objetos provenientes del delito ser decomisados¹²²⁸, y si no se puede por razones técnicas-jurídicas confiscar toda la ganancia ilegítimamente obtenida, el remanente ha de entonces conformar un ingreso integrado al patrimonio del delincuente, es decir, un factor de determinación de su situación económica, que puede ser considerado para fijar la cuantía de la cuota en el sistema de días-multa¹²²⁹.

La pena de multa de cuantía proporcional se utiliza sólo como pena originaria, nunca como pena sustitutiva, y tampoco puede ser sustituida por otra. En la Parte Especial se hace considerable uso de ella¹²³⁰, y parecido a lo que acontece con el sistema de los días-multa, también aparece como pena única¹²³¹, como pena acumulada a otra de distinta naturaleza¹²³², y como pena alternativa a otra de distinta naturaleza¹²³³.

3.2.4. *Penas accesorias*

En los Códigos penales las penas esencialmente se disponen como principales, o sea, son impuestas independientemente sin necesidad de otra o

¹²²⁷ GRACIA MARTÍN, “La pena de multa”, *op. cit.*, p. 201, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.* En igual sentido, SALINERO ALONSO, Carmen. “El sistema de penas en el Código Penal de 1995”. *Jueces para la Democracia*. N° 30, noviembre 1997, pp. 68-78, p. 78.

¹²²⁸ GRACIA MARTÍN, *ibid.*; SALINERO ALONSO, *ibid.*

¹²²⁹ GRACIA MARTÍN, *ibid.*

¹²³⁰ P. ej., arts. 285, 291, 295, 301.1.3, 305.1, 306, 307, 308.1, 309, 368, 369, 370, 371.1, 386, 418, 428, 429, 442 Cp.

¹²³¹ Así, p. ej., en el art. 418 Cp, para el delito del particular que aprovecha para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, que se castiga con la pena única de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado.

¹²³² Así, p. ej., en el art. 308 Cp, relativo al fraude de subvenciones, sancionado con penas de prisión de uno a cinco años, multa del tanto al sextuplo del importe obtenido y pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

¹²³³ Así, p. ej., en los arts. 291 y 292 Cp, relativos a determinados delitos societarios, para los que se dispone pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

en cada caso están expresa y determinadamente previstas para el tipo delictivo correspondiente¹²³⁴, pero en ocasiones operan como penas accesorias, éstas las que no se contemplan específicamente para un determinado delito sino que dependen de la imposición de una pena principal¹²³⁵, y de ahí que el artículo 33.6 del texto punitivo español señale que «Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código». Estas referidas penas no son un simple efecto de la principal pues requieren una expresa imposición por parte del juez o Tribunal, conforme prescribe el artículo 79 Cp, que no es más que una expresión del aspecto de garantía jurisdiccional del principio de legalidad previsto en el artículo 3.1 Cp¹²³⁶.

Es claro que las penas accesorias no son una novedad y ellas están presentes en los distintos Ordenamientos penales. Haciendo historia, en España, el artículo 53 del Código penal de 1822 prescribía que «Los reos condenados á trabajos perpetuos, deportacion ó destierro perpetuo del reino, se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España, despues de nueve dias contados de la notificacion de la sentencia que cause ejecutoria; [...]; y si estuviere casado se considerará disuelto él matrimonio en cuanto á los efectos civiles, [...]. Pero la espresada disolucion del matrimonio no tendrá efecto ó dejará de tenerle, siempre que el otro cónyuge quisiere voluntariamente acompañar al reo en su destierro ó deportación. [...].».

¹²³⁴ Así el concepto NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 284.

¹²³⁵ Así el concepto ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, *op. cit.*, p. 259.

¹²³⁶ BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal...*, vol. I, *op. cit.*, p. 170.

Los Códigos de 1848 y de 1870 ampliaron el espectro de penas accesorias. En el Cp de 1848, cuyo artículo 24 estableció como penas accesorias la *argolla*, la *degradación*, la *interdicción civil*, la *pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*, el *resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio y pago de costas procesales*, dispuso -por nombrar- en el artículo 50 que «La pena de muerte, cuando no se ejecute por haber sido indultado el reo, lleva consigo las de inhabilitación absoluta perpetua y sujeción de aquel á la vigilancia de la Autoridad por el tiempo de su vida», en el artículo 55 que «La pena de cadena temporal lleva consigo las siguientes: 1.^a Interdicción civil del penado durante la condena. 2.^a Inhabilitación absoluta perpetua para cargos ó derechos políticos, y sujeción á la vigilancia de la Autoridad durante aquel mismo tiempo y otro tanto mas, que empezará á contarse desde el cumplimiento de la condena», y en el artículo 56 que «La pena de presidio mayor lleva consigo las siguientes: 1.^a Inhabilitación absoluta perpetua del penado para cargos públicos. 2.^a Sujeción á la vigilancia de la Autoridad por igual tiempo al de la condena principal, que empezará á contarse desde el cumplimiento de la misma». Con cierta variación, en el Cp de 1870 los antedichos artículos 50, 55 y 56 se recogen, respectivamente, en los artículos 53¹²³⁷, 57¹²³⁸ y 58¹²³⁹, manteniendo además el texto punitivo en su artículo 26 las anteriores penas accesorias de *degradación*, *interdicción civil* y *pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito*, a las que suma, eliminándose las de *resarcimiento de gastos ocasionados por el juicio y pago de costas procesales*, el *pago de costas*, cuyo contenido es comprensible de las que fueran excluidas¹²⁴⁰.

¹²³⁷ «La pena de muerte, cuando no se ejecutare por haber sido indultado el reo, llevará consigo la de inhabilitación absoluta perpétua, si no se hubiese remitido especialmente en el indulto dicha pena accesoria».

¹²³⁸ «La pena de cadena temporal llevará consigo las siguientes: 1.^a Interdicción civil del penado durante la condena. 2.^a Inhabilitación absoluta perpétua».

¹²³⁹ «La pena de presidio mayor llevará consigo la de inhabilitación absoluta temporal en toda su extensión».

¹²⁴⁰ Dice AZCUTIA, Manuel. *La Ley Penal: Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*. Madrid: Librerías de A. de San Martín, 1876, p. 339, «si bien el Código de 1870 suprimió, de entre sus penas accesorias, la que el de 1850 señalaba como *resarcimiento de los gastos del juicio*, no fué que dejara de conocer la necesidad y la justicia de su pago, sino que cambió

El Cp de 1928 no habla de penas accesorias¹²⁴¹ sino que de efectos de otras penas¹²⁴², cuyo empleo sigue extendiéndose a todas las penas privativas de libertad, incluso a las penas leves, aconteciendo que sólo en caso que la pena principal fuera arresto domiciliario podía el juez acordar que el condenado continuara con sus ocupaciones siempre que no sea incompatible con la ejecución de la pena principal, por lo cual el cambio de nombre acentúa más el carácter automático de las penas accesorias, porque si bajo la vigencia del resto de Códigos por expresa referencia del legislador el juez se veía obligado a condenar en la sentencia a las penas accesorias, aun cuando lo hiciera a su principal, el texto de 1928 al convertirlas en meros efectos de éstas permite prescindir de esa garantía procesal¹²⁴³.

A poco andar, con el Cp de 1932, que suprime la pena de muerte y la perpetuidad de los castigos, en consecuencia las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas, lo mismo que las inhabilidades con tal carácter, se recupera el *nomen iuris* de penas accesorias, contemplándose en cuanto tal, en el artículo 27, la interdicción civil, a la que se añade el comiso, que más bien dice relación con las exigencias penológicas de algunos delitos patrimoniales que con la idea de la accesoriedad de penas principales.

El Código penal de 1944, cuya Exposición de Motivos deja en claro que «no es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o

su clasificación, incluyéndolos bajo el nombre de costas, como, por ejemplo, los honorarios de abogados y peritos, que antes figuraban en aquel otro concepto».

¹²⁴¹ Se señala en la Exposición del CpE de 1928, que «Suprímense en el nuevo Código, como norma general, las penas accesorias; pero se otorga desarrollo conveniente a las medidas de seguridad, más confiadas que las penas al arbitrio judicial, que la más exacta individualización y apreciación de las causas de inimputabilidad y de justificación de las circunstancias de las infracciones y de las condiciones de los infractores, indica como de notoria conveniencia».

¹²⁴² En el CpE 1928, de acuerdo al art. 87, las penas que pueden imponerse son: muerte, reclusión, prisión, deportación, confinamiento, destierro, arresto, multa e inhabilitación absoluta o especial para cargos públicos, profesión, arte, oficio y derechos políticos, y establece el art. 88 que «Las penas de inhabilitación se impondrán, además, como efectos de otras penas, cuando así lo declare especialmente la ley o lo acuerde el Tribunal sentenciador».

¹²⁴³ MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”. *REP. Extra* (2006), pp. 59-74, pp. 60-61.

actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales que, en su sistema fundamental, y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en [...] mil ochocientos cuarenta y ocho», manteniendo el comiso y la interdicción civil como penas accesorias (art. 27 Cp), reinstaura la pena de muerte y con ello la accesoria de interdicción civil e inhabilitación absoluta para cuando la pena capital no se ejecutare (art. 45 primera parte Cp), situación que se repite íntegramente -bajo las mismas normas- en el Código penal de 1973, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Con el CpE 1995, que las trata en los artículos 54, 55, 56 y 57¹²⁴⁴, se expande el ámbito de aplicación de las penas accesorias, lo que se consolida más todavía con las Reformas del 2003 (LO 15/2003, de 25 de noviembre) y 2010¹²⁴⁵ (LO 5/2010, de 22 de junio). Por ejemplo, con la primera, modificándose el art. 56 Cp, las penas accesorias contempladas, a imponerse¹²⁴⁶, pueden ser ya una o más -no sólo “alguna” como antes-, y se

¹²⁴⁴ La redacción original de estas normas es la siguiente: Art. 54 Cp: «Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo»; Art. 55 Cp: «Las penas de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviera prevista como pena principal para el supuesto de que se trate»; Art. 56 Cp: «En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación»; Art. 57: Cp: «Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años». (conforme al Artículo único. Decimoséptimo de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se agregan los delitos contra la indemnidad sexual, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, a la vez que se atiende a la gravedad de los hechos o al peligro que represente el infractor).

¹²⁴⁵ Previamente, por Artículo cuarto de la LO 11/1999, de 30 de abril, se introduce un nuevo artículo 57 en el Cp, el que, conservando íntegramente el contenido de la norma reemplazada, instaura como pena accesoria la prohibición de acercarse a la víctima o de comunicarse con ella o con su familia. Prontamente, por Artículo primero.6 de la LO 14/1999, de 9 de junio, se vuelve a modificar el art. 57 Cp, y se establece que las prohibiciones precedentemente referidas son también respecto de las otras personas que el juez o Tribunal determine, pudiendo además imponerse -con plazo que no exceda de seis meses- por haberse cometido una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 Cp.

¹²⁴⁶ En este sentido, dice RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, op. cit., p. 71, «la imposición de las

excluye del régimen general de las penas accesorias al artículo 579 Cp, que dispone (apartado 2) para condenados por cualquiera de los delitos de terrorismo la aplicación de pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena privativa de libertad. También, modificándose el art. 57 Cp, los jueces y Tribunales, en los delitos que en la disposición se prevén, pueden acordar una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48 Cp, esto es, privación del derecho de residir en determinados lugares o acudir a ellos, prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal y prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o Tribunal. La segunda Reforma, modificándose los artículos 55 y 56.1.3ª Cp - que mantiene la referida exclusión del art. 579 Cp-, incorpora como penas accesorias que el juez “podrá disponer” (art. 55) o “impondrá” (art. 56), según se trate, respectivamente, de condenas a prisión igual o superior a diez años o de prisión inferior a ese lapso, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, o bien la pérdida de la patria potestad, siempre que estos derechos hubieren tenido relación directa con el delito cometido.

Acorde al artículo 54 CpE, la pena de *inhabilitación* puede aplicarse como accesoria cuando, no estando prevista especialmente para el delito, la ley declara que otras penas la llevan consigo, y, por lo mismo, la pena accesoria se caracteriza negativa y positivamente, esto es, que el respectivo delito no contemple específicamente esa pena y que la ley la asocie a otra que juega el papel de principal, sin olvidar que generalmente la temporalidad de la pena accesoria es igual a la de la pena principal (art. 33.6 primera parte Cp). Como dice NÚÑEZ, «Son *accesorias* las penas inherentes a otra pena

penas accesorias no es una facultad de los Jueces ya que éstos vienen obligados dado el tiempo verbal empleado («impondrán»).

principal. [...] El carácter principal o accesorio de las penas no depende de su naturaleza, sino de la forma cómo las conmina la ley»¹²⁴⁷, y entonces «Tampoco son accesorias las sanciones que denominadas así por el legislador, son imponibles facultativamente por el juez»¹²⁴⁸. Y ciertamente que los referidos aspectos definitorios de una pena como accesoria no siempre están presentes porque como tal tipo de sanción el legislador establece otras distintas de la inhabilitación, tales como la suspensión de empleo o cargo público (art. 56.1.1º Cp) y la privación del derecho de residir en determinados lugares (art. 57.1 Cp) y además algunas penas accesorias, como sucede en el artículo 57 Cp, no guardan relación con otras principales sino que aparecen asociadas a determinados delitos.

Atendida su regulación, las penas accesorias se rigen por los siguientes principios rectores: *automaticidad, coincidencia temporal, incompatibilidad con las penas de la misma naturaleza y simultaneidad*¹²⁴⁹.

La *automaticidad* importa que la pena accesoria se aplica en estrecha relación con su correspondiente pena principal sin necesidad de haberla el legislador previsto para el delito cometido. Así, la norma que conlleva la pena accesoria es extensiva de penalidad y constituye una verdadera excepción al principio de proporcionalidad de las consecuencias jurídicas del delito porque, dado que la pena justa es la que estableció la ley para castigar el ilícito, la pena accesoria añade un *plus* punitivo que no depende del injusto sino de otros criterios políticos no justificados¹²⁵⁰.

¹²⁴⁷ NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. Actualizada. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999, p. 283.

¹²⁴⁸ NUÑEZ, *Manual de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 313.

¹²⁴⁹ MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, pp. 66-68; VALEIJE ÁLVAREZ, Inma. “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”. *ADPCP*. t. LX, 2007, pp. 243-276, pp. 264-267.

¹²⁵⁰ MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, pp. 66; VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, p. 265.

El automatismo arrastra a la pena accesoria a la suerte de la principal, lo que admite sí alguna excepción, como acontece justamente con el indulto, cuya concesión puede afectar indistintamente a una u otra pena, salvo que el derecho de gracia se ejerza sin mencionar la pena accesoria, en que ésta, siempre que no se trate de la inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos, se ve afectada en la misma medida que la principal (art. 6, Ley de 18 de junio de 1870).

La *coincidencia temporal* significa que la pena accesoria dura lo que la pena principal en su magnitud concreta, o sea, una vez descontado el tiempo de las medidas cautelares que se hayan impuesto al condenado durante la instrucción, por lo cual los jueces y Tribunales no están obligados a someterlas a las reglas de determinación. Respectivamente respetado y contradicho este principio en los artículos 55 y 57 del CpE, no teniendo en éste las penas accesorias que coincidir con su principales, se supera la contradicción indicándose que la regla general de coincidencia temporal no opera cuando así lo disponga expresamente algún precepto del mismo Código (art. 33.6 *in fine* Cp), lo que no deja en claro a qué reglas de determinación deben someterse las penas aparentemente accesorias del mentado artículo 57¹²⁵¹.

El principio de *incompatibilidad con penas de idéntica naturaleza (principio de subsidiariedad de las penas accesorias)*, que lo respeta sólo el artículo 55 CpE, como evidencia su nominación, importa ser incompatible la pena accesoria con toda pena principal de igual naturaleza. Aquí no hay una extinción de pena sino un desplazamiento, en que la pena accesoria aparece como subsidiaria, de forma que el Código pretende asegurar que determinados condenados no accedan al ejercicio de ciertos derechos

¹²⁵¹ MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, p. 67; VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, p. 266.

mientras cumplen condena, por lo que, si el antedicho propósito se obtiene a través de las penas principales ya previstas para el delito, no se justifica mantener las penas accesorias¹²⁵².

El principio de incompatibilidad es contrariado por el apartado 2 del artículo 56 CpE, que indica que la prescripción del apartado 1 de la misma norma, en orden a que se impondrá una o más de las penas accesorias previstas, «se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas».

La *simultaneidad* denota que la pena accesoria dura lo que la pena principal y se cumple materialmente en el mismo espacio de tiempo. Este principio tiene también excepción, específicamente el artículo 57.1 párr. 2 del CpE, que, siendo la condena a prisión, obliga a disponer la pena accesoria con una extensión más allá de la pena principal, en concreto, por tiempo superior entre uno y diez años, si el delito es grave, y entre uno y cinco años, si es menos grave.

A pesar de la simultaneidad, las penas accesorias tienen su propia vida, durante la cual imponen al condenado ciertas restricciones en función de su naturaleza, de modo que puede ser quebrantada y con ello dar lugar a nuevas responsabilidades en los mismos términos que la pena principal¹²⁵³.

Si bien la definición del artículo 54 CpE no se corresponde con la regulación jurídica posterior en los artículos 55, 56 y 57 del mismo Código, al tenor de ellos, son rasgos que identifican a las penas accesorias, dice VALEIJE ÁLVAREZ, el que ellas añaden a las penas principales nuevos efectos punitivos, distintos de sus contenidos naturales; constituyen unidades

¹²⁵² Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *ibid.*

¹²⁵³ MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, p. 68; VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, p. 267.

punitivas regidas por reglas especiales de determinación de las penas, complementarias y subsidiarias de las reglas generales, no estando en todo caso aquéllas muy claras; y sus principios rectores se caracterizan por la indefectibilidad y el automatismo en los que la discrecionalidad judicial carece de influencia o queda limitada a parámetros muy determinados en relación a la imposición y cuantificación de estas penas¹²⁵⁴.

Considerada su regulación en el CpE, la doctrina y jurisprudencia distinguen entre penas accesorias *propias*, cuales son las previstas en los artículos 55 y 56, e *impropias*, que son las del artículo 57¹²⁵⁵, estas últimas señaladas también como «penas formalmente accesorias -falsamente accesorias- por su ubicación sistemática»¹²⁵⁶.

Es pena accesoria propia la *inhabilitación absoluta* durante el tiempo de la condena, que es accesoria de la prisión igual o superior a 10 años, salvo que ella estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate (art. 55 Cp). Del mismo modo, son penas accesorias propias, en relación ya a penas de prisión inferior a diez años, e imponiéndose una o más de ellas pero no todas¹²⁵⁷ y debiendo el juez o Tribunal atender a la gravedad del delito, la

¹²⁵⁴ VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, p. 264.

¹²⁵⁵ Así VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, p. 245.

Otra opinión MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriadad punitiva”, *op. cit.*, pp. 69-73, quien, en cuanto a los distintos modelos de accesoriadad en la legislación vigente, diferencia entre *la accesoriadad propia de las penas de prisión superiores a los diez años* (art. 55 Cp), *la accesoriadad impropia de las penas de prisión inferiores a los diez años* (art. 56 Cp) y *la accesoriadad impropia respecto de ciertos delitos* (art. 57 Cp).

¹²⁵⁶ LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, *op. cit.*, p. 265.

¹²⁵⁷ En cuanto al número de accesorias que se pueden imponer, expone LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, *op. cit.*, pp. 255-256, «El legislador, en el anterior texto, hablaba de la imposición «de alguna de las siguientes (accesorias)», y esta expresión fue interpretada por el T.S. de forma dispar, pues, en ocasiones, entendió que «alguna» no equivalía necesariamente a «solo una» [...], y, en otras, consideró que el órgano judicial no estaba facultado para imponer más de una [...]. El texto actual, al referirse a «alguna o algunas», ha resuelto este problema».

Opinión contraria RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, *op. cit.*, p. 72: «[...] la exigencia de relación directa con el delito cometido se produce sólo en los casos de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, siendo posible la imposición de incluso las tres penas previstas en el artículo 56».

*suspensión de empleo o cargo público, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo*¹²⁵⁸ durante el tiempo de la condena, y la *inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio*¹²⁵⁹, *ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho, la privación de la patria potestad*, si estos derechos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación del artículo 579 Cp (art. 56.1 Cp).

Penas accesorias impropias son, ya por su relación a ciertas infracciones penales, la *privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos*, la *prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que se determine* y la *prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que se determine*, por un tiempo no superior a diez años si el delito fuera grave o de cinco si es menos grave (art. 57.1 párr. 1 Cp).

La imposición de estas penas accesorias impropias está condicionada a la comisión de algún delito de homicidio, aborto, lesiones, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, debiéndose además atender a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente (art. 57.1 *in fine* Cp).

¹²⁵⁸ STS 417/2003, de 20 de marzo (F.j. 3), N° Roj: 1927/2003: 3091/2001: «la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo es una pena residual que procede imponer cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio».

¹²⁵⁹ STS 417/2003, de 20 de marzo (F.j. 3), N° Roj: 1927/2003: «[...] cuando el hecho cometido tenga relación directa con el empleo o cargo público, la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, la accesoria pertinente, expresando en la sentencia la vinculación, es la inhabilitación especial relativa al cargo, profesión, etc., que ha sido utilizado por el autor del delito en relación directa con la comisión del mismo, en cuanto que le ha proporcionado la ocasión de cometerlo».

La gravedad de los hechos atañe a las concretas circunstancias en que se produce el delito¹²⁶⁰, por ello la pena accesoria podría no aplicarse por lesiones pero sí respecto de una tentativa de lesiones. La peligrosidad que represente el delincuente no se refiere a la peligrosidad criminal del sujeto de marras sino a cómo él a futuro podría efectivamente afectar la seguridad de la víctima, esto es, «la peligrosidad valorable no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia»¹²⁶¹, de tal modo que «No es [...] necesario para la aplicación de la [...] pena accesoria suplementar ese presupuesto valorativo objetivo con otras consideraciones relativas a la posible peligrosidad personal del condenado»¹²⁶².

Asimismo -como se ha dicho-, condenándose a pena de prisión, estas prohibiciones, de acordar el juez o Tribunal aplicar una o más de ellas, deben ser dispuestas, si el delito es grave, por tiempo superior entre uno y diez al de duración de la pena impuesta en la sentencia (v. gr., con prisión de diez años la respectiva prohibición tendrá duración de once a veinte años), y, si el delito es menos grave, por tiempo entre uno y cinco años (v. gr., con prisión de dos años la prohibición correspondiente tendrá duración de tres a siete años), supuestos en los cuales la prisión y las prohibiciones se cumplen por el condenado de forma simultánea (art. 57.1 párr. 2 Cp). Por otra parte, si el delito que autoriza una o más de las señaladas prohibiciones recae sobre persona muy cercana al condenado, por ejemplo quien es o fue su cónyuge¹²⁶³, se acordará, en todo caso, la *prohibición de acercarse a la*

¹²⁶⁰ ACALE SÁNCHEZ, “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *op. cit.*, p. 103, en: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*, *op. cit.*

¹²⁶¹ STS 1429/2000, de 22 de septiembre (F.j. 5), N° Roj: 6631/2000.

¹²⁶² *Ibid.*

¹²⁶³ Fuera de ésta, según dispone el art. 57.2 Cp, las otras personas son la que está o estuvo ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, los descendientes, ascendientes o

víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas por un lapso que no excederá de los diez o cinco años según sea, respectivamente, un delito grave o menos grave, lo que tampoco afecta la aplicación de la pena accesoria en tiempo superior al de la duración de la pena (art. 57.2 Cp).

Centrados, ejemplificando, en la violencia doméstica y de género, acá el problema es que la ejecución de la accesoria involucra, afectándola, a la víctima, quien muchas veces está unida al delincuente por fuertes lazos sentimentales y por ende voluntariamente obra en orden a que la prohibición legal no se cumpla, lo que la convierte en cooperador necesario o incluso inductor de un delito de quebrantamiento¹²⁶⁴, cuyo autor es el condenado, siendo la situación más compleja todavía si este último está llano a acatar la sentencia, ya que no habría autor y menos partícipe, no pudiendo tampoco la víctima ser autor porque el quebrantamiento es un delito especial que se refiere al propio penado.

La solución óptima, como hace ver ACALE SÁNCHEZ, debería pasar por examinar en el caso concreto los requisitos legales de gravedad de los hechos y del peligro que represente el delincuente y en virtud de ello decretar o no la

hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o está amparado en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, o que por su especial vulnerabilidad se encuentra sometida a su custodia o guarda en centros públicos o privados.

¹²⁶⁴ Así, p. ej., SAP Barcelona 196/2007, de 21 de febrero (F.j. 3), N° Roj: 1051/2007: «De dicho delito de quebrantamiento de condena es responsable en concepto de autor el acusado Víctor Manuel por haber realizado directamente los hechos constitutivos del mismo conforme al artículo 28 del CP, y también lo es María Virtudes en concepto de inductora y de cooperadora necesaria pues antes de que se reanudaran la convivencia entre ambos pese a la existencia y conocimiento de que se impuso a aquel una pena de prohibición de acercamiento y comunicación con esta por sentencia firme y en ejecución [...] llamó por teléfono a Víctor Manuel proponiéndole la reanudación de la convivencia y éste [...] aceptó la proposición y así reanudar la convivencia en el domicilio de ella [...]».

Por el contrario, reconoce relevancia a la voluntad de la víctima, STS 1156/2005, de 26 de septiembre (F.j. 3), N° Roj: 5567/2005: «[...] si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerdan las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras».

imposición de la pena de alejamiento, lo que conlleva a que se elimine el apartado 2 del artículo 57 Cp, de otro modo la víctima que libremente reinicie -o ni siquiera interrumpa- su relación con el agresor será revictimizada por el sistema penal. Tal exclusión no deja indefensa a la víctima, en la medida que para evitar futuros y posibles comportamientos que le afecten bastaría con relegar a los servicios sociales el seguimiento durante un tiempo de esa vida en conjunto, con lo que se respeta la voluntad de la víctima¹²⁶⁵ a la vez que se le ofrece el apoyo que pudiera necesitar¹²⁶⁶.

Las prohibiciones en cuestión pueden también ser impuestas por tiempo no superior a seis meses si la infracción penal se califica como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 del Cp (art. 57.3 Cp), o sea, lesión no definida como delito; golpe o maltrato de obra sin lesión; amenaza de modo leve con arma u otro instrumento peligroso, o sacar éstos en riña sin ser en justa defensa; amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve¹²⁶⁷.

¹²⁶⁵ En este sentido, dice MAQUEDA ABREU, María Luisa. “1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”. En: VV.AA. DE HOYOS SANTOS, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 39-52, pp. 50-51, si alguna conclusión es posible, a partir de una toma de conciencia de los conflictos a que conduce desconocer la voluntad de la víctima, es la de reflexionar acerca de una línea de actuación diferente, desde el Estado, que no potencie la intervención penal ni, por tanto, el deber de denunciar de las mujeres, en definitiva, romper con el signo represivo de la ley integral -que, por ejemplo, prohíbe siempre la mediación o sujeta el recurso asistencial a la denuncia penal- y de las campañas institucionales que lo refuerzan basados sólo en ofrecer soluciones al maltrato que pasan por el proceso, despreciando los efectos beneficiosos que puede aportar recurrir a vías socio-terapéuticas para desactivar los mecanismos de opresión y alienación que sufren las mujeres, como proponen muchas profesionales de esos ámbitos.

¹²⁶⁶ Cfr. ACALE SÁNCHEZ, “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”, *op. cit.*, p. 112, en: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*, *op. cit.*

¹²⁶⁷ Para MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 705, de las hipótesis del art. 57 Cp, en realidad el único supuesto en que propiamente cabe afirmar que hay pena accesoria o dependiente respecto a la duración de la señalada en la Parte Especial es en el caso del párrafo segundo del apartado 1, en que las prohibiciones se imponen por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta si el delito es grave, y entre uno y cinco años si la infracción es menos grave. Sólo en este caso puede hablarse en puridad de una pena accesoria, y ello todavía como forma *sui generis* que se aparta de la regla general de coincidencia de duración de las penas accesorias y las principales declarada por el artículo 33.6 Cp, para constituir una de las excepciones que este mismo precepto autoriza a partir de su nueva redacción por la LO 15/2003. En los demás casos, en que se prescribe para las prohibiciones una duración independiente, es preferible renunciar a estimarlas penas accesorias ya que en realidad son penas principales cuya única característica es que se contemplan en la Parte General.

En el caso de la privación del derecho de residir en determinados lugares o de acudir a ellos, dado que con la LO 5/2010 como lugar del que el condenado resulta alejado se incluyó el de comisión de la falta, lo que sugiere que la prohibición es posible de imponer a los responsables de este tipo de infracción, en opinión de GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, la respectiva modificación legal debería haber estado acompañada de una reforma de las penas aplicables a las faltas reguladas en el Libro III o del artículo 57 Cp, a objeto de incluir la comisión de determinadas faltas entre los presupuestos de aplicación de la prohibición de acudir o residir a determinados lugares como pena accesoria¹²⁶⁸.

A su vez, como en la parte final del artículo 55 Cp, que las establece, se estatuye que de ellas, siempre que digan relación con el delito, vinculación que ha de determinarse expresamente en la sentencia, «El juez podrá [...] disponer», de manera que su imposición es facultativa¹²⁶⁹, son también penas accesorias impropias la *inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento*, y la *privación de la patria potestad*.

Vista su regulación legal, como última estimación, y teniendo siempre en vista el afán que convoca, esto es, los fines de la pena y su expresión en las sentencias penales condenatorias, no deja de ser cuestionable la permanencia de las penas accesorias en el catálogo punitivo pues indudablemente la automaticidad de las mismas (arts. 55 primera parte y 56 Cp) contrarían el principio de responsabilidad por el hecho así como obstaculizan

¹²⁶⁸ GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, “Penas privativas de derechos”, *op. cit.*, p. 103, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.*

¹²⁶⁹ En igual sentido CARDENAL MONTRAVETA, “Arts. 32-60”, *op. cit.*, p. 175, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, *op. cit.*

enormemente, si es que no derechamente impiden, los fines de resocialización¹²⁷⁰.

Y en efecto, base de aplicación de una pena es una acción u omisión (arts. 10 Cp) y la culpabilidad como principio limitante del *ius puniendi* garantiza que persona alguna pueda responder penalmente sólo por su modo de ser, o por sus convicciones, raza, religión o condición jurídica, y de modo únicamente contraviniendo la ley penal, dolosa o culposamente, cabe imponer pena, vinculación de ésta al injusto, como consecuencia del principio de culpabilidad, que no está presente en las penas accesorias, las cuales se aplican automáticamente si se dispone condena a otras penas distintas, de las que dependen las accesorias.

El obstáculo significativo a la resocialización, si es que no negación de ésta, se manifiesta en la autoexclusión del penado mientras cumple la condena, lapso en el cual el individuo no puede, a virtud de la inhabilitación absoluta, acceder a cargo o empleo público, lo que implica que bajo goce de libertad condicional tampoco estará en condición de acceder a esos puestos de trabajo (Cp, art. 55 primera parte en relación con art. 41), produciéndose la aludida exclusión igualmente con la inhabilitación especial, en tanto ella imposibilita, durante el tiempo de cumplimiento de la condena, ejercer el empleo o cargo público u obtener éste u otro análogo (Cp, art. 56.3 primera parte en relación con art. 42), o ejercer la respectiva profesión, oficio, industria o comercio (Cp, art. 56.3 primera parte en relación con art. 45).

¹²⁷⁰ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, pp. 63-65; VALEIJE ÁLVAREZ, “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, pp. 267-268.

En opinión de VILLACAMPA ESTIARTE, “Penas accesorias”, *op. cit.*, p. 118, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.*, la reforma de la LO 5/2010 «ha dejado pasar una excelente oportunidad de despojar definitivamente a las penas accesorias de su sombra de infamia, de automatismo añadido a una sanción privativa de libertad que produce indignidad. Una concepción más moderna [...] debería haber conducido a la previsión de su imposición cuando el delito se cometa con ocasión o en el ejercicio de determinadas funciones, con independencia de que la pena principalmente prevista sea o no privativa de libertad, y de cual sea su duración. [...]».

3.2.5. Clasificación de las penas en función de su naturaleza y duración

Conforme dispone el art. 33.1 Cp, las penas, de acuerdo a su naturaleza y duración, se clasifican en graves (art. 33.2 Cp¹²⁷¹), menos graves (art. 33.3 Cp¹²⁷²) y leves (art. 33.4 Cp¹²⁷³). En una situación especial se halla la pena de responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa pues ella puede tener naturaleza menos grave o leve según así corresponda a la pena que sustituya (art. 33.5 Cp).

¹²⁷¹ «Son penas graves:

- a) La prisión superior a cinco años.
- b) La inhabilitación absoluta.
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- j) La privación de la patria potestad».

¹²⁷² «Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.
- j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo.
- k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.
- l) La localización permanente de tres meses y un día a seis meses.
- m) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración».

¹²⁷³ «Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f) La multa de 10 días a dos meses.
- g) La localización permanente de un día a tres meses.
- h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

3.3. *Determinación de la pena*

La ejecución de una pena es sólo la culminación del proceso de hacer efectiva la responsabilidad criminal derivada de un delito o falta. Antes, un juez ha tenido que determinar la pena en cuestión, ello con base legislativa, o sea, conforme a una ley que individualice la sanción, señalando los parámetros bajo los que es posible imponerla, procurándose que exista proporción entre el castigo del hecho y la culpabilidad de quien por el mismo puede ser imputado. En esta idea, el TS ha señalado que «el juicio de proporcionalidad en relación con las penas que se establecen en las infracciones criminales es incumbencia exclusiva del legislador, debiendo limitarse los Tribunales a individualizarlas, según la gravedad de los hechos y las circunstancias personales de los reos, dentro del marco previsto para cada delito por la ley»¹²⁷⁴.

Tal como se expuso al inicio, la determinación de la pena pasa por una etapa legal y una judicial, a la que se suma la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad, distinguiéndose entonces una *determinación o individualización legal*, una *determinación o individualización judicial* y una *determinación o individualización penitenciaria, administrativa o ejecutiva* de la pena.

La *individualización legal* la realiza el legislador señalando el marco de pena que corresponde a cada hecho delictivo con base en el principio de proporcionalidad¹²⁷⁵.

¹²⁷⁴ STS 588/2001, de 7 de abril (F.j. 2), N° Roj: 2945/2001.

¹²⁷⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, p. 905, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*

La *individualización judicial* es la intervención del juez estableciendo la cuantía exacta de la pena a ser impuesta a quien resulta responsable por el delito cometido¹²⁷⁶, la llamada *determinación de la pena en sentido estricto*¹²⁷⁷, mas, aún cuantificada la pena concreta en principio a aplicarse, puede todavía el juez, al amparo de la normativa vigente, decidir si es conveniente y viable suspender, sustituir o modificar la duración de la pena, situación que conforma la denominada *determinación de la pena en sentido amplio*¹²⁷⁸.

La fase de *individualización penitenciaria, administrativa o ejecutiva*, corresponde propiamente al control judicial de la ejecución de la pena impuesta al condenado¹²⁷⁹.

La determinación legal de la pena como proceso importa establecer primero el juez o Tribunal un marco genérico de pena -el marco legal de pena y la clase de pena- en función del grado de ejecución del delito (consumado o intentado), intervención (autor, cómplice) o de la concurrencia de causas de eficacia extraordinaria (v. gr., eximentes incompletas) -la denominada *determinación cualitativa de la pena*- y luego concretar ese marco cualitativo de pena estableciendo la cantidad de ésta -*quantum* de la pena- en función de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal -la llamada *determinación cuantitativa de la pena*-¹²⁸⁰.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.* En el mismo sentido MAGARIÑOS, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, *op. cit.*, p. 75, en: VV.AA. *Determinación judicial de la pena, op. cit.* Otro tanto MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 723: «asignado el marco penal concreto que corresponde al delito [...], el juez dispone de arbitrio para moverse dentro de dicho marco. Es la fase de la «**determinación judicial de la pena en sentido estricto**»».

¹²⁷⁸ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *ibid.* En igual sentido, ya como decisión de suspensión o sustitución de la pena, MAGARIÑOS, *ibid.*, y MIR PUIG, *ibid.*

¹²⁷⁹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, *ibid.*

¹²⁸⁰ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, pp. 908-917, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*; MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 717-723.

En otras palabras, como hace ver BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Aplicación y determinación de la pena”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del*

Concluidas las etapas anteriores, queda el juez en condición de imponer una pena concreta atendiendo a las circunstancias personales del infractor y la gravedad del hecho, imposición que constituye la *determinación o individualización judicial de la pena*¹²⁸¹.

Al presente, como los textos punitivos no declaran expresamente un objetivo y quedan abiertos a las diferentes opciones reconocibles en el marco de las directrices abstractas del sistema, un criterio para la individualización de la pena es siempre el finalístico, esto es, orientar la decisión acorde los fines que se asignan a la pena, siendo estimable el espacio para el arbitrio -no arbitrariedad- en cuanto a ser sustancialmente distinta la consecuencia para un justiciable según aprecie el juez cómo se expresan aquéllos en la sentencia, o sea, combinación de retribución con prevención general, ya sólo retribución, primacía de la prevención especial, etc.

Otro criterio al que acudir es el fáctico, es decir, el hecho mismo que se enjuicia debe ser considerado en cuanto a su gravedad o consecuencias de dañosidad social o bien jurídico afectado y a la culpabilidad o responsabilidad en su comisión. Justamente, configurando un principio general de las reglas de determinación¹²⁸², el artículo 66.1.6ª del CpE

Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 223-286, pp. 228-229, la determinación e individualización de la pena comprende tres fases, una primera que pasa por el conocimiento de la pena legal abstracta con que se conmina la infracción penal, la que no plantea problemas de cálculo porque se trata de la pena que establece directamente la ley para el delito, una segunda que tienen por objeto la concreción legal que se hace de la pena abstracta en atención a diversas características generalmente comunes a todas las infracciones penales, y una tercera de individualización judicial que finaliza en una pena absolutamente concreta o definitiva, una pena sin márgenes ni marcos penales, por tanto una pena exacta.

¹²⁸¹ Como destaca CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización Judicial de la Pena...*, op. cit., p. 108, en el sistema español, la determinación del marco penal abstracto aplicable a un delito no queda definido en el momento de la sanción de la ley sino que requiere de una operación complementaria que el legislador entrega al juez al permitir a éste establecer el grado de la pena antes de entrar en la individualización judicial propiamente dicha, de modo que cabe distinguir entre la *determinación del marco legal de la individualización judicial* en abstracto, actividad en parte realizada por el legislador y en parte por el Tribunal, y la *individualización de la pena stricto sensu*.

¹²⁸² Así recientemente BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. "Aplicación y determinación de la pena". En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel;

establece que si no concurren circunstancias modificativas de responsabilidad penal, el juez aplicará la pena en la extensión que estime adecuada, debidamente considerado las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, esto es, la pena resulta adecuada a la persona de quien delinque -prevención especial- y al hecho -prevención general-. Por último, en lo que se considera auténtica determinación de la pena, el juez debe fijarla entre el mínimo y el máximo de acuerdo a un criterio lógico, o sea, conforme a una valoración global y compleja del delito¹²⁸³.

Como dice ZIPF, todo proceso de medición de la pena se halla en el “triángulo mágico” de la culpabilidad¹²⁸⁴, la prevención general y la prevención especial, se trata, a este respecto, de un equilibrio entre los

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas, de medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito*. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 99-130, pp. 111-112, para quien las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, aún cuando sólo se mencionan en la regla sexta del art. 66.1 Cp, son de general aplicación al instante de elegir la pena exacta, ya que a través de ellos es posible tener en cuenta otros matices, accidentes o aspectos del delito (si los hubiere) y con ello, entre otros, completar la valoración de lo injusto y de la culpabilidad del hecho delictivo. De la misma opinión, antes de la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, vigente desde el 1 de octubre de 2003, que modifica algunas reglas de determinación de la pena, entre ellas el art. 66 Cp, en que en éste su regla 1ª, sin perder su esencia, pasa a ser la 6ª, CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización Judicial de la Pena...*, op. cit., pp.174-175, quien señala exactamente que «la culpabilidad es el fundamento de la individualización penal y el sentido de la pena responde fundamentalmente a la compensación del injusto culpable. [...] no con la claridad que hubiese resultado deseable el artículo 66 del Código establece directrices o principios regulativos, y por tanto, *vinculantes*, para la individualización judicial. [...] el Tribunal no es completamente libre en la elección de criterios para establecer la pena definitiva sino que su actuación es una actividad *reglada* y [...] debe ser sometida a la posibilidad de una eventual casación en la medida en que el Juez desatienda las directrices legales [...]. De esta manera se establecen como factores de la individualización de la pena la *mayor o menor gravedad del hecho* [...] y las *circunstancias personales del delincuente* [...]. Aunque el artículo 66 se refiere, impropiaemente, a la gravedad del hecho y a la personalidad del reo como factores de individualización sólo para el caso de que no concurren [...] agravantes o atenuantes o cuando concurren unas y otras, sin embargo, la medida de la culpabilidad debe regir también para el caso de concurrencia sólo de agravantes o sólo de atenuantes [...]».

¹²⁸³ Cfr. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, op. cit., pp. 245-246.

¹²⁸⁴ En opinión de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Valoraciones globales sobre el nuevo Código Penal”. En: VV.AA. ASÚA BATARRITA, Adela (Ed.). *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995 (Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996)*. sine data: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (f.a. 1997), pp. 17-30, pp. 20-21, aunque un importante sector de la doctrina española fundamenta la culpabilidad no en la posibilidad del sujeto de haber podido o no actuar de otra manera sino que en la accesibilidad a la motivación por la norma penal, lo cierto es que, a pesar de la diversidad de opiniones existentes, el Cp de 1995, en el artículo 20.1º, toma posición a favor de la tesis que establece el límite entre la culpabilidad y la inculpabilidad en el libre albedrío sólo que olvidó el detalle importante de indicar cómo se demuestra en el caso concreto si el autor tenía libertad para actuar o carecía de ella.

intereses penales estatales y la protección individual de quien delinquirió, mientras que la víctima del hecho punible está excluida como figura central del suceso penal¹²⁸⁵.

El CpE, a partir del artículo 61, instaura un conjunto de normas base con las cuales el juez debe decidir la pena que se impone para un caso particular. Esta normativa, muy observante del principio de legalidad, obviamente varía de una legislación a otra, aunque muchas veces las diferencias son sólo de matices y es posible, además, que en algunos Ordenamientos, en razón de dicho acatamiento, se reduzca mucho el margen de arbitrio del juez, algo muy propio de los sistemas continentales, entre ellos el español. En efecto - como se ha dicho-, los textos punitivos de 1848 y 1870 acogieron un modelo excesivamente legalista de la determinación de la pena, el cual no cambia significativamente con el Cp de 1944 sino que con el actual de 1995 pues por éste, sin dejar el principio de legalidad, se abandona el arcaico sistema de las escalas, marcos y grados de la pena, acogiéndose uno mucho más simplificado que posibilita un aumento del arbitrio judicial mediante estrechar los marcos penales de la Parte Especial como General, lo que facilita una mayor individualización judicial de la pena, aunque ya posteriores modificaciones, como las del año 2003, han significado un cierto retroceso, como se desprende del análisis del artículo 66¹²⁸⁶.

3.3.1. Determinación legal de la pena

El Cp 1995 parte de la determinación de un marco penal para cada uno de los delitos y faltas previstos en sus Libros II y III, marcos por sí dispuestos para los hechos consumados y sus autores, determinándose el marco penal correspondiente a la tentativa y complicidad mediante reglas contenidas en el

¹²⁸⁵ Cfr. ZIPF, *Introducción a la Política Criminal*, op. cit., p. 141.

¹²⁸⁶ Así en este sentido de regresión, p. ej., ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, op. cit., p. 275.

Libro I, y fijado ya el marco penal pertinente debe procederse a establecer la extensión en que ha de imponerse la pena, según las circunstancias modificativas que pueden o no concurrir, previéndose además reglas para el delito continuado y el concurso de delitos, todo lo cual constituye la estructura de la referida determinación legal.

La determinación del marco penal no es mayor problema en relación al autor de un delito o falta consumados pues basta acudir a las penalidades señaladas en la Parte Especial, como confirma el artículo 61 Cp al prescribir que «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada». Generalmente la determinación del marco penal se efectúa indicándose expresamente la pena o penas impuestas y su duración pero en determinados subtipos cualificados o privilegiados la penalidad se fija mediante remisión a una pena “superior” o “inferior” en grado a la señalada al tipo básico, además que si concurren ciertas circunstancias especiales (v. gr., error de prohibición vencible, eximente incompleta) la ley igualmente remite a penas inferiores a las previstas en la Parte Especial.

A objeto de determinar legalmente la pena no basta con establecer el marco penal sino que se requiere además concretarlo legalmente, señalándose la extensión en que la sanción debe ser impuesta, lo que puede suponer la división de ésta en partes, específicamente mitad superior e inferior de la pena -que antiguamente correspondía a grado máximo, medio y mínimo-, para lo cual se atiende a la concurrencia o no de modificativas de responsabilidad penal (art. 66 Cp), siendo la situación distinta si el delito es imprudente (art. 66.2 Cp) o bien se trata de faltas (art. 638 Cp).

3.3.1.1. Sistema de marcos penales o pena abstracta del tipo

Desde 1822 el CpE emplea un sistema de marcos penales o penalidad¹²⁸⁷ en el que las penas están delimitadas en un mínimo y un máximo. Con un sistema de marcos, la existencia de penas indivisibles (v. gr., la pena de muerte) es una dificultad que sólo se supera si se hace una interpretación analógica respecto del sistema general, lo cual, en un momento, el legislador ha explicitado, en la especie el artículo 72 del Código¹²⁸⁸, cuya redacción actual -por la modificación de la Ley 15/2003-, puesto que ya no existen penas que no puedan fraccionarse, no es más que una reiteración de la obligación antes estatuida por el artículo 120.3¹²⁸⁹ de la CE de tener el juez que motivar el grado y extensión de la pena impuesta.

La división de la pena en marcos importa graduarla como también la posibilidad de efectuar división en cada grado¹²⁹⁰. Por grado se entiende un nuevo marco de una pena distinto a otro anterior, que le sirve de referencia. Siendo todas ellas divisibles, la pena puede graduarse en un grado superior, si se construye a partir del límite máximo del marco, o en uno inferior, si la construcción se hace desde el límite mínimo del marco, siendo las operaciones de construcción idénticas aunque en sentido contrario¹²⁹¹.

¹²⁸⁷ Dice MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 718, la expresión «marco penal» equivale a la de «penalidad» y es preferible a la de «pena señalada por la ley» que el Cp suele manejar, no ayudando a la claridad el uso de la palabra «pena» en dos sentidos diferentes que hace el Código, siendo conveniente distinguir con nitidez las penas enumeradas en los arts. 32 y ss. (donde, por ejemplo, son penas distintas la prisión y la multa) y las penalidades (o marcos penales) señaladas a cada delito (que fijan duraciones determinadas a las penas y pueden integrarse de varias penas, como sucede cuando se castiga un delito con la penalidad compuesta de prisión y multa).

¹²⁸⁸ Según prescribía el art. 72 CpE, antes de ser modificado el 2003, «Cuando la pena señalada en la ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores»

¹²⁸⁹ «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública».

¹²⁹⁰ En este sentido, para LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena, op. cit.*, p. 45, n.º 40, el Cp de 1995 sigue utilizando la expresión pena superior o inferior “en grado”, terminología cuyo origen procede de los Códigos de 1848 y 1850, que, al enumerar las penas de cada escala, utilizaron el término “grado”, el cual, actualmente, habiendo desaparecido el sistema de “escalas graduales”, carece de fundamento su expresión, cuyo empleo sólo se justifica únicamente por el arraigo alcanzado en el lenguaje forense.

¹²⁹¹ Indica LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena, op. cit.*, p. 42, el actual CpE, para efectos de imponer una pena superior o inferior a otra determinada, deja atrás el *sistema de escalas*

El artículo 70 Cp -vigente desde el 1 de octubre de 2004- establece las reglas de cómo se determinan las penas superiores e inferiores en uno o más grados a la pena señalada en el tipo, en los casos en que hay que proceder a ello por concurrencia de varias atenuantes, agravantes o una o más eximentes incompletas o una o varias atenuantes muy cualificadas, sin perjuicio de las cláusulas previstas en la Parte Especial de elevación en un grado (v. gr., arts. 164, 281.2, 302.1 Cp) o de reducción en un grado de la pena (v. gr., arts. 163.2, 164, 214 Cp).

Acorde dispone el nuevo artículo 70.1.1ª Cp, la pena superior en grado se forma partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trata y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo y su límite mínimo el máximo de pena que señala la ley para el delito de que se trata más un día o un día multa según la naturaleza de la pena a imponer, los mismos indivisibles y actuando como unidad penológica de más o menos, según los casos (art. 70.2 Cp [en vigor desde el 01/10/2004]).

En lo práctico, en el homicidio, por ejemplo, para el cual se prevé prisión de 10 a 15 años (art. 138 CpE), a objeto de fijar el grado superior, el máximo de pena de 15 años -para establecer la mitad de su cuantía a agregarle- se divide por 2, lo que da “7 años y 6 meses”, período que se añade al tope en cuestión más un día, a “15 años y 1 día”, lo que determina que el grado superior de la pena del delito de homicidio es la pena de prisión de 15 años y 1 día, que es el límite mínimo del grado superior, a 22 años y 6 meses, que es el límite máximo.

graduales y establece un *sistema de penas autárquicas*, o sea estructuradas éstas de manera tal que sean susceptibles de desdoblarse en sí y por sí mismas, hacia arriba o hacia abajo, dando paso, respectivamente, a la pena superior e inferior.

Pero, en coherencia con los extremos punitivos previstos (p. ej., arts. 36.1, 37.1, 40 Cp), si la pena superior en grado excede los límites máximos que se fija a cada pena en el Código, sólo se considerarán como inmediatamente superiores la pena de que se trata, hasta el tope señalado por la ley -artículo 70.3 Cp¹²⁹² [vigente desde el 01/10/2004]-, la que únicamente puede tener carácter de pena principal y es precisamente la que se somete al régimen de ascensos y descensos. Consiguientemente, con una hipótesis como la última expuesta, la sanción, según dispone el apartado 3.1º del art. 70 Cp [antes art. 70.2.1º], a lo sumo podría ser prisión de 30 años, cual sucedería, por ejemplo, si hubiera que castigar el asesinato, en el que concurre más de una de las circunstancias que lo califican, con la pena superior en grado, ésta, al estar punido aquél con prisión de 20 a 25 años (art. 140 Cp), aplicando la regla legal, prisión de 25 años y 1 día, límite mínimo, a 37 años y 6 meses, límite máximo.

Y claro, excepcionales los preceptos del Libro I del Código que prevén el ascenso a la pena superior (p. ej., arts. 66.1.4ª y 5ª y 74.2) y no habiendo muchos tampoco en el Libro II, algunos de los supuestos que contempla el

¹²⁹² «Cuando, en la aplicación de la regla 1.ª del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

- 1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.
- 2.º Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.
- 3.º Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.
- 4.º Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 15 años.
- 5.º Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.
- 6.º Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.
- 7.º Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.
- 8.º Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.
- 9.º Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses».

art. 70.3 Cp no necesariamente han de ocurrir en la práctica, más todavía si el ascenso generalmente aparece como facultativo.

Asimismo, tal cual se ha manifestado, cabe crítica al legislador en cuanto aún no incorpora la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 33.3.k) y 4.h) Cp) en la regulación del apartado 3 del artículo 70 Cp, lo que debiera hacer en razón de ser ya -a partir de las reformas de 2003- esta sanción -que antes sólo podía ser impuesta como sustitutiva- una pena principal (v. gr., arts. 153.1 y 2, 244.1 y 379 Cp)¹²⁹³.

Por otro lado, según prescribe el artículo 70.1.2ª Cp [en vigor desde el 1 de octubre de 2004], la pena inferior en grado se forma partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el ilícito de que se trata y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de esta deducción su límite mínimo y su límite máximo el mínimo de pena que señala la ley para la infracción, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer, éstos indivisibles y actuando como unidad penológica de más o menos, según los casos (art. 70.2 Cp [vigente desde el 01/10/2004]).

Otra vez en términos prácticos, continuando con el homicidio (prisión de 10 a 15 años), a fin de fijar el grado inferior, el mínimo de pena de 10 años -para establecer la mitad de su cuantía a restar- se divide por 2, lo que da “5 años”, período que se deduce de dicho mínimo, lo que determina que el grado inferior de la pena del delito de homicidio, en la legislación española, es la pena de prisión de 5 años, límite mínimo, a 10 años menos un día, límite máximo del grado inferior. Y si hubiera que aplicar la pena inferior en dos grados, se resta a la cifra mínima de la pena inferior en un grado, los antedichos “5 años”, la mitad de su cuantía, o sea, “2 años y 6 meses”, siendo

¹²⁹³ En el mismo sentido, p. ej., RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, op. cit., p. 48.

así la pena inferior en dos grados a la pena tipo (10 a 15 años) la de prisión de “2 años y 6 meses”, límite mínimo, a “5 años menos un día”, límite máximo.

En la determinación de la pena inferior en grado, el juez o Tribunal no queda limitado por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, pudiendo reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, «sin que ello suponga la degradación a falta» (art. 71.1 Cp [en vigor desde el 01/10/2004]).

De igual modo, si por aplicación de las reglas de determinación de penas procediere imponer una pena de prisión inferior a tres meses [hasta el 09/10/2004 “seis meses”], ésta será en todo caso sustituida¹²⁹⁴ conforme a lo dispuesto en la sec. 2ª del Cap. III del Tít. III Cp, esto es, artículos 88 y 89, imponiéndose, en consecuencia, inclusive tratándose de reo habitual¹²⁹⁵, multa o trabajos en beneficio de la comunidad, o bien localización permanente (88), pudiendo disponerse, y aunque no responde al fundamento de la institución de la sustitución¹²⁹⁶, la expulsión del territorio español (89), y sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda (art. 71.2 Cp).

¹²⁹⁴ La explicación de la sustitución puede encontrarse en el escaso efecto que produce privar de libertad por poco tiempo a quien delinque pues, y como señalan COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 831 y 845, así como una pena privativa de libertad de muy larga duración surte efecto pernicioso ya que destruye la personalidad del condenado, una pena privativa de libertad de muy corta duración no posibilita un tratamiento resocializador y hace aparecer como probable el contagio penitenciario y, por tanto, se trata de una pena que tiene una existencia más “lógica” que real o político criminal, además que carece de intimidación y es costosa en su ejecución.

¹²⁹⁵ Así LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena, op. cit.*, p. 56.

¹²⁹⁶ Así GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 323-348, pp. 329-331: «los [...] «sustitutivos» de la pena privativa de libertad [...] deberán tener necesariamente la naturaleza jurídica de una «pena». [...] los sustitutivos [...] deberán consistir en instrumentos o medios materiales idóneos para cumplir los fines de la pena, a saber: para cumplir las exigencias de la reafirmación del ordenamiento jurídico, de la prevención general y de la prevención especial. [...] Al fundamento de la institución de la sustitución de la pena no se ajusta la regulación del art. 89 CP [...]».

Si el delito tiene señalada una pena conjunta, por ejemplo, prisión y multa (v. gr., arts. 259, 274.1 y 2 párr. 1, 316 Cp), prisión e inhabilitación (art. 337 Cp), las operaciones de las explicitadas reglas de determinación del grado superior e inferior han de aplicarse a las dos penas, esto es, incrementando o reduciendo la cuantía de ambas¹²⁹⁷. Ya con penas alternativas, por ejemplo, prisión o multa (v. gr., art. 189.2 Cp), las indicadas reglas se hacen efectivas sólo sobre la pena que el juez o Tribunal ha elegido aplicar.

En tanto prevista con carácter de principal, toda pena, propiamente dicha, es susceptible de elevación y degradación, quedando entonces marginadas de estas operaciones las llamadas consecuencias accesorias (arts. 127-129 Cp), que se decretan -v. gr., comiso, suspensión de actividades- sin verse afectadas por el respectivo ascenso o descenso, y las penas accesorias, las que, acorde su naturaleza, han de ser y durar según lo que resulte del incremento o reducción que experimente la pena principal (arts. 54-56 Cp), exceptuadas las accesorias del artículo 48 Cp puesto que su duración, de conformidad con el artículo 57, es superior a la pena de prisión impuesta en la sentencia.

Y en los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado impide que ésta se imponga, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. El grado inferior de la pena de multa proporcional puede determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 Cp, siendo

¹²⁹⁷ STS 1233/2002, de 29 de julio (F.j. 4), N° Roj: 5761/2002: «Se condena en la sentencia al recurrente a la pena de ocho meses de multa. Tal pronunciamiento vulnera la preceptiva rebaja en un grado de la extensión de la multa que exige el art. 317. Establece dicho artículo que en la modalidad de ejecución culposa "...será castigado con la pena en un grado..." en relación a lo previsto para la modalidad dolosa -multa de seis a doce meses-. Por lo tanto, de acuerdo con el art. 70-2º, la pena inferior será de multa de tres a seis meses. Esta operación se efectuó por el Tribunal en relación a la pena de prisión pero aludió [sic] efectuarlo en relación con la pena de multa, también prevista. Además, al incurrir en este olvido [...] la impuso en cuantía superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal que quedó fijada en las conclusiones definitivas en tres meses».

la cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales¹²⁹⁸.

El marco penal es la pena abstracta contemplada por la ley para cada uno de los hechos que tipifica como delito, y se trata de sanción a ser impuesta para los autores de la infracción consumada (art. 61 Cp). El legislador puede tipificar señalando un marco penal específico (p. ej., prisión de 10 a 15 años en el homicidio [art. 138 Cp], prisión de 5 a 8 años en la trata de seres humanos [art. 177 bis 1 Cp]), pudiendo también hacerlo mediante establecer tipos agravados o atenuados, disponiendo la pena abstracta remitiéndose directamente a la pena del tipo básico, lo que exige hacer aplicación de una u otra de las reglas precedentes.

Así, para ejemplificar, acorde prevé el artículo 164 Cp, en el secuestro de persona exigiendo alguna condición para dejarla en libertad la pena abstracta es prisión de 6 a 10 años, pero, al tenor de la misma norma, debe aplicarse la pena superior en grado si el secuestro excede de quince días así como la inferior en grado si la víctima es liberada dentro de los tres días siguientes sin logro del propósito tenido en vista para cometer el delito, por lo cual, respectivamente, la pena abstracta es prisión de 10 años y 1 día -límite mínimo- a 15 años -límite máximo- y prisión de 3 años -límite mínimo- a 6 años menos un día -límite máximo-.

¹²⁹⁸ Así Acuerdo TS de 22/07/2008, el que muy pronto sigue, p. ej., STS 895/2008, de 16 de diciembre (F.j. 12), N° Roj: 7079/2010: «En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. El grado inferior de la pena de multa proporcional [...] sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la *regla prevista en el art. 70 del C.P.*».

En opinión de GRACIA MARTÍN, “La pena de multa”, *op. cit.*, p. 202, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*, en la determinación de la multa proporcional, planteándose operaciones de cálculo de la mitad superior e inferior o de determinar sus grados superior e inferior, debe primero procederse a fijar la cuantía económica de la multa en función de los valores de referencia en el asunto concreto (el daño causado, el objeto del delito o la ganancia obtenida) y posteriormente aplicar sobre tales cantidades las reglas generales.

Además, la pena, por vía de regla general (Cp art. 66.1.1ª.3ª.4ª.7ª *in fine* [en Cp, art. 66 bis remite al 66.1 salvo regla 5ª]) o especial (arts. 74.1 y 77.2 Cp) para su aplicación, dentro del marco penal correspondiente (pena abstracta, tal o superior o inferior en grado), debe -generalmente- o puede aplicarse en su mitad superior o inferior, imposición en tal sentido que procede también de así disponerse, como acontece, por ejemplo, respecto de los delitos de detención ilegal y secuestro ejecutados con simulación de autoridad o función pública, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, para los que justamente se prescribe que «Las penas [...] se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos» (art. 165 Cp), y del delito de descubrimiento de secreto en provecho propio por quien está obligado a guardar reserva, infracción para la cual se establece que «las penas se impondrán en su mitad inferior» (art. 279 párr. 2 Cp).

La situación descrita por sí supone un nuevo cálculo, pero la ley no entrega reglas para determinar la pertinente mitad superior o inferior¹²⁹⁹. De acuerdo a los pronunciamientos contenidos en las Sentencias TS 221/1998¹³⁰⁰ y 344/1998¹³⁰¹, complementado con el consabido art. 70.2 Cp -modificado por la LO 15/2003 vigente desde el 1 de octubre de 2004-, la mitad superior o inferior de la pena se obtiene, respectivamente aumentando o disminuyendo por la antedicha norma un día¹³⁰², detractando de su máximo su mínimo y

¹²⁹⁹ Como dice MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, p. 251, «[...] podemos hablar de la mitad inferior y de la mitad superior. Pero a diferencia de lo que ocurre en los grados, el CP no señala la forma de realizar la operación aritmética».

¹³⁰⁰ STS 221/1998, de 13 de febrero (F.j. 2), N° Roj: 955/1998: «la mitad superior de la pena básica de dos a cinco años, se extiende de tres años y seis meses de prisión a cinco años y esta pena es la que se exaspera con la concurrencia de la circunstancia de agravante específica, y en su mitad superior supone la de cuatro años y seis meses».

¹³⁰¹ STS 344/1998, de 12 de marzo (F.j. 3), N° Roj: 1697/1998: «“[...] En virtud del art. 70.2 la pena inferior en grado estaría comprendida entre uno y dos años de prisión, sobre cuyo ámbito operaría la agravante de reincidencia que, según la regla 3ª del art. 66, habría que imponer en su mitad superior, esto es, la pena comprendida entre un año y seis meses y dos años de prisión”; consiguientemente [...] procede efectuar la correspondiente rectificación [...]».

¹³⁰² Como ejemplifica BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. BOLDOVA PASAMAR, “Aplicación y determinación de la pena”, *op. cit.*, pp. 246-247, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit* [ed. 2006], «la pena de uno a dos años tiene su mitad en un año y seis meses, lugar en el que no deben coincidir las mitades, pero que

dividiendo el resto por dos¹³⁰³, o bien sumando sus límites mínimo y máximo y dividirlo entre dos¹³⁰⁴, dicho con más amplitud y detalladamente por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, «hallando la mitad del marco de pena abstracta, el resultante de esa cifra hacia el máximo de la pena será la mitad superior y la cifra hacia el mínimo de pena será la pena en la mitad inferior. Para hallar esta cifra se toma el máximo de pena y se resta al mínimo de pena, la cifra resultante se divide entre dos y el producto que se obtiene se suma al mínimo de pena o bien se resta al máximo de pena»¹³⁰⁵.

De esta forma, si se quisiera establecer la mitad inferior de la pena de homicidio (art. 138 Cp), a los 15 años, máximo de ella, se le resta su mínimo de 10 años, obteniéndose un resultado de 5 años, los que se dividen por 2 y su producto, 2 años y 6 meses, se suma al referido mínimo, con lo cual la pena de homicidio en su mitad inferior es la prisión de 10 años a 12 años y 6 meses menos un día, al tiempo que, restando ese producto al indicado

tampoco se le puede atribuir a una de ellas, sino a costa de hacer una mitad mayor que la otra. La única solución para no solapar en estos casos el límite máximo de la mitad inferior y el límite mínimo de la mitad superior es prescindir del punto medio para formar las mitades, aplicando a cada una de ellas una unidad penológica de más o de menos. No obstante, el punto medio se puede aplicar cuando la pena se recorre en toda su extensión. [...] Si partimos de la pena de un año a un año y seis meses, su mitad se encuentra en un año y tres meses., pero ese punto medio ni se puede dividir ni se se puede compartir entre ambas mitades, luego deberá prescindirse de él a la hora de formar la extensión interna de la pena en mitades inferior y superior. Por lo tanto, la mitad inferior de aquella pena es de un año y tres meses menos un día, en tanto que la mitad superior es de un año tres meses y un día a un año y seis meses, pudiendo imponerse una pena de un año y tres meses sólo cuando la pena se aplique en toda su extensión».

¹³⁰³ Cfr. LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, op. cit., p. 70.

Conforme esta fórmula, no considerando el día de disminución o aumento según el caso, p. ej., con prisión de 2 a 5 años (art. 381.1 Cp): $5 \text{ años} - 2 \text{ años} = 3 \text{ años} : 2 = 1 \text{ año y } 6 \text{ meses}$, debiendo esta magnitud de tiempo, para determinar, respectivamente, la mitad inferior y superior de la pena, sumarse al mínimo y restarse al máximo de ésta, lo que da como tales prisión de 2 años a 3 años y 6 meses y prisión de 3 años y 6 meses a 5 años.

¹³⁰⁴ RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, op. cit., p. 97.

Al tenor de esta fórmula, sin considerar el día de disminución o aumento según el caso, siguiendo con la antedicha pena de prisión: $5 \text{ años} + 2 \text{ años} = 7 \text{ años} : 2 = 3 \text{ años y } 6 \text{ meses}$, debiendo, para determinar, respectivamente, la mitad inferior y superior de la pena, ir desde esta magnitud de tiempo, que no varía, hacia el mínimo y el máximo de la sanción dispuesta, lo que da como tales prisión de 2 años a 3 años y seis meses y prisión de 3 años y seis meses a 5 años.

¹³⁰⁵ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, op. cit., pp. 907-908, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, op. cit.

máximo, en su mitad superior es la de prisión de 12 años 6 meses y 1 día a 15 años.

Con el artículo 164 Cp, que establece pena de prisión de seis a diez años, la mitad inferior es de 6 a 8 años menos un día de prisión, y la mitad superior prisión de 8 años y 1 día a 10 años. En fin, si nos valemos de la pena prevista por el artículo 163.1 del Cp, que establece como pena abstracta la prisión de cuatro a seis años, la mitad inferior es prisión de 4 a 5 años menos un día, y la mitad superior es prisión de 5 años 1 día a 6 años.

Antes de ser el día el elemento diferenciador de las dos mitades en que se divide la pena¹³⁰⁶, el TS había resuelto que el máximo de la pena inferior puede coincidir con el mínimo de la pena superior, ello porque en el Cp 1995, como lo demuestra claramente el artículo 70, se suprimieron las escalas graduales y se simplificaron las reglas para determinar la pena superior e inferior en grado, abandonándose el criterio de establecer un tracto sucesivo entre las distintas clases de penas privativas existentes, siguiéndose ahora un sistema de tramos que confluyen en un determinado punto de llegada o de partida de la pena de prisión¹³⁰⁷.

¹³⁰⁶ En su momento de la misma opinión pero sin otro fundamento como no sea el sólo aseverar que hay que delimitar la mitad superior de la mitad inferior de la pena para que no queden solapadas, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, pp. 907-908, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General, op. cit.* Muy poco claro al respecto LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena, op. cit.*, p. 71, pues luego que afirma que el actuar del TS zanjando la discusión mediante solapar las dos mitades, esto es, hacer coincidir el techo de la mitad inferior con el piso de la mitad superior, es perfectamente consecuente con el nuevo sistema sancionador del Cp 1995, que sustituyó el sistema de escalas graduales por el de penas autárquicas, deja entrever que la situación cambió con la reforma operada por la LO 15/2003, citando al efecto literalmente el nuevo art. 70.2 Cp (que -como es sabido- dispone que para determinar la mitad superior o inferior de la pena, el día o día-multa es indivisible y actúa como unidad penológica de más o menos), ejemplificando, antes y después de su aseveración, con mitad inferior de pena cuyo tope se solapa con el mínimo de su mitad superior.

Opinión contraria RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003, op. cit.*, p. 97, y para quien en el cálculo de la mitad inferior o superior no debe agregarse el día como sí se hace con la pena superior o inferior en grado.

¹³⁰⁷ STS 6/1998, de 19 de enero (F.j. 1 y único), N° Roj: 187/1998.

Esta ponderación del TS no pierde vigencia, como muy bien lo ejemplifica SAP Madrid 270/2008, de 29 de mayo (F.j. 8), N° Roj: 187/1998: «[...] teniendo en cuenta que la pena para el delito básico (art. 163 CP) esta fijada en la prisión de cuatro a seis años, con la posibilidad de imponerse la pena inferior en grado cuando nos encontremos ante uno de los subtipos atenuados, cual es el caso (art. 163.2 C.P), lo que supone,

De conformidad a la regla de ser los días o días-multa indivisibles y actuar, según los casos, como unidades penológicas de más o menos (art. 70.2 Cp), en la situación específica de la multa, una, por ejemplo, de 15 días a 2 meses (art. 631.2 Cp), pese a que “treinta y siete días y medio” es la mitad entre 15 y 60 días (los dos meses así por art. 50.4 Cp), la mitad inferior abarca de “15 a 37 días” y la mitad superior de “38 a 60 días”.

3.3.1.2. Determinación cualitativa de la de la pena por grado de ejecución del delito

Aunque la pena que establece la ley se impone a los autores de la infracción -delitos o faltas- consumada (art. 61 CpE), excepcionalmente la sanción se establece para formas imperfectas de ejecución (Cp, art. 64 en relación con art. 62), cual ocurre, por ejemplo, con el magnicidio, que punido con prisión de veinte a veinticinco años (art. 485.1 Cp), «La tentativa del mismo [...] se castigará con la pena inferior en un grado» (art. 485.2 Cp), o sea, prisión de diez a veinte años menos un día; otro caso es la infracción contra la Administración de la Justicia del artículo 464.1 Cp, esto es, el intento, con violencia o intimidación, de influir directa o indirectamente sobre denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento a efectos de modificar su actuación procesal, para el que se establece pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

La diferente penalidad se explica en la gravedad del hecho, siendo obvio que no se equiparan consumir e intentar el delito, como tampoco, en fase de

conforme a las normas establecidas por el art. 70.2ª CP, que la extensión de la pena irá de dos años a cuatro años, y quedará fijada en su mitad superior al ser la detención ilegal del art. 167 del C.P., lo que supone que la pena a imponer pueda tener una extensión entre 3 años y 4 años, que en definitiva sería la pena fijada para el delito. [...] es procedente, en el presente caso, habida cuenta de todas las circunstancias [...] rebajar la pena en dos grados, por lo que el abanico punitivo quedaría fijado en la pena de prisión de un año y seis meses a tres años, y entendiendo que resulta ajustada la imposición de una pena de UN AÑO DE PRISIÓN, estando en la mitad inferior permitida igualmente por el art. 66 C.P [...].»

tentativa, dar principio a la ejecución de la infracción faltando uno o más actos para su consumación y no verificarse el delito por causas independientes a la voluntad del agente, situación esta última que antes recogía la legislación penal como “frustración” -categoría que se conserva, por ejemplo, en el Derecho penal chileno-.

Con la salvedad dicha y expuesta de haber casos en que se halla especialmente penada por la ley, a consecuencia de la gravedad del injusto, establece el legislador que «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señala por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado» (art. 62 Cp), degradación que es obligatoria si la pena es inferior en un grado y tan sólo potestativa si es inferior en dos¹³⁰⁸. La facultad del juez para rebajar es discrecional y no arbitraria ya que su ejercicio está supeditado al análisis razonable y razonado de los factores de peligro y de grado de ejecución, aspectos sobre los que se pronuncia el TS: «debe motivarse expresamente la rebaja de pena establecida en el artículo 62 del C. Penal para el delito intentado [...] La motivación [...] se efectuará en atención a la concurrencia de dos factores: a) el mayor o menor riesgo de lesión o afección del bien jurídico “inherente al intento”, lo que habrá de entenderse como intensidad del peligro y b) el mayor o menor riesgo de lesión o afección del bien jurídico protegido en atención al “grado de ejecución alcanzado”, lo que ha de entenderse como proximidad del peligro»¹³⁰⁹.

Tratándose de los actos preparatorios, proposición, conspiración y provocación, ellos punibles sólo en los casos especialmente previstos en la ley (arts. 17 y 18 Cp), y que, atendida su menor gravedad, debieran

¹³⁰⁸ Así STS 401/1999, de 10 de marzo (F.j. 1), N° Roj: 1640/1999.

¹³⁰⁹ STS 1085/1998, de 29 de septiembre (F.j. 3), N° Roj: 5479/1998.

ciertamente que castigarse con pena menor a la prevista para el respectivo delito, el legislador los sanciona -lo mismo que a la tentativa- con la pena inferior en uno o dos grados a la dispuesta para la infracción de que se trata (arts. 141, 151, 168, 177 bis 8, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579, 585 y 615 Cp).

3.3.1.3. Determinación cualitativa de la pena por forma de intervención en el delito

Pese a que la regla general es que la pena dispuesta para el delito consumado corresponde imponerla al autor (art. 61), hay ocasiones en que la intervención en el ilícito se hace en calidad de partícipe, o sea, ya como inductor, cooperador necesario o cómplice, mas éste, al no ser autor ni ser considerado como tal -cual así pasa con los otros (art. 28 Cp)-, por su menor participación en el hecho que realiza y el que por ende es también de menor gravedad, se encuentra en una situación privilegiada, que consiste en que la pena a imponérsele es la inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito consumado o intentado (art. 63 Cp). Por ejemplificar, si en un homicidio consumado intervienen tres sujetos, uno como autor, otro como inductor y el tercero como cómplice, como pena abstracta les corresponde a los dos primeros la de prisión de 10 a 15 años y al último la de prisión de 5 años a 10 años menos un día. Sólo tentada la infracción, autor e inductor arriesgan la pena abstracta indicada antes para el cómplice, a quien corresponde ya una de prisión de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día.

La referida directriz -tal como ocurre con la tentativa- es sin perjuicio de que la complicidad pueda estar expresamente castigada por la ley (Cp, art. 64 en relación con art. 63), ejemplo de ello el artículo 566.1.1° y 2° Cp, que dispone penas de prisión, en ese orden, de 5 a 10 años y de 2 a 4 años para el

autor y de 3 a 5 años y de 6 meses a 2 años para el cómplice, las de éste no por cierto la correspondiente inferior en grado, objetivamente éstas, en el primer caso, prisión de 2 años y 6 meses a 5 años menos un día y, en el segundo, prisión de un año a 2 años menos un día.

Podría ser también que se esté ante un delito especial propio y que intervenga un *extraneus*, como un inductor o bien un cooperador necesario, a cuyo respecto no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura delictiva exija para poder ser criminalmente responsable, en este caso el juez o Tribunal impondrá¹³¹⁰ la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate (art. 65.3). Así, si la situación fuere que un magistrado, inducido por su cónyuge, pronuncia sentencia condenatoria en causa criminal sin que haya prueba suficiente que permita justificar la decisión, y sin que la resolución haya llegado a ejecutarse (art. 446.1 Cp: prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años), la consorte del sentenciador prevaricador queda sujeta a penas de prisión de seis meses a un año menos un día y de inhabilitación absoluta por tiempo de cinco a diez años menos un día.

¹³¹⁰ Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, p. 910, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*

Por su parte, señala SANTANA VEGA, Dulce María. “Arts. 66-79”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 190-213, p. 189, la referencia legal es sólo al inductor y al cooperador necesario, por lo que es dudoso cómo debe tratarse el cómplice, entendiendo parte de la doctrina, en base a los principios de legalidad y proporcionalidad, que en los *delitos especiales de deber* la conducta del *extraneus* debe quedar impune. Para otro sector de la doctrina la ausencia de toda referencia legal al cómplice no revela la impunidad de éste sino que la atenuación de la pena prevista para el inductor y cooperador necesario *extraneus* no se le puede hacer extensiva, de manera que para resolver el claro problema de falta de proporcionalidad que tal circunstancia ocasiona, la doctrina minoritaria propone de *lege lata* la aplicación analógica *in bonam parte* del apartado 3 del art. 65 Cp al cómplice *extraneus*, y de *lege ferenda* una doble atenuación de la pena del cómplice a través de su incorporación expresa al precepto.

3.3.1.4. Determinación cualitativa de la pena por concurrencia de causas de eficacia extraordinaria

Inciden también en la determinación cualitativa de la pena causas de eficacia extraordinaria¹³¹¹ o circunstancias privilegiadas¹³¹² o de especial relevancia¹³¹³ (algunas modificativas de responsabilidad criminal¹³¹⁴), que reciben esta denominación por influir importantemente en el proceso de establecimiento de la sanción penal, dando lugar a aplicar la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en abstracto o bien la superior en grado a ella.

Es causa de eficacia extraordinaria, que conduce a decretar la pena inferior en un grado, la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes persistiendo un fundamento cualificado de atenuación (art. 66.1.7ª Cp: «aplicarán»), también lo es, llevando a disponer la inferior en uno o dos grados, siendo la mayor rebaja facultativa y obligatoria la menor¹³¹⁵, la concurrencia ya de un error de prohibición vencible (art. 14.3 Cp: «aplicará»), de una eximente incompleta (art. 68 Cp: «impondrán»), ya de dos circunstancias atenuantes o una -o varias- muy cualificada y siempre que no concorra agravante alguna (art. 66.1.2ª Cp:

¹³¹¹ Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, pp. 910-914, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*

¹³¹² Así RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *El Sistema de Penas y las Reglas de determinación de la Pena tras las Reformas del Código Penal de 2003*, *op. cit.*, p. 108 (en específico error de prohibición vencible, concurrencia de eximente incompleta, y concurrencia de dos o más atenuantes ordinarias o una o más muy cualificadas y ninguna agravante).

¹³¹³ Así QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, *op. cit.*, p. 545 (en específico eximentes incompletas y concurrencia de dos o más atenuantes o una o más muy cualificadas y ninguna agravante).

¹³¹⁴ Algunos autores tratan éstas en su conjunto, sin distinguir alguna de ellas como causas de eficacia extraordinaria, o privilegiadas o de especial relevancia, y entre aquéllos, p. ej., MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, pp. 721-722; COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General op. cit.*, pp. 880-881 y 925.

¹³¹⁵ Así MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, *op. cit.*, p. 911, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.* De igual opinión MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *op. cit.*, 254, quien refiere que «Hoy hay una convención pacífica de que la reducción es preceptiva cuando se trata de bajar un grado y, potestativa, cuando se plantea bajar dos». En el mismo sentido, y en cuanto a la eximente incompleta, STS 544/2007, de 21 de junio (F.j. 8), N° Roj: 4461/2007.

«aplicarán»), pudiendo al decretar la pena inferior en más de un grado hacerlo en toda su extensión (art. 66.1.8ª Cp). Toda atenuante¹³¹⁶ puede ser cualificada¹³¹⁷ exceptuada la que permite fundar una eximente incompleta.

La eximente incompleta -de la que se ha afirmado que no es atenuante¹³¹⁸- se regula en el artículo 68 Cp, que, a objeto de disponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, exige al juez o Tribunal atender al «número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del

¹³¹⁶ P. ej., la analógica (Cp, ex art. 21.6ª, actual art. 21.7ª), STS 470/2010, de 20 de mayo (F.j. 1), N° Roj: 2964/2010: «el derecho a ser enjuiciado y a la resolución del caso sin dilaciones indebidas, de acuerdo con el art. 10.2 CE, debe se[r] interpretado conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos y [...] debe entenderse como indebida la duración de un proceso cuando no resulte razonable (art. 6.1 CEDH). [...] la duración de cinco años no es razonable cuando se trata de un proceso [...] que carece de complejidad, en el que la instrucción ya había sido en lo sustancial realizada en sede administrativa y en el que el imputado reconoce su autoría y no ha tenido una conducta procesal obstruccionista [...] en el presente caso, sin perjuicio de otras demoras menores, entre la formulación de la denuncia y la incoación de las diligencias transcurrieron casi seis meses y entre el auto de apertura de juicio oral (5.3.2007) y la remisión de los autos a la Audiencia transcurrieron más de dos años. [...] en la medida en la que, por lo menos la mitad del tiempo de duración de la causa carece de justificación, la apreciación de la *atenuante del art. 21.6 CP* ha sido correctamente apreciada como muy cualificada».

¹³¹⁷ STS 1188/2010, de 30 de diciembre (F.j. 8), N° Roj: 7587/2010: «Por atenuantes muy cualificadas ha entendido esta Sala -por ejemplo SSTS. 493/2003 de 4.4, 875/2007 de 7.11-, *aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento y punición de la conducta del inculpado* (SSTS. 30.5.91, 26.3.98, 19.2.2001). [...] para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados, y que deben estimarse muy cualificada cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictiva, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación».

¹³¹⁸ Así QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, op. cit., pp. 548-549: «Las eximentes incompletas se indican en el artículo 21.1º Cp que remite a las causas de exención de la responsabilidad criminal, siendo en el ámbito de éstas últimas donde hay que buscar la *real definición de la eximente incompleta*, que es aquella [...] que, no faltando ningún elemento esencial, carece de alguno de los requisitos accidentales [...]. La naturaleza de la eximente incompleta es por ello la misma que se le dé a la eximente principal de la que se derive [...]. Las eximentes incompletas *reducen la pena imponible*, mientras que las [...] atenuantes [...] determinan la imposición de la pena «pena prevista para el delito» en su mitad inferior, salvo la excepción de que concurren dos circunstancias atenuantes o los Tribunales aprecien una como muy calificada [ex art. 66.4º CP], en cuyo caso se puede imponer la pena inferior en grado. [...]. Las eximentes incompletas no se pueden compensar con circunstancias agravantes, cosa que sí sucede [...] entre éstas y las atenuantes». En sentido contrario, p. ej., MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 606: «*Eximentes incompletas* [...] son circunstancias atenuantes (privilegiadas porque atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias) [...]»; SANTANA VEGA, «Arts. 66-79», op. cit., p. 191, en: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dir.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*, op. cit.: «las **eximentes incompletas** [...] tienen la consideración de atenuantes»; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general*, op. cit., p. 698: «LAS ATENUANTES [...], siguiendo una clasificación tradicional [...]: eximentes incompletas, atenuantes específicas y atenuantes genéricas o atenuantes por analogía».

artículo 66 del [...] Código», lo que permite acumular, por ejemplo, el efecto atenuatorio de la eximente incompleta con el de atenuantes muy cualificadas que prevé la regla 2ª del apartado 1 del art. 66 Cp, siendo más dudoso que quepa tal acumulación si tal efecto proviene de otra eximente incompleta, pues su consecuencia atenuatoria no está prevista en el art. 66 Cp sino que en el art. 68 del texto punitivo, pudiendo ser una solución el aplicarla por analogía *in bonam parte*¹³¹⁹.

Son causas de eficacia extraordinaria conducentes a aumento de pena, pudiendo aplicarse a la establecida por la ley la superior en grado y en su mitad inferior o ya la superior en grado, la concurrencia, respectivamente, de dos o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, (art. 66.1.4ª Cp: «podrán») y la concurrencia por lo menos tres veces de la agravante de reincidencia al tiempo de cometerse el delito (art. 66.1.5ª Cp: «podrán»).

3.3.1.5. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de circunstancia(s) ordinaria(s) modificativa(s) de la responsabilidad penal

Una vez determinada la clase de pena conforme a los criterios antes expuestos, debe determinarse cuantitativamente la pena, para fijar el marco concreto e inamovible dentro del cual el juez decide finalmente la medida exacta de la sanción a ser impuesta.

En esta fase, la medida de la pena se establece mediante un catálogo de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las que pueden producir, por ejemplo, que la pena se fije en su mitad superior o inferior, siendo elemento común de todas ellas su carácter accidental, pues no afectan

¹³¹⁹ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 723.

la esencia del delito sino que únicamente el *quantum* de la pena, incluso la calidad de la misma¹³²⁰.

En concordancia con sus efectos, estas circunstancias, prevé la ley, son *atenuantes*¹³²¹, *agravantes*¹³²² y *mixta de parentesco*, ésta, tal como indica su nombre, disminuye o aumenta la responsabilidad penal, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, siempre que sea o haya sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente (art. 23 Cp).

¹³²⁰ Así COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 878.

¹³²¹ Art. 21 CpE: «Son circunstancias atenuantes:

- 1.ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.
- 2.ª La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior.
- 3.ª La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.
- 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.
- 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.
- 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.
- 7.ª Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores».

¹³²² Art. 22 CpE: «Son circunstancias agravantes:

- 1.ª Ejecutar el hecho con alevosía.
Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.
- 2.ª Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.
- 3.ª Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.
- 4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad.
- 5.ª Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.
- 6.ª Obrar con abuso de confianza.
- 7.ª Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.
- 8.ª Ser reincidente.
Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.
A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

Estas circunstancias, cuya previsión en la Parte General las hace *genéricas* o *comunes*, son instrumentos legales de medición de la pena, o sea, que la modifican, cual es su finalidad y sentido en el modelo legal, por lo que se fundan en la mayor o menor necesidad de tutela que remite a su vez a la mayor o menor necesidad de pena¹³²³.

Incluidas las que conforman causas de eficacia extraordinaria, la regla general de las modificativas es que ellas son incommunicables si son circunstancias personales o subjetivas, por lo que sólo surten efecto respecto de aquéllos en quienes concurren. En cambio, se comunican si son de carácter real u objetivo. Por eso, las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, sirven únicamente para atenuar o agravar la responsabilidad de los que han tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (art. 65.1 y 2 Cp).

Salvas las situaciones con anterioridad expuestas como causas de eficacia extraordinaria, el cómo se determina la cantidad de pena en función de la concurrencia de las circunstancias genéricas viene establecido por el apartado 1 del artículo 66 Cp, conforme al cual la sanción se fija en una de las dos mitades en que se divide o en cualquier parte de su extensión.

Puntualmente, si hay sólo una circunstancia atenuante se aplica la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito (art. 66.1.1ª Cp) y si hay sólo una o dos circunstancias agravantes se aplica la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito (art. 66.1.3ª Cp), quedando excluidas de estas reglas las atenuantes o agravantes especiales del Lib. II, las cuales constituyen subtipos agravados o cualificados, que tienen sus propias normas

¹³²³ ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, op. cit., p. 300.

de determinación de la pena, lo que no es obstáculo para que las circunstancias especiales que no sirvan para conformar el tipo cualificado operen, acorde las reglas del art. 66 Cp, como genéricas para una posterior agravación de la pena¹³²⁴.

A su vez, atenuante y agravante no surten efecto alguno en la determinación de la pena si la respectiva modificativa se tuvo en cuenta por la ley al describir o sancionar la infracción de que se trata, o es de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella éste no hubiera podido cometerse (art. 67 Cp).

Si no concurren circunstancias modificativas, cabe aplicar la pena establecida por la ley para el delito en la extensión que se estime adecuada, atendiendo a «las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho» (art. 66.1.6ª Cp). Dichas circunstancias, ha señalado el TS, se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como a aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente los elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica y que deben corregirse para evitar que se reitere el delito¹³²⁵. La gravedad del hecho, que no es la del delito pues la de éste la contempla el legislador al fijar la cantidad de pena que atribuye a la infracción, son las circunstancias fácticas que el juez debe valorar para determinar la pena y que sean concomitantes con el supuesto concreto que se juzga, y depende la mayor o menor gravedad del hecho, entre otros, de la intensidad del dolo o, en su caso, grado de negligencia, de las circunstancias que, sin llegar a ser atenuantes o agravantes, modifican el desvalor de la acción o del resultado de la conducta típica, la mayor o menor culpabilidad¹³²⁶.

¹³²⁴ Así STS 271/2010, de 30 de marzo (F.j. 19), N° Roj: 1877/2010.

¹³²⁵ STS 150/2010, de 5 de marzo (F.j. 7), N° Roj: 1281/2010.

¹³²⁶ *Ibid.*

Ya habiendo atenuantes y agravantes todas se valoran y compensan racionalmente para la individualización de la pena y si persiste un fundamento cualificado de atenuación se aplica la pena inferior en grado mientras que si persiste un fundamento cualificado de agravación se aplica la pena en su mitad superior (art. 66.1.7ª parte final Cp). Para la regla en cuestión el criterio general es la compensación entre -una o varias de cada una- agravantes y atenuantes, lo que no significa anulación del efecto agravatorio¹³²⁷, pudiendo, excepcionalmente, persistir un fundamento cualificado de atenuación o de agravación, lo que acontecerá si después de haberse procedido a la compensación tanto cuantitativa como cualitativa de las modificativas resta una atenuante muy cualificada, o dos atenuantes comunes o, en su caso, una o más circunstancias agravantes.

3.3.2. Determinación judicial de la pena

Establecido el grado de ejecución del delito y participación en él, la concurrencia o no de causas de eficacia extraordinaria, así como la existencia o no de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, el juez debe señalar la cantidad exacta de pena que afectará al respectivo acusado -la denominada *individualización judicial de la pena*-, no pudiendo con ella rebasar la medida de la culpabilidad a la vez que debiera -acorde con la preceptiva del artículo 25.2 CE- orientarla primordialmente a la reinserción del individuo, o sea, la innegable amplitud que la ley en esta fase concede a quien juzga habrá la misma de expresarse en coherencia con los principios

¹³²⁷ Así STS 462/2010, de 25 de mayo (F.j. 7), N° Roj: 2508/2010: «El razonamiento del censurante se traduce en la afirmación de que si en el acusado concurre una *atenuante* y una *agravante* el apartado del art. 66 aplicable es el 7º, que obliga a realizar una compensación y al tener mayor incidencia la atenuante, como se reconoce en la sentencia, [...] debió imponerse la pena de 3 años y una multa con arresto sustitutorio de 1 mes. [...] Por lo demás, si en la individualización debe resplandecer el principio de proporcionalidad, la compensación del nº 7 del art. 66 del C.Penal no se produciría si se impusieran 3 años de prisión, ya que ello supondría anular el efecto exasperador o agravatorio de la reincidencia. La ley habla de compensar y no de anular. A la reincidencia debe reconocérsele indudablemente algún efecto. El tribunal en tal sentido actuó con moderación y prudencia en el señalamiento de la pena».

-ellos extraíbles en parte de las declaraciones expresas de la ley- y fines que cabe atribuir al Derecho penal.

Las expuestas reglas 1ª a 8ª del artículo 66.1 Cp otorgan pautas que confieren al juez cierto arbitrio a objeto de hacer una individualización exacta de la pena, y en concreto la regla 6ª -como se ha manifestado- dispone que la determinación de la pena se efectúe «en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», pero ni este precepto u otro dicen cómo realizar esta apreciación, la que queda, en consecuencia, entregada a la estimación del Tribunal, siendo ya la del TS el que la contemplación de las necesidades de prevención especial no autorizan a exceder el límite de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad por el hecho pues ésta constituye el límite máximo de la pena aplicable, dependiendo la gravedad de la culpabilidad de la que corresponde a la infracción cometida, de las circunstancias determinantes de una mayor o menor exigibilidad, y del mayor o menor disvalor ético-social de los motivos¹³²⁸.

Dicho de otro modo, el mandato legal de atender a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad del hecho, para fijar la pena, exige conciliar la culpabilidad con los fines de prevención especial, lo que demanda estimar ciertos aspectos vitales del individuo, pasados, actuales y futuros, echándose de menos una norma que dé parámetros mínimos al efecto, como sí sucede, por ejemplo, con el § 46 StGB, que, establecido que «La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena», dispone, como “Principios de la fijación de la pena”, que hay que considerar las consecuencias esperables de la pena para la vida futura del autor en la sociedad, sopesando el Tribunal las circunstancias favorables y desfavorables del sujeto, atendiendo, de manera particular, a sus móviles y objetivos, su

¹³²⁸ STS 804/1994, de 7 de marzo (F.j. Único), N° Roj: 9866/1994.

ánimo -que habla del hecho y la voluntad empleada en el hecho-, la medida de la violación al deber, la clase de ejecución y el efecto culpable del hecho, los antecedentes de conducta del autor, así como sus condiciones personales y económicas, y su conducta después del hecho, especialmente su esfuerzo para reparar el daño como el de lograr un acuerdo con la víctima, no siendo permitido estimar circunstancias que ya son características del tipo legal.

La falta de una norma que oriente tampoco ha sido óbice para que los Tribunales se pronuncien en el mismo sentido precedente, como ha hecho, por ejemplo, el TS, que ha señalado que «desde la perspectiva de la culpabilidad, debe ponderarse la personalidad del reo, y en este ámbito considerar sus condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional, y económica, valorando su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos futuros de ésta sobre su vida dentro de la comunidad social. [...], y en cuanto a la personalidad del delincuente deben predominar las consideraciones preventivo-especiales»¹³²⁹.

Asimismo, para fijar la pena podría ser esencial la gravedad de la infracción, cual ocurre en caso de multirreincidencia (Cp art. 66.1.5ª [gravedad del nuevo delito cometido]), siéndolo siempre la gravedad del hecho (Cp art. 66.1.6ª), la que, señala TS, «equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, en su doble consideración de acto personal y resultado lesivo para el bien jurídico»¹³³⁰, «La gravedad del hecho viene determinada por el grado de malicia y daño causado por el delito, sin olvidar la finalidad de prevención general»¹³³¹. Así, la mayor o menor gravedad del hecho depende de la intensidad del dolo -directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto, de las circunstancias concurrentes, que sin calificar como atenuantes o agravantes, ya genéricas o

¹³²⁹ STS 3144/1993, de 29 de septiembre (F.j. 1), N° Roj: 9710/1993.

¹³³⁰ STS 2432/1989, de 3 de octubre (F.j. 2), N° Roj: 5035/1989.

¹³³¹ STS 3144/1993, de 29 de septiembre (F.j. 1), N° Roj: 9710/1993.

específicas, modifican el desvalor de la acción o del resultado de la conducta típica, de la mayor o menor culpabilidad del individuo, deducida del grado de comprensión de lo ilícito de su comportamiento (conocimiento de la antijuridicidad, grado de culpabilidad y mayor o menor exigibilidad de otra conducta), y de la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta posterior del acusado al delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y a la reparación del daño¹³³².

Los factores señalados sin duda que no permiten fijar exactamente la medida de castigo que amerita la responsabilidad penal correspondiente y tampoco la ley indica cuál es la incidencia de los mismos al efecto. Por tanto, es factible hacer primar, únicamente, las circunstancias personales del individuo¹³³³ o la gravedad -menor o mayor- del hecho¹³³⁴, lo que importa en

¹³³² Así, p. ej., STS 150/2010, de 5 de marzo (F.j. 7), N° Roj: 1281/2010.

¹³³³ Así, p. ej., SAP Badajoz 11/2004, de 11 de junio, N° Roj: 567/2004, que, por delito de agresión sexual del art. 179 Cp, sin concurrir modificativa de responsabilidad criminal, habiendo sido la víctima abofeteada y obligada a practicar una felación, luego penetrada vaginalmente -con eyaculación- y cuando está aturdida penetrada analmente, impone al autor la mínima pena de 6 años de prisión; SAP Valladolid 98/2004, de 9 de marzo, N° Roj: 335/2004 [*infra* Anexo I 1.1.1. S 55], que, por delito de homicidio, sin concurrir modificativa de responsabilidad criminal, habiendo sido acuchillada en ocho ocasiones la víctima, sufriendo, a más de cinco en el brazo derecho y una en la base del cuello, dos heridas horizontales penetrantes en el hemitórax izquierdo, penetrando la primera la cara anterior del lóbulo superior del pulmón izquierdo y la segunda la pared del ventrículo izquierdo, en la punta cardíaca, lesiones que provocaron una profusa hemorragia externa e interna rápidamente exanguinante, impone al autor la mínima pena de 10 años de prisión.

¹³³⁴ Así, p. ej., STS 211/2008, de 23 de abril (F.j. 7), N° Roj: 2038/2008: «[...] La sentencia recurrida aplicó la [...] *regla 6ª del art. 66* que permite al tribunal imponer la sanción o sanciones en la extensión que estimen adecuada [...].

[...], tal *regla 6ª* nos ofrece los criterios a tener en cuenta en esta operación de individualización de la pena: las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

[...] Respecto de las circunstancias personales del reo prácticamente no nos dice nada la sentencia recurrida, como es lamentablemente frecuente en estos casos. Manifiesta el recurrente que Rodrigo es una persona que tiene a su cargo una esposa y una hija y que tiene diferentes ingresos, que han de considerarse suficientes para atender a sus necesidades y a las de su familia. Pero, incluso aceptando como ciertas tales alegaciones, ello no impide que tenga que operar aquí el otro criterio, el de la gravedad del hecho, en este caso determinada por la cantidad de droga aprehendida, algo más de 13 kilogramos de cocaína, como acabamos de decir, que excede en más de 17 veces ese mínimo de 750 gramos. Entendemos que es proporcionada la pena de 10 años de prisión y lo mismo hay que decir de la de 100.000 euros de multa»; STS 400/2009, de 22 de abril (F.j. 7), N° Roj 2409/2009: «La *regla 6ª del art. 66* Cpenal [...], establece dos criterios a tener en cuenta a la hora de individualizar judicialmente la pena, uno de ellos [...] las circunstancias personales del sujeto concernido y el otro la mayor o menor gravedad del hecho. [...], el Tribunal sentenciador ha ju[z]gado con este último criterio por estimar que en relación a las circunstancias personales nada había relevante que pudiera justificar tenerlas en cuenta a la hora de individualizar la pena, y por tanto lo ha efectuado desde el criterio de la gravedad del hecho y de acuerdo con ello no se le debe hacer ninguna crítica por el hecho de que haya puesto una pena de 10 años y 6 meses de prisión, ya que ciertamente, la droga aprehendida es muy relevante».

el primer caso indudablemente, en cuanto las mentadas circunstancias así lo aconsejen (v. gr., delincuente primerizo¹³³⁵), una pena que responde únicamente a la prevención especial positiva. Es posible también combinar los parámetros, lo que podría llevar a “justificar” que el castigo por la gravedad en cuestión se fije en el tope -o casi- del marco legal concreto, y porque sería ya más adecuado para la reincorporación social del condenado, se establezca sólo apartado con cierta significación del mínimo legal aplicable, con lo que la sanción, que no obedecería a la prevención especial positiva sino que especial negativa pues se aísla al delincuente más allá de lo que el legislador aprecia imprescindible para hacer efectiva la responsabilidad penal, no es fácil sostener que el juez la impuso en consideración de la prevención general negativa.

3.3.2.1. Reglas especiales de determinación de la pena

Sin embargo, sea por su propia naturaleza o por la afección que provoca el ilícito al cual está asociada o cómo es aquél cometido, algunas penas se determinan mediante reglas especiales -a veces hasta prescindiéndose de las

¹³³⁵ Así, p. ej., STJ Las Palmas de Gran Canaria 99/2007, de 16 de julio (F.j. 7), N° Roj: 2229/2007 [*infra* Anexo I 1.1.1. S 102]: «Respecto de la pena a imponer, dado que concurre una agravante, hemos de acudir a la *regla tercera del art 66 del Código Penal*, que obliga a imponer la pena en su mitad superior. Por tanto, dado que la pena [...] en el *art 138 del Código Penal* para el [...] homicidio es de diez a quince años, y teniendo en cuenta que el acusado carece de antecedentes penales, procede la imposición de [...] doce años y seis meses de prisión, [...]»; STS 152/2009, de 17 de febrero (F.j. 4), N° Roj: 679/2009: «La sentencia de instancia, manifiesta [...] que procede individualizar la pena privativa de libertad en los 10 años de prisión y la de multa en 101.847 euros, sin responsabilidad personal subsidiaria, atendiendo a que la droga intervenida es de "notoria importancia" y a las circunstancias personales de Luis, carente de antecedentes penales, así como que no constan con certeza cuales son sus medios económicos, aparentemente escasos. [...], teniendo en cuenta que el *art. 369, 6ª CP* prevé pena superior en grado a la señalada por el *art. 368 CP*, lo que supone, atendido lo dispuesto los *arts. 70 y 66.6ª CP*, unos límites penológicos comprendidos entre los 9 años y los 13 años y 6 meses de prisión, y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga objeto del delito, resultan proporcionados y adecuados a las circunstancias personales del culpable y a la gravedad del hecho, los 10 años de prisión y la multa de 101.847 euros impuestos»; ATS 1222/2010, de 17 de junio (F.j. 3), Recurso de casación, N° Roj: 8682/2010: «El *art. 66.1.6 Cp* establece que en los casos en que no concurren atenuantes ni agravantes, los jueces impondrán la pena en la extensión que estimen conveniente, atendiendo a las circunstancias personales del condenado y a la mayor o menor gravedad del hecho. [...], la pena impuesta ha sido de cuatro años, encontrándose la misma dentro de la mitad inferior y muy próxima al mínimo legal, y como circunstancia personal tenida en cuenta [...] se ha contado con la ausencia de antecedentes penales del acusado, sin que conste ninguna otra circunstancia personal de especial significación, de ahí que no se mencione ninguna otra. Por tanto, no ha habido infracción del *art. 66 CP*».

generales de individualización-, que es exactamente el caso de la multa y de la pena en las faltas, delitos imprudentes y en situaciones concursales.

3.3.2.1.1. Determinación de la pena de multa

Esta sanción de carácter patrimonial y que se hace efectiva, a menos que la ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa, aunque, en principio, le es aplicable la determinación cualitativa y cuantitativa, o sea, que hay que atender al grado de ejecución del delito, forma de intervención, concurrencia de causas de eficacia extraordinaria, etc., establecida ya su extensión (v. gr., seis meses de multa), ha de señalarse la cantidad que debe pagar el autor durante el respectivo lapso, disponiéndose a ese fin que el importe de las cuotas se fija teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del penado, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y demás circunstancias personales del mismo (art. 50.5 Cp).

La determinación de la cuantía de la cuota de multa se realiza sólo en función de la capacidad económica del condenado porque si se hiciera de acuerdo a la gravedad del hecho, que obviamente define la extensión de la sanción, se discriminaría a quienes tienen menos ingresos, resultando además fundamental la consideración de tal capacidad en vista de regir en el sistema punitivo la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa, en que cada dos cuotas diarias no satisfechas equivalen a un día de privación de libertad y si se trata de falta puede cumplirse mediante localización permanente.

La disponibilidad financiera del penado gravita incluso en la ejecución de la pena de multa, la que es eficaz sólo si afecta adecuadamente la libertad de consumo, por lo que se faculta al Tribunal, por causa justificada, autorizar que la multa se pague en un plazo que no exceda de dos años, desde que se

encuentre firme o ejecutoriada la sentencia, o que sea pagada de una sola vez o en los plazos que se determinen, sólo que en este último caso el impago de dos de ellos importa el vencimiento de los restantes (art. 50.6 Cp). Es más, si varía la situación económica del penado después de la sentencia, el juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la circunstancia, puede modificar el importe de las cuotas periódicas y los plazos para su pago (art. 51 Cp).

3.3.2.1.2. Determinación de la pena en las faltas

Tratándose de las faltas, según prescribe el artículo 638 del Cp, «En la aplicación de las penas [...] procederán los jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código».

El que las faltas se castigan residual y excepcionalmente y su respectiva sanción tiene sólo carácter de “leve” funda el que el juez pueda apartarse de las correspondientes reglas generales de determinación de la pena relativas a consumación y tentativa (arts. 61 y 62 Cp), cómplices (art. 63 Cp), circunstancias modificativas de responsabilidad (arts. 66 y 68 Cp), sobre determinación de la pena en su grado superior o inferior, sobre mitad superior o inferior de la pena (art. 70 Cp). Eso sí, el prudente arbitrio judicial no rige en la determinación de la pena de días-multa, a cuyo respecto hay que ceñirse a las reglas que prevé el artículo 50 Cp¹³³⁶. Lo relevante del artículo 638 Cp es que, como advierte SANTANA VEGA, posibilita dos construcciones que no se contemplan, con carácter general, en el Libro II en relación a los

¹³³⁶ STS 821/2003, de 5 de junio (F.j. 6), N° Roj: 3859/2003: «“el libre arbitrio que el artículo 638 [...] concede [...] para individualizar las penas establecidas para las faltas, sin sujeción a las reglas prevenidas en los artículos 61 a 72 del Código Penal de 1.995, no se extiende a la determinación de la cuota de la multa, que deberá fijarse en atención a las circunstancias económicas del penado”, es decir, “teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, [...] (artículo 50.5 del Código Penal)».

delitos, las mismas un *concepto unitario de autor*, esto es, podrían recibir igual pena el autor y el cómplice, y una *concepción subjetiva del injusto*, en cuanto podría castigarse con igual pena la tentativa y la consumación, más precisamente en las faltas contra las personas y el patrimonio que son las únicas en que la tentativa se pune¹³³⁷ (art. 16.2 Cp).

3.3.2.1.3. Determinación de la pena en los delitos imprudentes

La regla general es que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigan cuando expresamente lo disponga la ley (art. 12 CpE), excepcionalidad punitiva que en la práctica alcanza tanto a delitos (v. gr., arts. 142.1 y 152 Cp) como a faltas (v. gr., art. 621.1.2 Cp) y cuya razón de ser es que su autor ha desconocido el peligro concreto de realización el tipo creado por su conducta. Concordando, el artículo 66.2 Cp establece que en los delitos culposos puede también el juez o Tribunal desligarse de las reglas que el Ordenamiento suministra para determinar la pena y dictar entonces sentencia de conformidad a prudente arbitrio.

3.3.2.1.4. Determinación de la pena en concurso de delitos

Es posible que un individuo haya cometido una pluralidad de infracciones penales, pudiéndose haber verificado ellas mediante realizarse un solo hecho o varios, lo que constituye un *concurso de delitos*, que exige aplicar otras reglas que, en su caso, las generales (v. gr., art. 66.1 Cp) para la determinación de la pena, pues éstas parten de la base de un único delito, siendo diversas aquéllas según se trate de un *concurso real*, que viene a establecer la regla general de los concursos, de un *concurso ideal*, o ya de un supuesto más específico, como lo son el *delito continuado* y el *delito masa*.

¹³³⁷ SANTANA VEGA, Dulce María. “Arts. 638-639”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1193-1194, p. 1194.

3.3.2.1.4.1. Determinación de la pena en concurso real

Si se cometen por medio de distintos hechos otros tantos y diferentes ilícitos penales, procede la acumulación de penas, esto es, al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, para ser cumplidas simultáneamente si ello es posible atendida la naturaleza y efecto de cada una de ellas (art. 73 Cp).

Dicho cumplimiento, prescribe el artículo 75 del Cp, se hace efectivo siguiendo el orden de la respectiva gravedad de cada pena, o sea, se efectúa de la pena más grave a la menos grave, sólo que, como dispone el artículo 76.1 Cp, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena no puede exceder del triple del tiempo por el que se imponga la más grave de las penas, quedando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que, como regla general, no puede exceder de 20 años.

Sin embargo, el mismo artículo 76 Cp -a partir de la LO 7/2003- permite que excepcionalmente se supere el señalado máximo de 20 años, atendido el número de condenas y la pena prevista para los delitos por los que ellas son impuestas. Así, si se condena por dos o más delitos y está alguno de éstos castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años, el límite máximo de pena es 25 años (art. 76.1 a) Cp), siendo de 30 años si alguno de los delitos está castigado con pena de prisión superior a 20 años (76.1 b) Cp). Si se condena por dos o más delitos y al menos dos de ellos están castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años, el límite del máximo de pena es 40 años (76.1 c) Cp), y lo mismo si la condena se ha impuesto por dos o más delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (cap. VII, título XXII, libro II, Cp: arts. 571 a 580) y alguno de éstos está castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años (76.1 d) Cp). La limitación se aplica aunque las penas se hayan impuesto en distintos

procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haber sido enjuiciados en uno sólo (art. 76.2 Cp).

3.3.2.1.4.2. Determinación de la pena en concurso ideal

Constituyendo un solo hecho dos o más infracciones penales, lo que constituye un concurso ideal, o bien una de tales es el medio necesario para cometer la otra, en que ya el concurso es medial, se aplica en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, a menos que para el penado haya de ser menor la pena castigando separadamente las infracciones (art. 77 Cp). En este último caso, para determinar la pena que a cada ilícito corresponde por separado, se determina la pena concreta conforme a las reglas generales, es decir, teniendo en cuenta el marco legal abstracto, grado de ejecución, forma de intervención, concurrencia de circunstancias atenuantes y/o agravantes.

3.3.2.1.4.3. Determinación de la pena en delito continuado

Conforme dispone el artículo 74.1 Cp, si en la ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión se realizan múltiples acciones u omisiones que ofenden a una o varias personas e infringen un mismo precepto legal u otros de igual o semejante naturaleza, lo que configura un delito o falta continuados, debe imponerse la pena establecida para la infracción más grave en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

Se exceptúan de la regla antedicha las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo, casos en los que

ha de atenderse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva (art. 74.3 Cp).

3.3.2.1.4.4. Determinación de la pena en delito masa

En el *delito masa* como modalidad específica del delito continuado, el o la pluralidad de hechos cometidos por el sujeto activo son infracciones contra el patrimonio, y en esta situación, teniendo en cuenta el perjuicio total causado, debe imponerse, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que se estime conveniente, si el hecho reviste notoria gravedad y ha perjudicado a una generalidad de personas (art. 74.2 Cp).

En el delito masa el tipo aplicable viene determinado por la cuantía total del perjuicio causado con una o distintas acciones por un mismo individuo, es decir, si dichas acciones o una son constitutivas de faltas de estafa se juzgan como un delito de estafa, lo que cambia la calificación jurídica, porque de un delito menos grave se pasa a uno grave y de una falta se pasa a un delito, viéndose considerablemente agravada la responsabilidad del individuo¹³³⁸.

¹³³⁸ Estos efectos se han visto morigerados por Acuerdo número 45, de marzo de 1998, del TS, en el que se declara que «En los casos de hurtos varios, la calificación como delito o falta debe hacerse por el total sustraído, si previamente a esa valoración económica se ha apreciado continuidad en las acciones sucesivas realizadas, por la concurrencia de los requisitos del art. 74 del CP, los cuales, perjudicando al reo, deberán interpretarse restrictivamente». En tal sentido, p. ej., STS 1640/1998, de 23 de diciembre (F.j. 1 [y único]), N° Roj: 7886/1998: «resulta evidente [...] la continuidad delictiva [...] ya que fluye sin dificultad que hubo un plan preconcebido para realizar dos acciones de idéntica factura, con una diferencia temporal de aproximadamente una hora, en perjuicio económico de una persona y con infracción del mismo precepto penal. Otra cuestión bien distinta [...] es que una vez convertidas las dos faltas de estafa en un delito continuado de una misma figura delictiva, resulte imperativo la imposición del apartado primero del artículo 74 del Código penal, es decir, que sea una exigencia imponer la pena en su mitad superior. Y sobre esta cuestión, [...] no resulta necesario [...] porque [...] Constituiría una infracción del principio “ne bis in idem” si se valorase dos veces, en perjuicio del acusado, la suma de cantidades que inicialmente suponían, aisladamente, faltas contra el patrimonio [...] Se vulneraría el principio de igualdad en relación con la proporcionalidad en la imposición de la pena, ya que un delito contra el patrimonio de cuantía superior se podría castigar con menor pena. [...]».

3.4. Penas aplicables a las personas jurídicas

Otra modificación importante de la LO 5/2010, de 22 de junio, conforme prevé el artículo 31 bis Cp, es la introducción¹³³⁹ de la responsabilidad penal directa e independiente¹³⁴⁰ de las personas jurídicas¹³⁴¹, estableciéndose al

¹³³⁹ En opinión de BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”. En: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk*. Dordrecht; Heidelberg; London; New York: Springer, 2011, pp. 271-288, p. 287, «La responsabilidad penal a las personas jurídicas, se configure como se configure, representará siempre una responsabilidad objetiva, por hechos ajenos (por tanto vicaria), acumulativa, de doble incriminación, de doble valoración jurídica (*ne bis in idem*), y por todo ello totalmente contraria a las garantías del Derecho Penal moderno».

En contrario DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”. En: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2010, pp. 11-38, p. 13, quien señala que la instauración de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español obedece a un modelo de responsabilidad por la propia conducta y no a uno de responsabilidad objetiva por el hecho ajeno (responsabilidad de la persona jurídica por el delito de la persona física), el cual sería inconstitucional, y por ello para hablar de delito se requiere que el ente colectivo haya incurrido en un defecto de organización, consistente éste en no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar el delito cometido, en su provecho y por su cuenta, por el administrador o representante o por alguien bajo su autoridad, debido a que no fue objeto de control suficiente, y defecto más fácil de detectar en la imputación por delitos de empleados indebidamente controlados que cuando los mismos los cometen administradores o representantes.

¹³⁴⁰ Así CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 55-86, pp. 55; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), pp. 1-36, pp. 19-20 [publicación *online* de 10/12/2010, disponible en <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf> (visitado el 10/02/2011)].

En contrario BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN, “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”, *op. cit.*, p. 277, en: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability...*, *op. cit.*, para quienes «la responsabilidad penal de la persona jurídica no es directa, sino que requiere que una persona física haya cometido un delito, pero ya no que sea responsable penalmente del mismo (responsabilidad por hechos ajenos, aun cuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho)».

¹³⁴¹ Autores como MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 221-222, al tenor de la anterior redacción del art. 129 CpE, que preveía como consecuencias accesorias el poder imponer la disolución de la sociedad, la suspensión de las actividades de ésta, hablaban ya de la existencia de sanciones para las personas jurídicas. Otros, como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 147, rechazaban el que estas consecuencias accesorias fueran penas o bien medidas de seguridad, no siendo penas porque parece incompatible con los principios de la responsabilidad criminal imponer aquellas a personas jurídicas, al menos desde el punto de vista de la opinión doctrinal clásica y mayoritaria y, además, no se consignaban en el catálogo general de penas del Cap. I, Tít. III del hasta entonces vigente Cp, sino en el Tít. VI del Cap. III, con nombre y bajo rúbrica legal propia (“consecuencias accesorias”), y no siendo medidas por cuanto el presupuesto de aplicación de éstas es la peligrosidad criminal del sujeto, que se exterioriza en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6 Cp) y entraña probabilidad de cometer otros (art. 95.2º Cp), careciendo de sentido acordarlas con relación a personas jurídicas incapaces de delinquir (“*societas delinquere non potest*”).

En opinión de DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. JUANES PECES, Ángel (Dir.); ALBA FIGUERO, María del Carmen (Coord.). *Reforma del Código Penal: Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*. 1ª ed. Madrid: El Derecho, 2010, pp. 67-89, pp. 74-75, con la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas han quedado sin resolver

efecto un catálogo de penas (art. 33.7 Cp) y reglas para determinarlas (art. 66 bis y 66.1.1^a a 4^a y 6^a a 8^a Cp)¹³⁴².

Atendida su naturaleza, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es bajo *numerus clausus*, esto es, se extiende sólo a ciertos delitos, exactamente, a los de promoción, favorecimiento, facilitación o publicidad del tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis Cp), trata de seres humanos (art. 177 bis.7 Cp), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis Cp), delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 Cp), estafa (art. 251 bis Cp), insolvencias punibles (art. 261 bis Cp), daños informáticos (art. 264.4 Cp), delitos contra la propiedad intelectual, industrial y contra el mercado y los consumidores (art. 288.2 Cp), blanqueo de capitales (art. 302.2 Cp), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis Cp), delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros (art. 318 bis.4 Cp), delitos urbanísticos (art. 319.4 Cp), delitos contra el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 Cp), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 Cp), delitos de riesgo provocado por explosivos (art. 348.3 Cp), tráfico de drogas (art. 369 bis Cp), delitos de falsedad en medio de pago (art. 399 bis Cp), cohecho (art. 427.2 Cp), tráfico de influencias (art. 430 Cp), corrupción de funcionarios extranjeros (art. 445.2 Cp), criminalidad organizada (art. 570 quáter Cp) y financiación del terrorismo (art. 576 bis.3 Cp).

cuestiones de no poca importancia, como ser el menoscabo de los intereses de trabajadores, proveedores, clientes, acreedores, etc., tras la condena, que incluso puede significar la disolución societaria, aparte que no se sabe muy bien es qué aporta político-criminalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica que no pueda solucionarse con la responsabilidad penal individual siempre que ésta se concrete en quien o quienes, dentro de la empresa, toman realmente las decisiones delictivas y gestionan su ejecución.

¹³⁴² Reconociendo que desde largo tiempo ha proporcionado muchas dificultades a la teoría del Derecho la afirmación de la capacidad jurídica de las personas jurídicas, dice KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Traducido por VILLAR BORDA, Luis; MONTOYA, Ana María. Reimpresión de 1^a edición castellana 1999. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 216-217, «correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, sólo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la *teoría de la finalidad patrimonial* una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como *persona en sentido analógico*. Si se tiene en cuenta esto, [...] no se puede objetar [...] la caracterización de la persona jurídica como una unidad estructural, reconocida por el orden jurídico como portador independiente de derechos».

Y, aunque la responsabilidad penal de las entidades colectivas no encuentra su fundamento en la retribución, pues realizar la justicia no tiene sentido con un contraventor legal falto de conciencia, si no más bien en fines de prevención general, negativa y positiva¹³⁴³, incluso de prevención especial¹³⁴⁴, cual acontece con penas como la prohibición de realizar

¹³⁴³ Así GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 25.

Según indica BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 253, la reacción de los entes colectivos no se gobierna por la intimidación, generadora de la disuasión, sino por el cálculo económico, y si se recurre a la característica de la no imitación, efecto que se le atribuye a la prevención general, como resultado del proceso de disuasión, esta situación es perfectamente hipotizable, pero, en tal caso, ya no será el *quantum* del temor lo que incline la balanza sino el cálculo de las ventajas o desventajas que deciden en la persona jurídica, el mayor o menor lucro, que son, en definitiva, los factores que generan la decisión institucional.

En concepto de BARBERO SANTOS, Marino. “¿Responsabilidad penal de la empresa?”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus (Eds.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 25-42, p. 32, si la culpabilidad es un juicio de reproche hecho al autor por obrar antijurídicamente pese a que pudo actuar conforme a Derecho, es indudable que aquí se encuentra una de las mayores dificultades para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ni siquiera sobre el presupuesto de que la pena cumple una función motivadora de inhibiciones es posible admitir esa responsabilidad. Si, para los autores que mantienen esta concepción, es necesario acudir a la pena para reforzar las prohibiciones cuya observancia es necesaria para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, con el fin de conferir a tales prohibiciones un especial vigor que eleve en la instancia de conciencia un efecto inhibitorio es obvio que, en dicha instancia, las personas jurídicas no pueden inhibirse. Agrega BARBERO SANTOS, “¿Responsabilidad penal de la empresa?”, *op. cit.*, p. 33, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus (Eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico, op. cit.*, «Ni el sentir la sanción como un mal, contenido en la pena, cabe respecto de la persona jurídica en cuanto tal, [...] ni el cumplimiento de los fines que en los Códigos, e incluso en algunas Constituciones, se asignan a la pena, e incluso a la medida de seguridad, reeducación y reinserción social, son posibles en lo que a las personas jurídicas afecta».

¹³⁴⁴ Así GÓMEZ TOMILLO, *ibid.*

Por el contrario, dice BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas... op. cit.*, p. 255, la prevención especial o personal, que la concepción tradicional define como un fin dirigido al reo, con pretensión de su reintegración o resocialización a través de las enseñanzas que fluyen de la pena, trasladada al campo de las personas jurídicas parece obvio que es impracticable pues penas y medidas de seguridad exigen insoslayablemente, para cumplir con su finalidad preventiva especial, la presencia de un aparato psíquico en el trasgresor. Y si se pretendiera sostener que esta relación es concebible entre la pena y el ente, la respuesta negativa surgiría de inmediato, ya porque la acción institucional emana de la persona jurídica, ya porque la fungibilidad de los miembros de un directorio posibilita que el destinatario de la resocialización sea un sujeto ajeno a la entidad en el momento en que se ejecuta la pena.

Considera todos los fines DANNECKER, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Traducido por RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina. *RP*. n° 7 (2001), pp. 40-54, p. 49, para quien, partiendo de la función de control que desempeñan las consecuencias jurídicas en el moderno Derecho penal, no hay duda sobre la capacidad de aplicación de los fines de la pena a las personas jurídicas pues éstas son sistemas dotados de sentido, al igual que sus operaciones internas y externas, de lo que se deriva que tales fines puedan ser alcanzados en los entes colectivos. La capacidad de aplicación de los fines de la pena a una empresa se puede afirmar particularmente atendiendo a la prevención general, ya que los efectos que se deducen para otras personas jurídicas son comparables con los ejercidos frente a otras personas particulares a través de la imposición a éstos de una pena de multa. Pero incluso partiendo de fines preventivo-especiales se puede afirmar la utilidad de los fines de la pena respecto a las personas jurídicas porque una persona jurídica a la que se le ha impuesto una pena se abstendrá antes que una persona física sancionada de volver a infringir la ley. Tampoco genera demasiados problemas la idea de retribución respecto de las personas jurídicas puesto que se las considera como destinatarias que pueden vulnerar la

actividades en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el ilícito (art. 33.7.e) Cp), suspensión de sus actividades (art. 33.7.c) Cp) o intervención judicial (art. 33.7.g) Cp), no sería incoherente poder extender esta responsabilidad a delitos tales como el homicidio y las lesiones graves, o delitos relativos a la seguridad alimentaria, pudiendo hasta sostenerse que precisamente es uno de los ámbitos en los que la función preventiva de la sanción a personas jurídicas parece que debería ser particularmente operativa¹³⁴⁵.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha establecido por doble vía, en concreto, por la comisión de delitos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por quienes tienen poder de representación en las mismas, o por infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica debido control sobre sus empleados atendidas las circunstancias concretas del caso (art. 31 bis Cp), consideración ésta que evita -como se dice en el acápite VII

norma de comportamiento de una manera responsable, lo que implica que puedan ser destinatarias de la censura social ligada a la sanción. A través de la sanción penal frente a un comportamiento dañoso que perturba la paz social cometido por una persona jurídica se garantiza, junto con la vigencia de la norma, que la seriedad de la pretensión punitiva del Estado. [Artículo disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/download/97/92> (visitado el 22/06/2011)].

Excluyendo la retribución, que ha dado paso a las teorías de la prevención, general y especial, ya para HIRSCH, Hans Joachim. “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”. *ADPC*. t. XLVI, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 1099-1124, p. 113, si se observa el punto de vista de la prevención general, se advierte que él también se adecua a las corporaciones. Si se impone una sanción dineraria en contra de una asociación, el efecto frente a las demás asociaciones es totalmente comparable al que se produce frente a una multa impuesta a una persona individual ante las demás personas naturales. Como puede verse en el derecho de las contravenciones, si se impone una multa cuantiosa contra una sociedad anónima por un delito económico, entonces, las demás empresas pensarán bien si quieren arriesgarse a esa sanción. También es evidente el efecto de prevención especial. La asociación penada se cuidará, aún más que lo que ocurre con las personas naturales, de entrar otra vez en conflicto con la ley respectiva, a lo que se agrega que, por lo general, los socios, o accionistas, en su caso, presionarán para un buen comportamiento futuro a fin que las ganancias no se reduzcan como consecuencia de la disminución de las ventas producidas por los perjuicios a la reputación.

En opinión de NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. En: VV.AA. NIETO MARTÍN, Adán; MEJÍA PATIÑO, Omar A. (Eds.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ibagué: Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 171-204, pp. 185-185, en relación a los fines de la pena en el Derecho penal colectivo, los términos prevención general y especial resultan equívocos, siendo aquí el fin principal de la sanción la autoorganización de la empresa, un fin si se quiere mucho más cercano a la prevención especial en cuanto que equilibraría a la resocialización de las personas jurídicas, lo que no quiere decir que la sanción no puede atender otros fines como la reparación, la inocuidad o la prevención general positiva, sólo que estos son un tanto accesorios o coyunturales, si bien son importantes.

¹³⁴⁵ GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 18.

del Preámbulo de la LO 5/2010- una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

La responsabilidad penal de una persona jurídica vía «delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho» (art. 31 bis.1 párr. 1 Cp) supone ciertamente algún delito para el que expresamente está prevista en la Parte Especial del Código penal la responsabilidad penal de la persona jurídica, siendo la expresión “delitos cometidos” suficientemente amplia como para comprender el delito consumado y el intentado¹³⁴⁶ así como los tipos de autoría y los de participación¹³⁴⁷. De acuerdo al tenor literal del artículo 31 bis.1 párr. 1 Cp, se está ante un supuesto de responsabilidad objetiva por la actuación de otro, ya que quien debe cometer el delito no es la sociedad sino «sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho», sólo que esta consecuencia insatisfactoria se puede superar si se interpreta la norma restrictivamente, de modo que la responsabilidad penal de la persona jurídica sea posible sólo cuando el delito pueda imputarse a un defecto de organización de la sociedad, esto es, a una omisión del cuidado debido en la evitación de la comisión de delitos en su seno, cual sería el caso de la sociedad que no implementa mecanismos idóneos de prevención de los delitos que puedan cometer sus representantes legales o administradores de ella en su nombre o representación¹³⁴⁸.

¹³⁴⁶ Indica GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, op. cit., p. 58, la expresión legal “delito” debe entenderse no en sentido estricto de acción u omisión típica, antijurídica y culpable, ya que no se exige la individualización del responsable, sin lo cual es imposible constatar, por ejemplo, la existencia de culpabilidad por existencia de alguna causa de inimputabilidad, error de prohibición, etc., aparte que el artículo 31 bis 3 Cp parece aceptar expresamente la posibilidad que la persona física actuante no sea culpable.

¹³⁴⁷ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010”. Barcelona: Reppertor, 2010, pp. 1-70, p. 10.

¹³⁴⁸ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General...*”, op. cit., p. 11.

La responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos perpetrados por empleados sometidos a la autoridad de los representantes legales o administradores de la sociedad resulta de la circunstancia de cometerse el ilícito como consecuencia de sobre su autor -el empleado- no haberse «ejercido el debido control» (art. 31 bis.1 párr. 2 Cp), debiendo también acontecer que esa infracción esté expresamente prevista en la Parte Especial del Código penal como una de las que origina la responsabilidad penal de la persona jurídica¹³⁴⁹. Aquí, la responsabilidad penal se funda en la omisión del deber de vigilancia, omisión que, en puridad, podría producirse dolosa o imprudentemente (*culpa in vigilando*), sólo que una responsabilidad imprudente del ente colectivo es problemática, pues en el Código penal la incriminación de la imprudencia es excepcional (art. 12 Cp) y ni en el artículo 31 bis.1 párr. 2 ni en las disposiciones correspondientes de la Parte Especial del señalado Código hay referencia expresa a que la persona jurídica responda por la comisión de delitos imprudentes, y, es más, en el artículo y disposiciones precedentemente señalados el marco penal es único, con lo cual, si la sociedad pudiese responder penalmente por conductas tanto dolosas como imprudentes, se vulneraría evidentemente el principio de proporcionalidad. Asimismo, la norma tampoco distingue entre imprudencia leve y grave, ante lo cual caben dos posibles interpretaciones: excluir del precepto los supuestos de responsabilidad imprudente o bien admitirlos, pero únicamente cuando se trate de imprudencia grave¹³⁵⁰.

¹³⁴⁹ Basados en no ser directa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para BOLDOVA PASAMAR / RUEDA MARTÍN, “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”, *op. cit.*, p. 277, en: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability...*, *op. cit.*, se está ante una accesoriad restringida o limitada a la tipicidad y antijuridicidad de la conducta de la persona física, siendo irrelevante para la responsabilidad criminal del ente colectivo la culpabilidad, la penalidad y la perseguibilidad de la persona física, no pudiéndose, por tanto, atribuírsele a la persona moral la autoría directa del delito, así como tampoco la autoría mediata ni la coautoría en los términos previstos en la regulación legal actual de estas clases o categorías de autoría, sino, a lo más, una forma *sui generis* de participación.

¹³⁵⁰ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General...*”, *op. cit.*, pp. 13-14.

Para CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 72-73, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010, op. cit.*, en la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos cometidos por empleados subyace un cierto aroma fundamentador de la responsabilidad en los

La responsabilidad penal de la persona jurídica no sustituye a la de la correspondiente persona física sino que se acumula a la de ésta¹³⁵¹, no cabiendo extraer la conclusión contraria del hecho de que en la LO 5/2010, de 22 de junio, se eliminó, finalmente, la frase «la responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluirá la de las personas físicas a que se refiere el apartado anterior, ni la de éstas excluirá la responsabilidad penal de aquéllas», presente en el Anteproyecto 2009¹³⁵².

Según estima GÓMEZ MARTÍN, en apariencia la reforma consagra un modelo de heterorresponsabilidad¹³⁵³ de la sociedad, esto es, de responsabilidad de la empresa por el delito cometido por la persona física que actúe en su nombre o representación, tesis a cuyo favor juega el hecho que en las dos vías de imputación de responsabilidad penal a la sociedad, que prevé la LO 5/2010, presupuesto ineludible de esa responsabilidad es que el delito se haya cometido, en todo caso, por una persona física vinculada a la persona jurídica, y, además, en provecho de la sociedad. Puede todavía entenderse que el legislador previó un sistema de autorresponsabilidad¹³⁵⁴, o de

conceptos de reproche *in vigilando* o *in eligendo*, acuñados en su día para la responsabilidad civil extracontractual *ex art.* 1902 del Código Civil, lo que, aun cuando se pueda apreciar algún supuesto de dolo eventual, parece mucho más próximo a la imprudencia. Y, toda vez que el sistema de *numerus clausus* rige tanto para la responsabilidad de las personas jurídicas cuanto para la imprudencia, sin que los cruces entre ambas sean frecuentes, o hay una clara vulneración del principio de culpabilidad o la “responsabilidad por culpa” de las personas jurídicas es inviable en la mayoría de las ocasiones».

¹³⁵¹ Sobre este respecto, apunta ZUGALDÍA ESPINAR, “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, *op. cit.*, p. 19, «la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa, ya que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas *no tiene por finalidad, ni está pensada*, para evitar la asignación de responsabilidades individuales en estructuras jerárquicamente organizadas y complejas (como es la empresa)».

¹³⁵² GÓMEZ MARTÍN, “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General...*”, *op. cit.*, p. 8 y n.º 8.

¹³⁵³ Estos modelos, señala GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *RECPC*. 2006, núm. 08-05, pp. 05:1-05:27, p. 05:21, «[...] no encajan adecuadamente en el núcleo del Derecho penal y, por ello, no resulta extraño que se rechace la afirmación de que dichos modelos sean verdaderos sistemas de Derecho *penal*». (A. en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf> [visitado el 15/08/2011])

¹³⁵⁴ Ésta importa, indica GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial...”, *op. cit.*, p. 05:19, el que toda empresa debe comportarse (organizarse) autorresponsablemente de tal manera que nadie resulte dañado, esto es, que el riesgo permanezca dentro del ámbito empresarial, pasando la empresa a ser, de un mero actor económico basado en la lógica racional de

culpabilidad de la empresa por los propios actos, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es también exigible aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 bis.2 Cp) y, a su vez, son incommunicables las circunstancias modificativas de la responsabilidad de la persona física que comete el ilícito (art. 31 bis.3 Cp)¹³⁵⁵. Dice MARTÍNEZ PARDO, «El legislador español, tras la reforma de 2010, ha optado por un sistema mixto¹³⁵⁶ de imputación que parte de la hetero-responsabilidad empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la auto-responsabilidad penal (responsabilidad por el hecho propio). Resulta indiscutible que las conductas de las personas físicas adquieren una relevancia inicial. Éstas son el desencadenante de la responsabilidad de las personas jurídicas»¹³⁵⁷.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede ser exigida al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos¹³⁵⁸, a las organizaciones internacionales de Derecho público, ni a aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, supuestos en los que los órganos jurisdiccionales pueden efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que

los costes/beneficios, una persona jurídico-penal orientada por el esquema derechos/deberes, es decir, se constituye como un verdadero ciudadano fiel al Derecho.

¹³⁵⁵ Cfr. GÓMEZ MARTÍN, “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General...*”, op. cit., pp. 8-9.

¹³⁵⁶ Para NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. *Revista Xurídica Galega*. nº 63 (2009), pp. 44-70, pp. 54-57, se trata de un modelo vicarial [art. 31 bis 1, párr. 1, Cp] y de culpabilidad propia [art. 31 bis 1, párr. 2, Cp].

¹³⁵⁷ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *RIPJ*. núm. 26 (2011), pp. 61-78, pp. 69-70. (A. en: http://www.ripij.com/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf [visitado el 20/06/2011])

¹³⁵⁸ En opinión de ZUGALDÍA ESPINAR, “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, op. cit., p. 20, «por lo que a partidos políticos y sindicatos se refiere, la exclusión no abarcaría a las empresas participadas por ellos».

se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal¹³⁵⁹ (art. 31 bis.5 Cp).

Ahora, las penas aplicables a las personas jurídicas, todas las cuales tienen consideración de graves, son las siguientes:

1) *multa por cuotas*¹³⁶⁰ o *proporcional* (art. 33.7.a) Cp), teniendo aquella una extensión mínima de diez días y una máxima de cinco años (art. 50.3 Cp), la cuota diaria un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros, siendo igualmente los meses y años, a efectos de su cómputo, fijada así la duración (v. gr., art. 430 Cp: multa de seis meses a dos años), de treinta y de trescientos sesenta días, respectivamente (art. 50.4 Cp).

Conforme dispone el artículo 50.5 Cp, establecido el número de cuotas dentro del marco penal fijado para cada delito, el importe de cada cuota debe determinarse teniendo exclusivamente en cuenta la capacidad económica de la empresa¹³⁶¹, a la cual, por ello, y en tanto haya causa que lo justifique, se le

¹³⁵⁹ Según advierten CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 78, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.*, excluir del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado es enteramente razonablemente porque no es imaginable que éste cometa delitos contra sí y menos aun que se autoaplique penas de clase alguna, pero es discutible la exención de responsabilidad de Agencias, Entidades Públicas Empresariales, partidos políticos y sindicatos, resultando hasta cierto punto paradójico que tal decisión político criminal conviva con la vigencia de la Ley de Partidos políticos, que prevé auténticas penas y que, en cierta manera, ha sido precursora directa de la introducción en el Ordenamiento español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Tampoco queda claro sobre quien o qué recaerá la eventual declaración de responsabilidad penal, si sobre la “forma jurídica” o sobre quien la creó, ni si esa responsabilidad se produce por la ficción o por los hechos cometidos a su amparo.

¹³⁶⁰ Expone DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; MONTAÑÉS, Juan; RECHEA ALBEROLA, Cristina (Coords.). *Estudios de Criminología II*. 1ª ed. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 217-251, p. 234, el sistema de días-multa para la imposición de penas pecuniarias tiene gran significación en el Derecho penal económico pues sirve para adecuar el carácter retributivo e intimidante de la pena de multa, en la medida que su cuantía no está fijada previamente por el legislador en cantidades determinadas sino que debe judicialmente ser precisada en función de los beneficios económicos obtenidos por la infracción o del nivel económico de vida del infractor.

¹³⁶¹ En el mismo sentido DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 25, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

podría autorizar pagar la multa dentro de plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, o bien de una vez o en los plazos que se determinen, situación esta última en la que el impago de dos de ellos importará el vencimiento de los que restan (art. 50.6 Cp). Entonces, respecto del ente social procede que si después de la sentencia ha variado su situación económica pueda el Tribunal, excepcionalmente y debidamente indagado dicho estado, modificar el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago (art. 51 Cp).

Y, si como consecuencia de los mismos hechos se impone la pena de multa a la persona jurídica y a la concreta persona física responsable, los jueces o tribunales han de modular las respectivas cuantías de modo que la suma resultante no sea desproporcionada con la gravedad de aquéllos (art. 31 bis.2 Cp)¹³⁶².

Tratándose de la multa proporcional, que se designa así justamente por ser impuesta en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si no fuere posible el cálculo en base a dichos conceptos, el juez o Tribunal debe motivar la imposibilidad de proceder a dicho cálculo y se sustituye la multa por *multa de dos a cinco años*, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de cinco años, por *multa de uno a tres años*, si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión de más de dos años no incluida en la situación anterior, y por *multa de seis meses a dos años*, en los casos restantes (art. 52.4 Cp).

¹³⁶² Dice DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.* (Dirs.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.). *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. 3ª ed. (Corregida y adaptada a la LO 5/2010, de 22 de junio). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 285-298, p. 291, esta regla está prevista para casos de pequeñas empresas, en las que a efectos materiales la economía de la persona física del administrador y de la persona jurídica del ente colectivo coinciden en gran medida, por ello se acude a una fórmula que se emplea frecuentemente en la evitación del *bis in idem*.

Ya en fase de ejecución, según dispone el artículo 53.5 Cp, el pago de la multa puede fraccionarse cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de la empresa o el mantenimiento de sus puestos de trabajo, o cuando por otro motivo lo aconseje el interés general, y si la persona jurídica condenada no satisface, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiera señalado, el Tribunal puede ordenar la intervención de la persona jurídica hasta que se produzca el pago.

En lo práctico, aunque en Ordenamientos que han acogido la responsabilidad penal de las personas jurídicas (v. gr., Francia, Holanda) la multa constituye la pena principal, su imposición presenta no pocas dificultades, y entre éstas el si debe circunscribirse a una ecuación objetiva, esto es, determinarse conforme al nexo entre acción institucional y daño causado, o si deben considerarse factores externos a esta relación, como son, innegablemente, la consecuencia sobre la marcha de la empresa, el empleo laboral y la significación social inevitable, ya que extender sus efectos sobre terceros ajenos a la infracción (empleados, acreedores, público en general) es extraño al pretendido fin corrector de la disfuncionalidad que se atribuye a la pena. Otro problema es que el monto de la multa pueda ser trasladado a los precios, situación en la cual la sanción se diluye¹³⁶³, pudiendo ello sí neutralizarse si el castigo parte de las ganancias de la empresa y no del capital y va acompañada además de una medida de seguridad adecuada que permita el control de la actividad interna del ente colectivo¹³⁶⁴.

¹³⁶³ Para QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Economía e instrumentos represivos”. *Papers: Revista de Sociología*, n° 13 (1980), pp. 197-214, p. 214, resulta poco convincente la pena de multa, la que puede ser cargada a la partida de pérdidas, por lo que habrá que crear penas especiales que puedan ser “contramotivadoras”, y que, además, puedan aplicarse indistintamente a personas físicas y jurídicas, con lo que se aportaría al sistema sancionatorio, para estas últimas, disoluciones, inhabilitaciones, pérdidas de licencias, cierres, pérdidas de beneficios fiscales, incautación por la Administración, etc., medidas todas que pueden tener más carácter disuasorio que la pena individual, sea corta o larga.

¹³⁶⁴ Cfr. BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, pp. 264-265.

La pena de multa, que tiene una finalidad esencialmente preventiva¹³⁶⁵, es la pena básica del sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas por cuanto se contempla como pena obligatoria en todos los delitos que pueden originar tal responsabilidad.

2) *disolución de la persona jurídica*, que produce la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita (art. 33.7.b) Cp).

Esta pena, que significa la muerte civil de la persona jurídica, es una sanción que sin duda debe ser aplicada cuando la persona jurídica ha sido creada para la comisión de delitos o cuando decide una desviación de su objeto social dirigida a facilitar una actividad ilícita, cuestión de más compleja decisión si la acción delictiva no muestra estas modalidades y debe ser sólo mensurada por el daño causado¹³⁶⁶. Por sus consecuencias, que hacen de ella una de *ultima ratio*, esta sanción exige ser tan sólo impuesta en casos extremos, como cuando la empresa es de fachada o pantalla, situaciones en las que la falta o la menor importancia de una actividad empresarial real determinará por lo general que el impacto social sea mínimo¹³⁶⁷.

3) *suspensión de actividades*, por un plazo que no podrá exceder de cinco años (art. 33.7.c) Cp).

La suspensión apunta fundamentalmente a los delitos económicos del área de la competencia, donde el eje de la conducta gira en torno de la denominada

¹³⁶⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 25, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

¹³⁶⁶ BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, p.262.

¹³⁶⁷ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 27, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, ÍÑIGO (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

posición dominante, poniéndose freno al abuso de tal posición y en procura del reencauzamiento de la empresa¹³⁶⁸.

4) *clausura de locales y establecimientos*, por un plazo que no podrá exceder de cinco años (art. 33.7.d) Cp).

5) *prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*, ya definitiva, ya temporalmente, caso en que el plazo de prohibición no puede exceder de quince años (art. 33.7.e) Cp).

6) *inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social*, por un plazo que no podrá exceder de quince años (art. 33.7.f) Cp).

La actividad empresarial, bajo el contexto económico actual, se desarrolla recurriendo permanentemente a subsidios, beneficios tributarios, créditos, licitaciones, etc., por lo mismo, el aprovechamiento distorsionado de estos mecanismos acarrea su contrapartida, esto es, la decisión del Estado de recomponer el proceso normal del sistema económico y de las prácticas comerciales, neutralizando sus disfunciones.

7) *intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores*, por el tiempo que se estime necesario, el que no puede exceder de cinco años (art. 33.7.g) Cp).

Esta intervención, cuyo contenido determinará exactamente el juez o Tribunal en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, puede afectar a la

¹³⁶⁸ BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, op. cit., p. 267.

totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. La intervención puede modificarse o suspenderse en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal (art. 33.7.g) párr. 2 Cp).

Previo a la reforma de la LO 5/2010, de 22 de junio, se contemplaban todas estas penas, con excepción de la multa, como consecuencias accesorias en el artículo 129 Cp. Nuevamente exceptuada la multa, prevista para todo caso a menos que se trate de criminalidad organizada, en que la sanción puede ser cualquiera del 33.7 Cp (art. 570 quáter 1 Cp), estas penas también conforman un catálogo mayoritariamente abierto por cuanto, con la sola exclusión antedicha, respecto de los ilícitos susceptibles de originar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha dispuesto que «Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33»¹³⁶⁹.

La pena de disolución y demás interdictivas previstas en el art. 33.7 letras b) a g), Cp, en concepto de DOPICO GÓMEZ-ALLER, aparte de una función preventiva-general, tienen una clara vocación preventivo especial, cual es el que buscan controlar o inocuizar, de modo temporal o incluso definitivo, a una persona jurídica que ha revelado una especial peligrosidad, y su función preponderantemente preventivo-especial no las convierte en medidas de seguridad¹³⁷⁰.

Instaurada la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una reforma innegablemente de gran calado, podría en ella, como manifiestan

¹³⁶⁹ Vid. CpE arts. 156 bis, 177 bis 7, 189 bis, 197.3, 251 bis, 261 bis, 264.4, 288.2, 302.2, 310 bis, 318 bis 4, 319.4, 327, 328.6, 343.3, 348.3, 369 bis, 399 bis 1, 427.2, 430, 445.2 y 576 bis 3.

¹³⁷⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 26, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

CARBONELL MATEU y MORALES PRATS, haberse comprendido alguna otra pena, que parece adecuada desde el punto de vista político-criminal y de los fines preventivos de la pena, como, por ejemplo, la prohibición de publicidad futura de la empresa respecto de actividades o productos relacionados con la comisión del delito (con un marco de pena que no exceda de cinco años)¹³⁷¹, o bien la publicidad de la sentencia¹³⁷², que, como apunta BAIGÚN, en el ámbito del mercado, genera efectos significativos, no sólo por la ejemplaridad de la sanción en sí sino también porque importa una descalificación del agrupamiento societario y, a no ser que se trate de una multa intrascendente, cuya aplicación no es aconsejable, en los demás casos la publicidad obra como una real agravante de la pena, aunque se la ubique como pena autónoma¹³⁷³.

3.4.1. Reglas para la aplicación de la pena a las personas jurídicas

Siendo la pena básica la de multa y obvio que por su naturaleza y delitos legalmente posibles no le conciernen la *mixta de parentesco* ni muchas de las agravantes genéricas que se contemplan, además que tienen su propio catálogo de atenuantes (art. 31 bis.4 letras a), b), c) y d) Cp) -lo que no debiera necesariamente excluir algunas genéricas-, la aplicación de las penas a ser impuestas a las personas jurídicas, acorde el artículo 66 bis Cp, se rige

¹³⁷¹ CARBONELL MATEU / MORALES PRATS, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 79, en: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, *op. cit.*

¹³⁷² Justamente, expone DE VICENTE MARTÍNEZ, “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, *op. cit.*, p. 247, en: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; MONTAÑÉS, Juan; RECHEA ALBEROLA, Cristina (Coords.). *Estudios de Criminología II*, *op. cit.*, «Otra sanción posible aplicable tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas es la publicidad de la sentencia, que supone un efectivo y real daño a las personas jurídicas».

¹³⁷³ BAIGÚN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*, *op. cit.*, p. 268.

También crítico ZUGALDÍA ESPINAR, “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”, *op. cit.*, pp. 30-31, quien refiere la “pobreza del sistema de penas aplicables” a los entes colectivos, estimando que el catálogo penal de éstos podría haberse ampliado con la amonestación pública o privada y la publicación de la sentencia, no habiéndose decidido tampoco el legislador por la previsión de otras penas como la caución de conducta, la vigilancia judicial o la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha dado origen a la responsabilidad.

por (vistas como circunstancias de eficacia extraordinaria y ordinarias modificativas de responsabilidad y por lo que se está a lo dicho a su respecto) las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del apartado 1 del artículo 66 del mismo Código, y teniéndose siempre en cuenta que *la pena sea necesaria para prevenir la continuidad de la actividad delictivas o de sus efectos, sus consecuencias económicas y sociales -en especial los efectos para los trabajadores- y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control* (art. 66 bis 1ª letras a), b) y c) Cp).

El ser la pena necesaria para prevenir la continuidad delictiva dice relación con existir riesgo de que la persona jurídica cometa un nuevo delito y con las características de aquel -o aquellos- por el cual fue condenada y, por lo mismo, una infracción distinta a las descritas no amerita imponer pena. La contemplación del impacto social mira a impedir que los efectos colaterales de la sentencia sean desastrosos, cual ocurriría si se afecta a gran número de trabajadores, por lo que la sanción habrá de ser dispuesta para situaciones muy graves y en los que la peligrosidad de la entidad no es susceptible de ser encauzada por medios menos agresivos, por ejemplo, una intervención judicial. El puesto que dentro de la jerarquía empresarial ocupa quien ha incumplido el deber de control es un tópico más problemático porque a primera vista da a entender que cabe imponer el correspondiente castigo cuando quien infringió el deber de cuidado es incluso un mero empleado de la entidad, lo que impone una interpretación sistemática que exige, por ejemplo, a que al menos exista un fallo organizativo, una ausencia de una política y medidas de control y de prevención del delito en cuestión, o que sea directamente imputable a sus administradores¹³⁷⁴.

¹³⁷⁴ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, pp. 30-31, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

Con las estimaciones señaladas y al tenor de las reglas referidas, supuesto que vengan establecidas por las disposiciones del Lib. II, se decide acerca de la imposición y la extensión de las penas previstas en el artículo 33.7 letras b) a g) Cp, esto es, *disolución, suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, inhabilitación, intervención judicial.*

Siendo impuesta con duración limitada la pena de *suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, inhabilitación, de intervención judicial*, la duración de la pena no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física (art. 66 bis 2ª párr. 1 Cp). Para imponer estas penas por plazo superior a dos años será necesario que la persona jurídica sea reincidente o sea utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que se está ante este último supuesto si la actividad legal de la persona jurídica es menos relevante que su actividad ilegal¹³⁷⁵ (art. 66 bis.2ª párr. 2 letras a) y b) Cp).

Si se trata de la imposición de la pena de disolución o con carácter permanente de la de prohibición de actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, o de esta última y de la de inhabilitación por un plazo superior a cinco años, es necesario que se esté ante el supuesto de hecho previsto en el artículo 66.1.5ª Cp, esto es, concurrencia de al menos tres veces de la agravante de reincidencia, o bien que la persona jurídica sea utilizada instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, entendiéndose que ello sucede siempre que la actividad legal de la persona

¹³⁷⁵ Esta consideración legal un «criterio poco acertado» dice DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 295 [n. al pie], en: VV.AA. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.* (Dirs.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.). *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, op. cit.*

jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal (art. 66 bis 2ª párr. 3 letras a) y b) Cp).

La pena de multa¹³⁷⁶ se somete a la determinación resultante de aplicar las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del apartado 1 del artículo 66 Cp, por expresa previsión del párr. 1 del art. 66 bis del mismo Código, pero a efectos de su duración no está afecta a las específicas reglas de esta última norma por cuanto ella no la incluyó en sus previsiones, es decir, rigen *in integrum* los -ya tratados- artículos 50.3.4., 52.4 y 53.5 Cp.

En cuanto a modificativas de responsabilidad penal, como se dijo, el artículo 31 bis.4 Cp establece un catálogo de atenuantes y al efecto se vale de la expresión «sólo podrán considerarse», lo que indicaría que no hay más, o sea, no cuentan las genéricas del artículo 21 Cp¹³⁷⁷, pero, desde luego, esa interpretación, si bien varias de aquéllas por su carácter no podrían estimarse (v. gr., Cp art. 21.1ª¹³⁷⁸.2ª.3ª Cp), pugna con el que algunas, y porque su misma naturaleza no lo impide, son posibles de aplicar, como ser las atenuantes de dilación extraordinaria e indebida (art. 21.6ª Cp), o las que dimanen de tipos privilegiados o la analógica (art. 21.7ª Cp), más todavía que la única pena lícita es la adecuada a la gravedad de la culpabilidad¹³⁷⁹, para

¹³⁷⁶ Se excluye la multa proporcional porque teniendo ésta que imponerse dentro de los límites fijados para cada delito (art. 52.2 Cp) no puede ser determinada en su grado superior por falta de regla específica para ello [*vid. supra* n. 1298 (STS 895/2008)].

¹³⁷⁷ De igual opinión DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 32, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*

¹³⁷⁸ Quizás una excepción un estado de necesidad incompleto, y pensando, p. ej, en un delito contra el medio ambiente, como ser extraer ilegalmente aguas en período de restricción (art. 327 f) Cp), castigado con multa de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista pena de prisión superior a cinco años y con multa de uno a tres años en los demás casos (art. 327 Cp).

¹³⁷⁹ Sobre este respecto dice BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, pp. 168-170, el principio de culpabilidad, cuyos fundamentos son el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), hace ilegítima toda pena que presuponga la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma, y por ello, desde los presupuestos de la pena, sólo es admisible una responsabilidad fundada en dolo o imprudencia (art. 4.6 Cp), debe reconocerse el error sobre los hechos y, por lo menos, de la antijuridicidad (art. 14 Cp), siendo únicamente responsable quien tiene las condiciones espirituales para cumplir con el Derecho (arts. 19 y 20.1ª.2ª.3ª Cp), y, en relación a la individualización de la pena, la pena debe ser proporcionada a la gravedad de la culpabilidad y las

cuya medición ciertamente hay que valorar todas las circunstancias que concurren¹³⁸⁰.

De acuerdo al citado artículo 31 bis.4 letras a), b), c) y d) Cp, sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, posterior a cometido el delito y a través de sus representantes legales, el haber procedido a confesar la infracción a las autoridades antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos, reparar o disminuir el daño causado por el delito en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral, y el haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica¹³⁸¹.

Como se manifestó, sin duda que no le es aplicable a una persona jurídica la modificativa *mixta de parentesco*, ni tampoco muchas de las agravantes existentes, por ejemplo, alevosía (art. 22.1ª Cp), ensañamiento (art. 22.5ª Cp), prevalerse del carácter público del culpable (art. 22.7ª Cp), las que no sólo no

necesidades preventivas generales y especiales no pueden justificar una pena que supere en gravedad a la de la culpabilidad.

STS 1263/1990, de 6 de abril (F.j. 1), N° Roj: 10325/1990: «el art. 10.1ª de la Constitución Española en tanto considera que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, impone un derecho penal respetuoso del principio de la culpabilidad por el hecho concretamente cometido. Dicho principio, a su vez, determina que la pena imponible no debe superar la medida determinada por la gravedad de tal culpabilidad por el hecho».

¹³⁸⁰ Como bien señala BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En: VV.AA. *Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*. Cuadernos penales José María Lidón (n° 8). Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, pp. 15-38, p. 29, es evidente que el art. 31 bis.4 Cp no puede entenderse en sentido excluyente ya que de lo contrario se estarían limitando derechos fundamentales de la persona jurídica.

¹³⁸¹ Indica DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad de personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 32, en: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*, *op. cit.*, «la función de estas atenuantes es claramente promocional: buscan promover la colaboración con la Justicia y la adopción de buenas prácticas preventivas, y a cambio ofrecen a la persona jurídica una rebaja en su pena».

compatibilizan fácilmente sino que además su imputación subjetiva no es compatible con el carácter de la modalidad delictiva que se atribuye a la persona jurídica, pero, como el legislador guarda silencio, esto es, no contempla una previsión específica de las mismas para el ente colectivo, serían de consideración las del artículo 22 Cp, en la medida que sea posible¹³⁸², que por su naturaleza sean aplicables a las personas jurídicas¹³⁸³, por ejemplo, actuar mediante precio, recompensa o promesa (art. 22.3ª Cp).

Instauradas soslayadamente, son agravantes la *reincidencia* (art. 22.8ª Cp) y la *multirreincidencia* (art. 66.5ª Cp) -causa de eficacia extraordinaria-, previstas en el art. 66 bis Cp, en su regla 2ª párr. 1 letra a) la primera y a objeto de imponer las penas contenidas en las letras c) a g) del artículo 33.7 Cp por plazo superior a dos años y en su regla 2ª párr. 3 letra a) la segunda y a fin de decretar la pena de disolución o con carácter permanente la de prohibición de actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito, o de la última y la de inhabilitación por un plazo superior a cinco años, lo mismo que, a efectos de aplicar las antedichas sanciones, según dispone el artículo 66 bis Cp regla 2ª párrafos 1 letra b) y 3 letra b), la *utilización instrumental de la persona jurídica para cometer ilícitos penales*.

¹³⁸² Así DOPICO GÓMEZ-ALLER, *ibid.*

¹³⁸³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *op. cit.*, p. 296, en: VV.AA. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.* (Dir.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.). *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena, op. cit.*

3.5. *La pena en la legislación chilena*

El sistema de penas actualmente vigente en Chile refleja el clásico, diseñado por el pensamiento liberal del iluminismo, que se caracterizó por proponer una variada cantidad de penas para las distintas infracciones. El sistema chileno, cuyo catálogo punitivo es cuantioso, obedece a un propósito de contar con recursos suficientes para dar máxima rigidez al mecanismo de determinación de la pena, dejándolo a salvo como sea posible de la arbitrariedad judicial, fin este último determinante de la fisonomía de todo el sistema. Con afán de reducir las facultades de los Tribunales, los Códigos penales decimonónicos derivados del francés, entre los que se cuenta el Código chileno, establecieron un régimen por el cual se procuraba que la pena a imponerse concretamente lo fuera mediante operaciones casi matemáticas, por ende poco flexibles, siendo los márgenes de que goza el juez para adecuar la reacción punitiva a la culpabilidad del individuo muy estrechos, incluso con prescripción dentro de ellos de la conducta a seguir, quedando notablemente disminuida la posibilidad de individualizar la pena¹³⁸⁴. La estrechez de campo de actuación para los Tribunales se ve también en la escasez de penas alternativas, aunque hay que reconocer que los jueces tampoco son muy dados a sacar partido a la puerta que abre el artículo 69 del Cp al prescribir que dentro de los límites de cada grado, la cuantía de la pena se determinará atendiendo no sólo al número y entidad de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal sino que también según sea la mayor o menor extensión del mal producido por el delito.

El CpCh en su artículo 20 -tal como en su caso el texto punitivo español- refiere todas las situaciones que, por su misma naturaleza, no se reputan pena, aquéllas, específicamente, «la privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la

¹³⁸⁴ Así CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 699.

separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas».

El Código penal -como se dijo en la *Introducción* del Cap. I en n. 2- no refiere genéricamente el hecho criminal como *infracción*, ésta en específico *delito*, el que puede ser grave o menos grave, o *falta*, ambos una acción u omisión dolosa o imprudente penada por la ley (arts. 10 y 13 CpE), sino que como *delito* (art. 1) y *cuasidelito* (art. 2), una acción u omisión voluntaria penada por la ley cometida con dolo o sólo con culpa, respectivamente, los que, atendida su gravedad, se dividen en *crímenes*, *simples delitos* y *faltas*, y se califican de tal según la pena que les está asignada en la respectiva Escala General (arts. 3 y 4).

La importancia fundamental de la división de los delitos en crímenes, simples delitos y faltas dice relación con la prescripción, siendo distintos los plazos según de cuál se trate. Así, la acción penal y la pena prescriben en seis meses si es una falta, en cinco años si es un simple delito, y en diez años en caso de crimen, salvo que éste tenga asignada pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, en que la prescripción es de quince años (arts. 94 y 97 Cp). Pero hay también importantes diferencias¹³⁸⁵ entre los crímenes y

¹³⁸⁵ En cuanto dispone el art. 104 Cp que «Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15 y 16 del artículo 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos», COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 306, señala como otra diferencia el que la agravante de reincidencia [que es la *propia*] prescribe en caso de crímenes y simples delitos pero nunca en las faltas, por no existir disposición alguna sobre la materia.

Extrañamente ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, pp. 33-34, al tratar esta reincidencia, como el art. 104 Cp se refiere a crímenes y simples delitos, admite que una interpretación posible es que la reincidencia de las faltas jamás prescribe, pero enseguida, cuando toca hablar de la prescripción de la reincidencia, se remite sólo a la norma aludida y omite toda mención en relación a las faltas, camino seguido por muchos autores, así, p. ej., CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 514; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2001, p. 216; KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. “Artículos 12 y

simples delitos, éstos considerados en su conjunto, y las faltas: 1) con excepción de la de hurto frustrada (494 bis Cp), las faltas sólo se penan si están consumadas (art. 9 Cp); 2) la conspiración y proposición, excepcionalmente punibles conforme el art. 8 Cp, comprende a los simples delitos y crímenes pero no a las faltas; 3) no se castiga el encubrimiento de una falta en cuanto dicha conducta el artículo 17 Cp la define sólo respecto de crimen y simple delito; 4) los cómplices de una falta no están sujetos a las reglas generales de penalidad (arts. 51, 52 y 53 Cp), esto es, no se les aplica la pena inferior en grado a la prevista por la ley para el delito sino que una que no exceda de la mitad de la que corresponde al autor (art. 498 Cp); 5) la comisión de una falta no interrumpe la prescripción de la acción penal o de la pena (arts. 96 y 99 Cp); 6) la regla del artículo 100 Cp para el cómputo de los plazos de prescripción, que rige únicamente para el cómputo de los años, contándose por uno cada dos días cuando el responsable se ha ausentado del país, no se aplica a las faltas cuya prescripción es de 6 meses; 7) el comiso en las faltas es sólo facultativo (art. 500 Cp); 8) las faltas están excluidas de la extradición, que procede sólo respecto de crímenes y simples delitos¹³⁸⁶; 9) la jurisdicción extraterritorial de los Tribunales chilenos, como dispone el

13". En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 187-227, p. 218; NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 88-89.

No obstante, la ley 20.140 (DO 30/12/2006), modificando el art. 494 bis, sobre falta de hurto, y a través de los incs. 4 y 5 de esta norma, hace una acotadísima excepción al art. 104 Cp, estableciendo que «En caso de reincidencia en hurto falta frustrado, se duplicará la multa aplicada. Se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento. Si el responsable ha reincido dos o más veces se triplicará la multa aplicada», «La agravante [...] prescribirá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 104. Tratándose de faltas, el término de la prescripción será de seis meses». Por lo mismo, y evidente que no resiste análisis que delitos de ínfima importancia sean de más relevancia futura que otros de máxima significación, el art. 104 Cp habría que interpretarlo analógicamente y resolver, de *lege ferenda*, que las agravantes de los números 15 y 16 del art. 12 no se tomarán en cuenta “después de seis meses tratándose de faltas”, lapso por demás que, tal como pasa con respecto a la de crimen y simple delito, coincide con el general de prescripción de la acción penal y de la pena correspondiente a la infracción menor de que se trata.

¹³⁸⁶ Conforme al art. 431 incs. 1 y 3 CppCh, se requiere para la extradición *activa* que se «haya formalizado la investigación por delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad cuya duración mínima excediere de un año, [...]» o que se pretenda «hacer cumplir [...] una sentencia definitiva condenatoria a una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo superior a un año», y para la *pasiva*, acorde al art. 440 Cpp, que se trate de «imputados de un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año».

artículo 6 Cot -y en el mismo sentido el art. 6 Cp-, sólo comprende a los crímenes y simples delitos, pero no a las faltas.

Más discutible es la división de los cuasidelitos en crímenes, simples delitos y faltas (*cuasicrímenes, cuasisimples delitos y cuasifaltas*¹³⁸⁷) porque no hay falta culposa de acuerdo a la cláusula general del delito culposo contemplada en el artículo 490 Cp, que sólo opera respecto de crímenes y simples delitos, salva la excepción de la faltas de los artículos 494 N° 10¹³⁸⁸ y 495 N° 21 Cp, esta última de daños y que, como bien dice BUSTOS RAMÍREZ, «raya los límites de la excentricidad, toda vez que el delito de daños (arts. 484 y ss.) sólo admite el dolo»¹³⁸⁹, también que, por la pena asignada, mayoritariamente los cuasidelitos son simples delitos¹³⁹⁰ y no hay alguno con pena de crimen como no sea otro que la prevaricación judicial del artículo 224 N° 1 Cp (inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medio).

Ya por su *gravedad*, que para medirla toma factores como su extensión y la afección de la libertad, privación y/o restricción de ésta, o la cantidad, si la pena es pecuniaria, que es la situación de la multa, y cómo afecta derechos, por ejemplo, inhabilitación, suspensión, el Cp chileno, en el § 2. *De la clasificación de las penas*, del Título III, artículo 21, distingue penas de *crímenes, simples delitos y faltas*.

¹³⁸⁷ Así NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 239.

¹³⁸⁸ «Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales [...] El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas».

¹³⁸⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. “Artículos 1° a 4°”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 51-66, p. 66.

¹³⁹⁰ P. ej., art. 234 Cp: «El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares [...], incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos».

Acorde con la previsión del artículo 3 Cp, en relación con los arts. 21 y 25 del mismo Código, por ejemplo, son *crímenes* los delitos cuya pena legalmente fijada *in abstracto*¹³⁹¹ es *privativa* [presidio o reclusión] o *restrictiva* [confinamiento, extrañamiento o relegación] de libertad *perpetua* o ya *mayor*, cuya duración es entre 5 años y 1 día y 20 años, o inhabilitación para algún cargo u oficio público o profesión titular, independientemente de su duración temporal (salvo la inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, pues es pena de crimen y de simple delito), o multa de más de 20 y hasta 30 Unidades Tributarias Mensuales¹³⁹² (UTM); *simples delitos* todo hecho punible cuya pena prevista es *privativa* [presidio o reclusión] o *restrictiva* [confinamiento, extrañamiento, relegación o destierro] de libertad *menor*, cuya duración es entre 61 días y 5 años, o suspensión de cargo u oficio público o profesión titular o multa de más de 4 y hasta 20 UTM; y *faltas* toda infracción cuya pena fijada es prisión, cuya duración es entre 1 y 60 días, o multa de hasta 4 UTM, siendo la regla general la pena de multa de 1 a 4 UTM (Cp, arts. 494, 495, 496 y 497), dispuesta además, excepcionalmente, para la falta de hurto frustrada (art. 494 bis inc. 2 Cp), falta para la que se prevé prisión en su grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM (art. 494 bis inc. 1 Cp). Tratándose de la falta de daño causado por ganado, si la heredad está cerrada y entra ganado vacuno, caballar, mular o asnal, multa, se establece, por cada cabeza de ganado, multa de 1 UTM, y de 1/5 de UTM si la heredad tiene arbolado y entra ganado lanar o cabrío, y ya el tanto del daño causado a un tercio más, si fuere otra especie, o si el ganado no es lanar o

¹³⁹¹ En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, “Artículos 1° a 4°”, *op. cit.*, p. 64, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, *op. cit.*; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 172; CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 249.

¹³⁹² Al 12 de octubre de 2007, 1 UTM es igual a \$ 33.749, que equivalen € 47,953802 (al 23 de junio de 2013, 1 UTM es igual a \$ 40.085, que equivalen a €59,35265).

cabrió y la heredad no tiene arbolado (art. 497 Cp). Para la falta de perjurio se dispone prisión en cualquiera de sus grados (art. 212 Cp).

Eso sí, aunque el monto de la multa clasifica los delitos en crímenes, simples delitos y faltas, no pudiendo el mismo exceder, respectivamente, de 30, 20 y 4 UTM, en determinadas infracciones, por su gravedad, pueden contemplarse multas de cuantía superior (art. 25 inc. 6 Cp).

Si un delito tuviera prevista pena de simple delito y de crimen, cual sucede, por ejemplo, con la mutilación de un miembro importante, que se castiga con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo (art. 396 Cp), la pena más grave determina la clasificación¹³⁹³, siendo por tanto, para todo efecto, un “crimen” dicha mutilación. Si la infracción tuviere asignada pena compuesta, extrapolarlo el artículo 94 Cp, la clasificación se determina por la pena privativa de libertad¹³⁹⁴ y de acuerdo a la mayor si no hubiera aquella¹³⁹⁵. El monto de la multa fijado por la ley determina la clasificación del delito pero esto no impide que por lo grave de la infracción, la cual mantiene su calificación, se disponga la sanción pecuniaria con cuantía superior a la que legalmente se establece como regla general, como acontece, por ejemplo, con los delitos -simples delitos todos- de maltrato animal, castigado con «presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de dos a treinta unidades tributarias mensuales, o sólo con esta última» (art. 291 bis Cp), y de fabricación o expendio de medicamentos deteriorados o

¹³⁹³ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 249; BUSTOS RAMÍREZ, “Artículos 1° a 4°”, op. cit., p. 65, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, op. cit.

¹³⁹⁴ Así, p. ej., el cohecho pasivo propio agravado del art. 248 bis Cp, que dispone como sanción para el funcionario público «reclusión menor en su grado medio, [...] inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado».

¹³⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, “Artículos 1° a 4°”, op. cit., p. 65, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, op. cit.

adulterados, sancionado con «presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de seis a cincuenta unidades tributarias mensuales» (art. 313 d) Cp). Por ende es *crimen* el homicidio -de acuerdo con la nominación doctrinaria- *calificado* (art. 391 N° 1 Cp: presidio mayor en su grado medio [10 años y un día a 15 años] a presidio perpetuo) y *simple* (art. 391 N° 2 Cp: presidio mayor en sus grados mínimo a medio [5 años y un día a 15 años]), es *simple delito* el homicidio cometido en riña o pelea sin constar el autor de la muerte sino sólo quien causó lesiones graves (art. 392 inc. 1 Cp: presidio menor en su grado máximo [3 años y 1 día a 5 años]), y es *falta* el dar espectáculo públicos sin licencia de la autoridad, o traspasando la que se le hubiere concedido (art. 495 N° 8 Cp: multa de 1 a 4 UTM)¹³⁹⁶.

3.5.1. Penas de crímenes

De acuerdo al artículo 21 Cp, son penas de crimen:

1) *presidio perpetuo calificado*, que priva de libertad al condenado de por vida, bajo un régimen especial de cumplimiento, y lleva consigo la

¹³⁹⁶ Leyes especiales amplían el catálogo, por ejemplo, la L 20.000/2005 de drogas, la L 19.925/2004 de alcoholes, el Cjm (Decreto 2.226/1944). La legislación sobre drogas, a más de las propias del Código, tales como presidio, reclusión, relegación, multa (v. gr., art. 10), caución (v. gr., art. 40), comiso (v. gr., art. 45), dispone penas de *clausura de establecimiento* (v. gr., art. 5 inc. 2 y art. 7), *prohibición perpetua de participar en otro establecimiento de igual naturaleza* (art. 7), *asistencia obligatoria a programas de prevención o tratamiento o rehabilitación* (v. gr., art. 50 b)], *participación en actividades determinadas a beneficio de la comunidad o en cursos de capacitación* (v. gr., art. 50 c)]. La ley de alcoholes, a las propias del Código de prisión y multa, también prevé pena de *clausura de establecimiento* (art. 42). El Cjm establece la pena de degradación (arts. 228 y 241) y deja subsistente en su ámbito -similar a como ocurre en la legislación hispana (art. 15 CE)- la pena de muerte, la que, según dispone el art. 19 N° 1 inc. 3 CCh, «[...] sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado». En lo concreto, el Cjm prevé la pena capital en los arts. 244; 270 inc. 2; 272 inc. 2; 287 inc. 1; 288; 303 inc. 1; 304 N° 1; 327 inc. 3 [la pena está establecida para tiempo de guerra]; 336 N° 1; 337 N° 1; 339 N° 1 [se establece la pena para tiempo de guerra por referencia a que se cometa el delito «frente al enemigo»]; 347 inc. 3; 354 (da lugar a la pena de muerte porque para el robo de material de guerra establece que se aplique la pena superior [lo mismo en el hurto] uno, dos o tres grados a la señalada por el Cp para el delito); 379 inc. 1; 383 N° 1; 384 inc. 1; 385 inc. 1; 391 N° 1 y 392 inc. 1. Su ejecución, conforme prescribe el art. 240 incs. 1 y 2 Cjm, ha de llevarse a cabo ordinariamente de día, con la publicidad y en la forma que determinen los reglamentos que dicte el Presidente de la República, y al día siguiente de notificado el condenado del "cúmplase" de la respectiva sentencia, debiendo en tiempo de guerra procederse a la ejecución inmediata de las sentencias de muerte, cuando el delito exija un pronto y ejemplar castigo a juicio del General en Jefe del Ejército o Comandante de la plaza sitiada o bloqueada por el enemigo.

inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el *máximum* que establece el mismo Código (arts. 32 bis y 27 Cp). Esta pena sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del establecimiento penal respectivo (art. 32 Cp).

El condenado, durante el cumplimiento del presidio perpetuo, puede obtener la libertad condicional transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, no puede ser favorecido con beneficio alguno de los contemplados en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, o cualquier otro cuerpo legal o reglamentario, que importe su puesta en libertad, aun en forma transitoria, permitida solamente su salida, con las medidas de seguridad que se requieran, cuando su cónyuge o alguno de sus padres o hijos esté en inminente riesgo de muerte o haya fallecido, y no puede favorecerse por las leyes que concedan amnistía ni indultos generales, salvo que se le hagan expresamente aplicables, procediendo el indulto particular por razones de Estado o por el padecimiento de un estado de salud grave e irrecuperable, debidamente acreditado, que importe inmediato riesgo de muerte o inutilidad física de tal magnitud que impida valerse por sí mismo (art. 32 bis 1^a.2^a.3^a Cp).

Esta pena surge a propósito de eliminar ya totalmente la pena de muerte, la que tendría entonces que ser sustituida por el presidio perpetuo, el cual inicialmente no se preveía con la severidad de ahora¹³⁹⁷ y justificó su instauración -en palabras del Presidente de la República- en la necesidad de

¹³⁹⁷ Exactamente, al tiempo de presentarse en el Senado la moción que inicia el proyecto de ley que deroga la pena de muerte (Boletín 2367-07), se señala que «Los propósitos retributivo, rehabilitador y ejemplificador de la pena pueden ser más adecuada y eficientemente obtenidos sustituyendo la pena de muerte por la de presidio perpetuo, y, al mismo tiempo, elevando el número de años -de veinte a treinta años e[1] período al cabo del cual a los condenados a presidio perpetuo se les puede conceder el beneficio de la libertad condicional». (Boletín 2367-07 en: http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?2367-07 [moción en: Tramitación: 14/07/1999: Ingreso de proyecto: Primer trámite constitucional/Senado] [visitado el 15/12/2007]).

«establecer una alternativa que sea aún más eficaz para la represión de los delitos más graves [...] a extremo tal que el condenado cumpla una pena de por vida, estableciéndose por regla general que el delincuente cumpla el presidio perpetuo efectivo».

El carácter absolutamente *inocuzante* del presidio perpetuo calificado, que responde a una finalidad de prevención especial negativa, podría mitigarse mediante la libertad condicional¹³⁹⁸, más aún que una prolongada privación de libertad, junto con no compatibilizar con la readaptación y reinserción social del penado, puede llegar a ser inhumana o degradante¹³⁹⁹, sobre todo si las condiciones de cumplimiento sólo miran, en lo fundamental, a asegurar básicamente la falta de libertad.

2) *presidio perpetuo*, que priva de libertad al condenado de por vida y lleva consigo la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el *máximum* que establece el mismo Código (art. 27 Cp), pudiendo sí obtenerse la libertad condicional cumplidos veinte años de condena¹⁴⁰⁰ (art. 3 inc. 2 DL 321/1925) y determinados requisitos de

¹³⁹⁸ Así, p. ej., § 57a. (1), en relación con § 57, párr. 1, frase 1, numeral 2 y 3, StGB, que establece que el Tribunal puede suspender la ejecución del resto de la pena privativa de la libertad perpetua para conceder la libertad condicional cuando se hayan cumplido quince años de la pena, la especial gravedad de la culpa del condenado no imponga el ulterior cumplimiento y, finalmente, ello se justifica en consideración al interés de seguridad de la comunidad y el condenado da su consentimiento.

¹³⁹⁹ En igual sentido GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución...*, op. cit., p. 24.

¹⁴⁰⁰ Desde el 23 de julio de 2005, por Artículo único de la L 20.042, que incorpora un inciso final (6°) al art. 3 DL 321/1925, en caso de condenados a presidio perpetuo por delitos terroristas y por delitos sancionados en otros cuerpos legales, la libertad condicional procede si se han cumplido diez años de pena y en cuanto dichas infracciones se hayan cometido entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998 y el condenado suscriba previamente una declaración que contenga una renuncia inequívoca al uso de la violencia.

Asimismo, acorde el DL 321/1925, con las demás penas privativas de libertad, y en tanto se cumplan determinados requisitos de conducta (art. 2 números 2, 3 y 4), como ser comportamiento intachable en el recinto penitenciario (art. 2 N° 2), la concesión de la libertad condicional requiere que se haya cumplido la mitad de la pena, si la impuesta es de duración superior a un año (art. 2 N° 1), o cumplido dos tercios de la pena, si la condena fue por delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, tráfico ilícito de migrantes y de personas, o elaboración y tráfico de estupefacientes, o cumplido diez años de la pena, si se impuso pena por más de veinte años, o cumplido tres años de la pena, si la condena es por hurto o estafa a más de seis años (art. 3 incs. 3, 4 y 5).

conducta (art. 2 DL 321/1925). Esta pena sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del establecimiento penal respectivo (art. 32 Cp).

3) *reclusión perpetua*, que priva de libertad al condenado de por vida y lleva consigo la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el *máximum* que establece el mismo Código (art. 27 Cp), pudiendo sí obtenerse la libertad condicional cumplidos veinte años de condena (DL 321/1925, art. 3 inc. 2 en relación con arts. 1 y 2) y determinados requisitos de conducta (art. 2 números 2 a 4 DL 321/1925). Esta pena sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del establecimiento penal respectivo (art. 32 Cp).

Esta pena no importa exigencia de trabajo al interior del recinto carcelario como sí el presidio, que «sujeta al reo a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal las de reclusión y prisión no le imponen trabajo alguno» (art. 32 Cp), marcada diferencia entre ambos tipos de pena que se diluye en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (DS 518/1998 [DO 21/08/1998]) porque éste establece (art. 61) el derecho de todo interno a desarrollar trabajo individual o en grupo que le reporte algún tipo de beneficio económico, es decir, la obligación de trabajo del condenado a presidio confluye con la posibilidad que el condenado a reclusión trabaje. Además, la obligación de trabajar que impondría la pena de presidio (art. 32 Cp) es meramente eventual, pues, para efectos de gozar de permiso de salida, el requisito de «haber participado en forma regular y constante en las actividades programadas por la Unidad, tales como de capacitación y trabajo» se considera teniendo «presente las circunstancias personales del interno y las características y recursos del establecimiento» (art. 110 DS 518/1998).

4) *presidio mayor*, que priva de libertad por un mínimo de 5 años y un día y un máximo de 20 años, y lleva consigo las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (art. 28 Cp).

Todas las penas temporales mayores duran de 5 años y un día a 20 años (art. 25 inc. 1 Cp), comprenden tres grados (art. 56 Cp), cada grado constituye una pena distinta (art. 57 Cp), y siendo aquéllos uno *mínimo*, de 5 años y un día a 10 años, uno *medio*, de 10 años y un día a 15 años, y uno *máximo*, que va de 15 años y un día a 20 años (art. 59 Cp).

5) *reclusión mayor*, que priva de libertad por un mínimo de cinco años y un día y un máximo de veinte años, y lleva consigo las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (art. 28 Cp).

La única diferencia entre la reclusión y el presidio mayores es que la ejecución de aquélla no importa, al menos teóricamente, la obligación de realizar trabajos al interior del recinto carcelario.

6) *relegación perpetua*, que es la traslación del condenado a un punto habilitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad (art. 35 Cp), y lleva consigo la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos y derechos políticos por el tiempo de la vida del penado y la de sujeción a la vigilancia de la Autoridad por el máximo que establece el Código (art. 27 Cp).

La pena de relegación perpetua, que ciertamente no conduce a objetivos de prevención especial y es además -tal como lo demuestra su exclusión en los Ordenamientos jurídicos más modernos- una forma de castigo anacrónica e insatisfactoria¹⁴⁰¹, en el Cp es sólo nominal por cuanto no se ha previsto para crimen alguno y se establece únicamente como pena *menor*, específicamente para los simples delitos de los artículos 388, 399, 401, 471, 473 y -cuasidelitos contra las personas- 490, la que, aún con cúmulo de agravantes y ausencia de atenuantes, no pierde dicho carácter.

7) *confinamiento mayor*, que consiste en la expulsión del condenado del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado (art. 33 Cp), y lleva consigo las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (art. 28 Cp). [vid. *supra* 3.5.1. 4) párr. 2]

Esta pena, que no sirve adecuadamente a fines de prevención general porque el traslado suele ser a sitios en los que la conducta punida no es apreciada necesariamente de modo negativo al tiempo que es inútil a objetivos de prevención especial por alcanzar sus efectos a terceros ajenos al hecho, es de escasa aplicación práctica ya que se ha previsto solamente para los crímenes contra la seguridad interior del Estado de rebelión (art. 121 Cp), de seducción de tropas y de usurpación de mando (art. 124 Cp).

8) *extrañamiento mayor*, que consiste en la expulsión del condenado del territorio de la República al lugar de su elección (art. 34 Cp) y lleva consigo la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos como la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (art. 28 Cp). [vid. *supra* 3.5.1. 4) párr. 2]

¹⁴⁰¹ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 744.

Tampoco sirviendo bien a fines de prevención general ni siendo útil a objetivos de prevención especial, el extrañamiento, que es lo único que lo distingue del confinamiento, deja al condenado determinar el lugar donde residirá una vez expulsado, quien podrá incluso trasladarse sin restricciones de uno a otro en el extranjero mientras no regrese a Chile. La aplicación de esta pena es excepcional ya que en concreto se prevé para los crímenes contra la seguridad interior del Estado de rebelión (art. 121 Cp), de seducción de tropas y de usurpación de mando (art. 124 Cp).

Excepcionalmente, como advierte ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, y en tanto opera cumplida la respectiva pena privativa de libertad, la pena accesoria de expulsión del país del extranjero condenado por usura, que prevé el artículo 472 Cp, constituye un extrañamiento perpetuo, pues al penado no se le fija un lugar forzoso de residencia en el exterior, como ocurre con el confinamiento, ni tampoco se establece límite a la duración de la expulsión, de lo que se puede sólo concluir que la prohibición de regresar al país es permanente, mientras que el extrañamiento, tal como aparece reglamentado entre las penas principales del Código, es siempre temporal, siendo imposible determinar la duración de esta medida en relación a la duración de la pena principal por cumplirse ésta en su totalidad previo a la expulsión¹⁴⁰².

9) *relegación mayor*, que consiste en la traslación del condenado a un punto habilitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad (art. 35 Cp), y que lleva consigo las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos

¹⁴⁰² Cfr. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, pp. 158-159; en el mismo sentido, CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 742. Por el contrario, para NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 331, si bien al extrañamiento debe quedar asimilada la expulsión del país que se menciona en el art. 472 Cp, relativo al delito de usura, las penas de extrañamiento nunca se imponen por la ley en forma perpetua sino solamente temporal (art. 59 Cp).

políticos y la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena (art. 28 Cp).

Esta relegación, que -como toda pena temporal mayor- se extiende entre 5 años y un día y 20 años, lapso que comprende un grado *mínimo*: 5 años y un día a 10 años, *medio*: 10 años y un día a 15 años, y *máximo*: 15 años y un día a 20 años, cada uno de ellos una pena distinta (arts. 25 inc. 1, 56, 57 y 59 Cp), en el Cp es sólo nominal por cuanto no se prevé para ningún crimen, y establecida la relegación únicamente como pena *menor* (arts. 388, 399, 401, 471, 473 y 490 Cp) no pierde nunca este carácter, ni aún por concurrencia de dos o más agravantes y ausencia de atenuantes.

10) *inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares*, que priva de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aún cuando sean de elección popular, incapacita de por vida para obtener éstos, y priva de todos los derechos políticos¹⁴⁰³ activos y pasivos e incapacita perpetuamente para obtenerlos (art. 38 Cp).

11) *inhabilitación absoluta perpetua para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con menores de edad*, que produce la privación

¹⁴⁰³ Éstos la capacidad para ser ciudadano elector, la capacidad para obtener cargos de elección popular así como la capacidad para ser “jurado” (art. 42 Cp), condición esta última en realidad sin existencia jurídica en Chile. Concordantemente, el art. 13 inc. 2 CCh dispone que la calidad de ciudadano otorga los derechos de sufragio, de optar a cargos de elección popular y los demás que la misma Constitución o la ley confieran, perdiéndose dicha calidad por condena a pena aflictiva o condena por delitos terroristas y relativos al tráfico de estupefacientes y que hubieren merecido, además, pena aflictiva (art. 17 números 2 y 3 CCh), ésta, según establece el art. 37 Cp, toda pena de crimen y, respecto de simples delitos, las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados máximos, siendo exactamente la inhabilitación absoluta temporal pena de crimen por la duración de sus dos últimos grados (5 años y un día a 7 años y 7 años y un día a 10 años, respectivamente). Por otro lado, la prescripción del art. 41 Cp, relativa a condenado eclesiástico, en el sentido, p. ej., que la pena de inhabilitación (o suspensión, en su caso) no produce sus efectos en los cargos, derechos y honores que se tiene por la Iglesia, no tiene aplicación práctica desde la separación de la Iglesia con el Estado, la misma oficializada en el art. 10 de la Carta fundamental de 1925.

de todo los cargos, empleos, oficios y profesiones ejercidos en el ámbito educacional o que involucre una relación directa y habitual con personas menores de edad que tenga el condenado y la incapacidad perpetua para obtenerlos (art. 39 bis.1° y 2° Cp).

Esta sanción, accesoria especial, en vigor desde el 19/06/2012, incorporada al catálogo punitivo mediante el Art. 1 N° 1 de la L 20.594, la que “crea inhabilidades para condenados por delitos sexuales contra menores y establece registro de dichas inhabilidades”, se aplica, según dispone el Art. 1 N° 3 a) de la referida ley, que modifica el inc. 2 del art. 372 Cp, al que comete, contra un menor de 14 años de edad, delito de violación impropia (art. 362 Cp), de abuso sexual agravado (art. 365 bis Cp), abuso sexual impropio (366 bis Cp), exposición de menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter Cp), producción de material pornográfico con intervención de menores (art. 366 quinquies Cp), o de violación con homicidio (art. 372 bis Cp), o bien comete delito de sustracción de menor (art. 142 Cp) o de robo calificado (art. 433 N° 1 Cp) y alguna de las víctimas ha sufrido violación y es menor de catorce años.

12) *inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular*, que priva al penado del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recae, y de los honores anexos a él, así como incapacita perpetuamente para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera (art. 39 Cp).

Se trata de una pena principal, básicamente restringida a delitos de carácter funcionario (p. ej., art. 239 Cp¹⁴⁰⁴), y se contempla a veces como pena

¹⁴⁰⁴ «El empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo, incurrirá en las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado».

alternativa (v. gr., art 249 inc. 1 Cp¹⁴⁰⁵). Siendo la profesión afectada, por la naturaleza de la sanción, la ejercida al tiempo de incurrir en la infracción, en su efecto de inhabilitación especial perpetua para profesiones titulares, la pena se reduce a los delitos de prevaricación del abogado y procurador (Cp, arts 231¹⁴⁰⁶ y 232¹⁴⁰⁷). También está prevista esta pena, como accesoria, para los delitos de violación, estupro y otros ilícitos sexuales cometidos por maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud (art. 371 inc. 2 Cp¹⁴⁰⁸).

13) *inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad*, que priva al penado de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga, como también lo incapacita para obtenerlos mientras no haya transcurrido el tiempo de inhabilitación, contado desde que se ha cumplido la pena principal, obtenido la libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguno de los beneficios de la ley 18.216¹⁴⁰⁹ como alternativa a la pena principal (art. 39 bis Cp).

¹⁴⁰⁵ «El empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o para un tercero para cometer alguno de los crímenes o simples delitos expresados en este Título, o en el párrafo 4 del Título III, será sancionado con la pena de inhabilitación especial perpetua e inhabilitación absoluta temporal, o bien con inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos, y multa del tanto al triplo del provecho solicitado o aceptado».

¹⁴⁰⁶ «El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales».

¹⁴⁰⁷ «El abogado que, teniendo la defensa actual de un pleito, patrocinare a la vez a la parte contraria en el mismo negocio, sufrirá las penas de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio de la profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales».

¹⁴⁰⁸ «Los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio».

¹⁴⁰⁹ Conforme prescribe el todavía en vigor (a 05/08/2013) art. 1 L 18.216, «La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse por el tribunal que las imponga» y concederse, según el caso, remisión condicional de la pena, reclusión nocturna o libertad vigilada, todas improcedentes si el delito es violación impropia [víctima menor de 14 años] (art. 362 Cp) o violación con homicidio (art. 372 bis Cp), pero en este último caso sólo si la víctima fuere menor de 12 años [la L 18.216 tiene texto diferido, *vid. supra* n. 585].

La sanción en cuestión, que es accesoria especial, hasta el 18 de junio de 2012, según disponía el Cp en el *ex* artículo 372 inc. 2, en relación con el art. 371 del mismo cuerpo legal, correspondía a los ascendientes, guardadores o personas que con abuso de autoridad o encargo -los que aún siendo cómplices se punen como autores-, maestros o encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud eran condenados por delitos de carácter sexual de los arts. 361 a 367 ter Cp¹⁴¹⁰ (v. gr., violación, abuso sexual agravado). Luego, desde el 19/06/2012, a virtud del Art. 1 N° 3 b) L 20.594, que agrega un nuevo inciso tercero al art. 372 Cp, se aplica a quien comete, contra menor de edad mayor de catorce años, delito de violación (art. 361 Cp), estupro (art. 363 Cp), abuso sexual agravado (art. 365 bis Cp), abuso sexual propio (art. 366 Cp), exposición de menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter Cp), producción de material pornográfico con intervención de menores (art. 366 quinquies Cp), favorecimiento de la prostitución de menores (art. 367 Cp), favorecimiento de la prostitución de menores impropio (art. 367 ter Cp), o violación con homicidio (art. 372 bis Cp), o bien perpetra delito de sustracción de menor (art. 142 Cp) o de robo calificado (art. 433 N° 1 Cp) y alguna de las víctimas sufre violación y es menor de edad mayor de catorce años.

La inhabilitación se extiende de 3 años y un día a 10 años (art. 39 bis, inc. 2), período que comprende tres grados (art. 56 Cp), cada uno una pena distinta (art. 57 Cp), siendo aquéllos uno *mínimo*, de 3 años y un día a 5 años, uno *medio*, de 5 años y un día a 7 años, y uno *máximo*, que va de 7 años y un día a 10 años (Cp, art. 39 bis inc. 2 en relación con art. 59).

¹⁴¹⁰ En el texto punitivo, otra pena accesoria especial en infracciones de índole sexual, puntualmente violación (art. 361), violación impropia (art. 362), estupro (art. 363), sodomía (art. 365), abuso sexual agravado (art. 365 bis), abuso sexual propio (art. 366) e impropio (art. 366 bis), exposición de menor a actos de significación sexual (art. 366 quáter), producción de material pornográfico con intervención de menores (art. 366 quinquies), favorecimiento de la prostitución de menores (art. 367) y favorecimiento de la prostitución de menores impropio (art. 367 ter), es la sujeción a la vigilancia de la autoridad por los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal [*vid. infra* Cap III 3.5.5. *Penas accesorias* n° 4)].

14) *inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesionales titulares*, que priva al condenado de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que esté en posesión, aun cuando sean de elección popular, así como incapacita para obtenerlos durante el tiempo de la condena, y priva de todos los derechos políticos activos y pasivos e incapacita perpetuamente para obtenerlos (art. 38 Cp).

La extensión de esta pena es idéntica a la anterior, esto es, de 3 años y un día a 10 años (art. 25 inc. 2 Cp), período que comprende un grado *mínimo*, *medio* y *máximo* (art. 56 Cp), cada uno de ellos una pena distinta (art. 57 Cp), y los cuales van, respectivamente, de 3 años y un día a 5 años, de 5 años y un día a 7 años, y de 7 años y un día a 10 años (art. 59 Cp).

De acuerdo al artículo 44 Cp, una vez cumplida la inhabilitación, puede, no así en el cargo, empleo u oficio de que fue privado, ser repuesto en el ejercicio de su profesión titular el penado, quien recupera la capacidad para el ejercicio de la profesión, cargo u oficio, pero, en la práctica, no cabe tal reposición por cuanto las correspondientes normas estatutarias disponen que no puede ingresar a la Administración Pública el que se encuentra condenado por crimen o simple delito (v. gr., arts. 12 letra f) DFL 29/2005 [DO 16/05/2003], que fija texto refundido de la L 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y 10 letra f) L 18.883 [DO 29/12/1989], Estatuto Administrativo para funcionarios municipales).

15) *inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular*, que priva del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recae, y de los honores anexos a él, por el tiempo de la condena, así como, durante dicho lapso, incapacita para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera (art. 39 Cp).

También esta inhabilitación es de tres años y un día a diez años (art. 25 inc. 2 Cp), lapso que comprende tres grados (art. 56 Cp), cada uno de ellos una pena distinta (art. 57 Cp): *mínimo*, de 3 años y un día a 5 años, *medio*, de 5 años y un día a 7 años, y *máximo*, que va de 7 años y un día a 10 años (art. 59 Cp). Se trata de una pena principal restringida a delitos de carácter funcionario (v. gr., arts. 258¹⁴¹¹ y 259 inc. 1¹⁴¹² Cp).

Lo mismo que en el caso anterior, aunque dispone el artículo 44 Cp que cumplida la pena puede, no así en el cargo, empleo u oficio de que fue privado, ser repuesto en el ejercicio de su profesión titular el penado, quien recupera la capacidad para el ejercicio de la profesión, cargo u oficio, dicha reposición es imposible en la práctica por oponerse a ello las normas estatutarias pertinentes en cuanto establecen como requisito de ingreso a la Administración Pública el no hallarse condenado por crimen o simple delito (v. gr., arts. 12, letra f), DFL 29/2005 [DO 16/05/2003], que fija texto refundido de la L 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y 10, letra f), L 18.883 [DO 29/12/1989], Estatuto Administrativo para funcionarios municipales).

3.5.2. Penas de simples delitos

Conforme establece el artículo 21 Cp, son penas de simples delitos las siguientes:

1) *presidio menor*.

¹⁴¹¹ «El empleado público que solicitare a persona que tenga pretensiones pendientes de su resolución, será castigado con la pena de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio».

¹⁴¹² «El empleado que solicitare a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio».

2) *reclusión menor*.

3) *confinamiento menor*.

4) *extrañamiento menor*.

5) *relegación menor*.

Estas penas son exactamente las mismas previstas para crímenes (*presidio perpetuo calificado, perpetuo y mayor, relegación perpetua y mayor, confinamiento mayor, extrañamiento mayor*) sólo que ahora tienen el carácter de *menor*, o sea, se extienden de 61 días a 5 años (art. 25 inc. 1 Cp), período que comprende tres grados, uno *mínimo*, de 61 a 540 días, uno *medio*, de 541 días a 3 años, y uno *máximo*, de 3 años y un día a 5 años (arts. 56 y 59 Cp), cada uno de los cuales constituye una pena distinta (art. 57 Cp), y todas llevando, además, consigo, en sus grados máximos, las penas de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena (art. 29 Cp) y, en sus grados mínimos a medios, la de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena (art. 30 Cp).

6) *destierro*, que consiste en la expulsión del penado de algún punto de la República (art. 36 Cp) y lleva consigo la suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena.

Esta pena es menor y como tal tiene una duración de 61 días a 5 años (art. 25 inc. 4 Cp), extensión que comprende tres grados, uno *mínimo*, de 61 a 540 días, uno *medio*, de 541 días a 3 años, y uno *máximo*, de 3 años y un día a 5 años (arts. 56 y 59 Cp), cada uno de los cuales constituye una pena distinta

(art. 57 Cp). Y se trata en realidad de una sanción histórica pues el único delito para el que estaba prevista era el amancebamiento, actualmente inexistente (ex art. 381 Cp, derogado por art. 34 L 19.335 [DO 23/09/1994]).

7) *inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad*, que priva al condenado de todos los cargos, empleos, oficios y profesiones que tenga, y lo incapacita para obtenerlos pendiente el tiempo de inhabilitación, contado desde que se ha cumplido la pena principal, obtenido la libertad condicional en la misma, o iniciada la ejecución de alguno de los beneficios de la ley 18.216 como alternativa a la pena principal (art. 39 bis Cp).

Como ya se dijo, esta pena, que es accesoria especial, establecida también respecto de crímenes, según prescribe el artículo 372 inc. 2 Cp, sólo se aplica a condenados por delitos sexuales de los artículos 361 a 367 ter del Código (v. gr., violación, violación impropia, estupro, abuso sexual, abuso sexual agravado, corrupción de menores), extendiéndose la inhabilitación en comento de 3 años y un día a 10 años (art. 39 bis, inc. 2), lapso que comprende tres grados (art. 56 Cp), cada uno una pena distinta (art. 57 Cp), siendo aquéllos uno *mínimo*, de 3 años y un día a 5 años, uno *medio*, de 5 años y un día a 7 años, y uno *máximo*, que va de 7 años y un día a 10 años (Cp, art. 39 bis inc. 2 en relación con art. 59).

8) *inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas*, que priva al facultativo del derecho de expedirlas durante el tiempo de la condena impuesta por incurrir en falsedad del art. 193 Cp [v. gr., faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales] en el otorgamiento, obtención o tramitación de licencias médicas o declaraciones de invalidez (Cp, art. 21 en

relación con art. 202 incs. 2 y 3). [esta sanción, que es accesoria especial y rige desde el 11/05/2012, se estableció por Artículo 11 L 20.585]

9) *suspensión de cargo u oficio público o profesión titular*, que inhabilita durante el tiempo de la condena para ejercer el cargo, oficio o profesión que se suspende (art. 40 inc. 1 Cp), con una duración que va de 61 días a 3 años (art. 25 inc. 3 Cp), período que comprende tres grados, uno *mínimo*, uno *medio* y uno *máximo* (art. 56 Cp), cada uno una pena distinta (art. 57 Cp), yendo aquéllos, respectivamente, de 61 días a un año, de un año y un día a 2 años y de 2 años y un día a 3 años (art. 59 Cp).

Esta pena no priva del cargo sino que sólo impide ejercerlo durante el tiempo de la condena de modo que cumplida ésta el penado debiera volver a desempeñar la correspondiente función, pero ello tampoco es factible por cuanto las respectivas normas estatutarias establecen justamente como causal de destitución el ser condenado por crimen o por simple delito (v. gr., arts. 125 letra c) DFL 29/2005 [DO 16/05/2003], que fija texto refundido de la L 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y 123 letra d) L 18.883 [DO 29/12/1989], Estatuto Administrativo para funcionarios municipales).

O sea, si bien establecida por diversas disposiciones como pena principal (v. gr., arts. 221¹⁴¹³, 228¹⁴¹⁴), se está ante una sanción completamente inaplicable porque el límite entre la *inhabilitación* para y la *suspensión* de un cargo público, respectivamente, ha sido suprimido por lo preceptuado en las normas estatutarias administrativas correspondientes, con arreglo a las cuales

¹⁴¹³ «El empleado público que dictare reglamentos o disposiciones generales excediendo maliciosamente sus atribuciones, será castigado con suspensión del empleo en su grado medio».

¹⁴¹⁴ «El que, desempeñando un empleo público no perteneciente al orden judicial, dictare a sabiendas providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, incurrirá en las penas de suspensión del empleo en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales.

Si la resolución o providencia manifiestamente injusta la diere por negligencia o ignorancia inexcusables, las penas serán suspensión en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales».

tampoco quien ha sido suspendido en virtud de una sentencia condenatoria puede ser repuesto en su cargo, pues lo pierde definitivamente¹⁴¹⁵.

10) *inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*, que impide de por vida al condenado conducir tales vehículos.

En el Código esta pena, a la que «podrá condenarse» según reza la norma, sólo está dispuesta para reincidencia, a través de la conducción de vehículos de tracción mecánica o animal, en cuasidelito de homicidio o lesiones, sancionado el cuasidelito mismo, si es *cuasicrimen*¹⁴¹⁶, con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios y, si es *cuasisimple delito*¹⁴¹⁷, con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de 11 a 20 UTM (Cp, art. 492 inc. 2 *in fine* en relación con art. 490).

Ya en la legislación especial, esta pena [junto a las de presidio menor en su grado máximo y multa de 8 a 20 UTM] se prevé también (modificaciones por Artículo 1 L 20.580 [DO 15/03/2012]) para la conducción de cualquier vehículo de transporte, u operación de cualquier maquinaria o desempeño de funciones de guardafrenos, cambiador o controlador de tránsito en estado de ebriedad¹⁴¹⁸ o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas causando alguna de las lesiones del art. 397 N° 1 («queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme» [graves gravísimas en doctrina]) o la muerte (L 18.290, de Tránsito, art. 196 inc. 2 en relación con art. 110 inc. 2).

¹⁴¹⁵ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 749.

¹⁴¹⁶ Siempre así con homicidio y con lesiones en tanto éstas sean, acorde su nominación doctrinaria, *graves gravísimas* (art. 397 N° 1 Cp), en ellas comprendidas, causadas ya con culpa, la castración (art. 395 Cp) y la mutilación de miembro importante (art. 396 Cp), pudiendo estarlo una mutilación de miembro menos importante (art. 396 Cp) y de parte de miembro importante.

¹⁴¹⁷ Así con las lesiones *simplemente graves*, denominadas de esta manera por la doctrina, y con las *menos graves*, previstas, respectivamente, en los arts. 397 N° 2 y 399 Cp.

¹⁴¹⁸ En Chile, según prescribe el art. 111 inc. 2 L 18.290, vigente desde el 15/03/2012, «hay desempeño en estado de ebriedad cuando el informe o prueba arroje una dosificación igual o superior a 0,8 gramos por mil de alcohol en la sangre o en el organismo».

11) *suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*, que priva temporalmente al penado del derecho de conducir tales vehículos.

Se contempla esta sanción en el Código únicamente para cuasidelito de homicidio o lesiones ejecutados mediante vehículos de tracción mecánica o animal y se impone, bajo la fórmula de «suspensión del carnet, permiso o autorización que [...] habilite para conducir», por período de uno a 2 años, junto a pena de reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, si se trata de *cuasicrimen*, y de 6 meses a un año, en conjunto con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de 11 a 20 UTM, si es un *cuasisimple delito* (Cp, art. 492 inc. 2 primera parte en relación con art. 490).

En la legislación especial, por ser la Ley de Tránsito, esta pena, como «suspensión de licencia de conducir», se dispone (modificaciones por Artículo 1 L 20.580 [DO 15/03/2012]), por ejemplo, para delitos de conducir vehículo o medio de transporte, u operar cualquier tipo de maquinaria o desempeñar funciones de guardafreno, cambiador o controlador de tránsito bajo influencia del alcohol, en los que la suspensión es de 3 meses [más multa de 1 a 5 UTM], ya de 6 meses [más multa de 1 a 5 UTM] si bajo tal conducción, operación o desempeño se causa daño material o lesiones leves (L 18.290, art. 193 inc. 1 en relación con art. 110 inc. 2), 9 meses [más prisión en su grado mínimo o multa de 4 a 10 UTM] si se causan lesiones menos graves (L 18.290, art. 193 inc. 2 en relación con art. 110 inc. 2), de entre 18 a 36 meses [más reclusión o relegación menor en sus grados mínimo a medio o multa de 11 a 20 UTM] si se causan lesiones graves [«produjeren al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días»] (L 18.290, art. 193 inc. 3 en relación con art. 110 inc. 2), o por plazo no inferior a 36 ni superior a 60 meses [más reclusión menor en su grado máximo y multa de de 21 a 30 UTM] si se causan lesiones del art. 397 N° 1

Cp [«queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme»] o la muerte (L 18.290, art. 193 inc. 4 en relación con art. 110 inc. 2). Igualmente, como «suspensión de la licencia para conducir vehículos motorizados», esta prevista (modificaciones por Artículo 1 L 20.580 [DO 15/03/2012]) para delitos de conducir vehículo de transporte, u operar cualquier maquinaria o desempeñar funciones de guardafrenos, cambiador o controlador de tránsito en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas, alcanzando la suspensión [más presidio menor en su grado mínimo y multa de 2 a 10 UTM] a 2 años si es primera vez y a 5 años si es segunda (L 18.290, art. 196 inc. 1 en relación con art. 110 inc. 2), ya [más presidio menor en su grado medio y multa de 4 a 10 UTM] a 36 meses o 5 años según si bajo tal conducción, operación o desempeño, se causan, respectivamente, lesiones menos graves o graves (L 18.290, art. 196 inc. 2 en relación con art. 110 inc. 2).

3.5.3. *Penas de faltas*

De acuerdo al artículo 21 Cp, son penas de faltas las siguientes:

1) *prisión*, que priva de libertad al condenado por un mínimo de un día y un máximo de sesenta días (art. 25 inc. 5 Cp), y lleva consigo la pena de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena (art. 30 Cp), comprendiendo su extensión tres grados, uno *mínimo*, uno *medio* y uno *máximo* (art. 56 Cp), cada uno de ellos una pena distinta (art. 57 Cp), y los cuales van, respectivamente, de 1 a 20 días, de 21 a 40 días y de 41 a 60 días (art. 59 Cp).

Es una pena de escasísima aplicación, se dispone sólo para las faltas de hurto (prisión grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM [art. 494 bis inc. 1

Cp]) y de perjurio, o sea, “fuera de los casos previstos, faltar a la verdad en declaración prestada bajo juramento o promesa exigida por la ley” (prisión en cualquiera de sus grados o multa de 1 a 4 UTM [art. 212 Cp]), y para el simple delito, como sanción mínima, de omisión de denuncia de la existencia de una asociación ilícita (prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo [art. 295 bis inc. 1 Cp]).

Sin desconocer que es teórica la sujeción a trabajo dispuesta por la ley para la pena de presidio, la prisión, tal cual sucede con la reclusión, no sujeta al condenado a los trabajos prescritos por los reglamentos del respectivo establecimiento penal (art. 32).

2) *inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*, que impide al condenado de por vida conducir tales vehículos, la cual -como se manifestó *supra* 3.5.2. *Penas de simples delitos* 10)- sólo se dispone («podrá condenarse») para el caso de reincidencia, a través de la conducción de vehículos de tracción mecánica o animal, en cuasidelito de homicidio o lesiones (Cp, art. 492 inc. 2 *in fine* en relación con art. 490).

3) *suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal*, que priva temporalmente al penado del derecho de conducir tales vehículos, la cual -como se dijo *supra* 3.5.2. *Penas de simples delitos* 11)- únicamente la prevé el Cp, como pena conjunta, para cuasidelito de homicidio o lesiones ejecutados mediante vehículos de tracción mecánica o animal (Cp, art. 492 inc. 2 primera parte en relación con art. 490).

3.5.4. Penas comunes a crímenes, simples delitos y faltas

De acuerdo al mismo artículo 21 del Cp, son penas tanto de crímenes como de simples delitos y faltas, las siguientes:

1) *multa*, que por regla general -como fue señalado-, según se trate respectivamente de *crimen*, *simple delito* o *falta*, no puede exceder de 30, 20 y 4 UTM, incluso cuando su cómputo haya de hacerse en relación al daño causado o a otra cantidad indeterminada, tal como acontece, por ejemplo, con el cohecho pasivo propio del artículo 248 Cp, punido (a más de reclusión en su grado mínimo y suspensión en cualquiera de sus grados) con «multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados», sin perjuicio de que en algunos casos por la gravedad de la infracción puede sobrepasarse los respectivos máximos.

La base de cálculo de la multa es la Unidad Tributaria Mensual, ésta, refiere el artículo 8 N° 10 del DL 830, que aprueba el texto del Código Tributario (DO 31/12/1974), «la cantidad de dinero cuyo monto actualizado, determinado por la ley y permanentemente actualizado, sirve como medida o como punto de referencia tributario» y que «se expresará siempre en miles de pesos, despreciándose las cifras inferiores a cincuenta centavos y elevándose las iguales o mayores a esta suma al entero superior». La multa se paga en pesos conforme el valor de la UTM al día efectivo del pago. Siendo por naturaleza la multa divisible, la misma no se divide en grados como las penas de duración temporal y, como establece el artículo 60 inc. 2 Cp, su producto, sea que la multa se imponga por sentencia o que resulte de un Decreto que conmuta alguna pena, ingresa en una cuenta fiscal especial, para fines tales como la creación, instalación y mantenimiento de establecimientos penales, creación de Tribunales. [*vid. infra* Cap. III 3.5.6. *Pena sustitutiva por vía de conversión de la multa*]

2) *comiso*, que es la pérdida de los instrumentos y efectos del delito de propiedad de los responsables de éste, salvo que pertenezcan a un tercero no responsable de la infracción (art. 31 Cp). Y según se ha resuelto, el comiso «es improcedente en los cuasidelitos porque en ellos no es de apreciar el

objeto o instrumento con que se cometieron, sino únicamente la imprudencia o negligencia de parte del agente»¹⁴¹⁹.

El comiso tiene carácter de pena accesoria respecto de crímenes, simples delitos y faltas operando como tal distinto según se trate. Así, toda sentencia condenatoria por crimen o simple delito lleva envuelta la pérdida de los efectos provenientes de él y de los instrumentos con que se ejecutó, salvo que pertenezcan a un tercero no responsable del ilícito (art. 31 Cp), pero si la condena es por falta el comiso es sólo pena accesoria facultativa, pues, como indica el artículo 500 Cp, puede el Tribunal decretarlo «a su prudente arbitrio según los casos y circunstancias», el que queda limitado además a los efectos e instrumentos expresamente señalados por el artículo 499 Cp, esto es, armas llevadas por el ofensor y que han sido mostradas al hacer un daño o inferir injuria, bebidas y comestibles deteriorados y nocivos, efectos falsificados, adulterados o averiados expendidos como legítimos o buenos, comestibles con los que se defrauda al público en cantidad o calidad, medidas o pesos falsos, enseres que sirvan para juegos o rifas y los efectos que se utilicen para adivinaciones u otros engaños semejantes.

3.5.5. Penas accesorias

No formando con la pena principal un marco penal compuesto porque no imponiéndolas especialmente la ley ella ordena, ya en general o para un determinado delito¹⁴²⁰, que otras penas las lleven consigo (art. 22 parte final Cp), acorde lo prescrito por el Cp en los arts. 21 parte final, 22, 31 y 500 [comiso en faltas], son penas accesorias las siguientes:

¹⁴¹⁹ SCA Santiago, 26 noviembre 1951. R, t. XLIX, segunda parte, sec. 4ª, p. 14.

¹⁴²⁰ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 703.

[algunas accesorias especiales en el Cp se refieren *supra* Cap. III 3.5.1. *Penas de crímenes* números 11), 12) y 13) y 3.5.2. *Penas de simples delitos* números 7) y 8)]

1) *incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal*, y ello en conformidad al Reglamento carcelario (art. 21 *in fine* Cp).

La sanción, que importa caso de ley penal en blanco al revés, incompatible con el principio *nulla poena sine lege* que consagra la Carta fundamental (art. 19 N° 3 inc. 8), carece de aplicabilidad pues no se contempla en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios la regulación que refiere el art. 21 del texto punitivo. Además, establecida respecto de crimen o simple delito (art. 21 Cp) no pudiendo por tanto serlo de una de prisión porque ésta es propia de las faltas, la pena de incomunicación de que se trata, que por su naturaleza obviamente tampoco puede ser accesoria de una no privativa de libertad, en la situación en que se la prevé, cual es el quebrantamiento de sentencia (art. 90 Cp), tiene carácter de principal.

2) *suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares* (art. 22 Cp).

Estas penas accesorias se aplican en base a la principal concretamente impuesta según el grado de desarrollo del delito, participación en él y circunstancias que concurren, siempre que no se encuentran asignadas por la ley al delito correspondiente. Asimismo, «La acumulación de penas a que se hace acreedor un reo de diversos delitos, no autoriza para imponer las penas accesorias que el conjunto de esas penas llevaría consigo, si cada una de ellas no las lleva»¹⁴²¹, es decir, si se condena, por ejemplo, a dos penas de presidio menor, una en su grado mínimo y de 540 días y otra en su grado medio y de 3 años, las que hacen un total de 4 años y 175 días, período comprendido en el presidio menor en su grado máximo, no cabe de manera alguna aplicar *inhabilitación absoluta para cargos públicos durante el tiempo de la*

¹⁴²¹ SCA Concepción, 27 de julio 1876, G. 1876, N° 1.538, p. 789.

condena, la accesoria de toda privativa o restrictiva de libertad temporal menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años).

Impuestas de conformidad a las reglas de los artículos 27 a 30 Cp, las penas en cuestión son la *inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos*, que es accesoria de las de presidio, reclusión y relegación perpetuos y mayores (5 años y 1 día a 20 años), la *inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos*, que es accesoria de las de presidio, reclusión y relegación perpetuos, mayores y menores en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años), la *inhabilitación absoluta para el ejercicio de profesiones titulares durante el tiempo de la condena*, que es accesoria de las de presidio, reclusión y relegación mayores (5 años y 1 día a 20 años), la *inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena*, que es accesoria de las de presidio, reclusión y relegación menores en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años), y la *suspensión de cargo u oficio público*, que es accesoria de las de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores en sus grados mínimos a medios (61 días a 3 años) y de las de destierro y prisión (1 a 60 días).

3) *caución*, que obliga al condenado a presentar un fiador abonado que responda que aquél no ejecutará un mal que se trata de precaver o que cumplirá su condena, debiendo dicho fiador, en caso de incumplimiento por parte del penado, satisfacer la cantidad que haya fijado el Tribunal (art. 46 inc. 1 Cp).

Si no se presenta fiador, el condenado ha de sufrir una reclusión equivalente a la cuantía de la fianza, computándose un día por cada quinto de UTM, pero sin que pueda excederse de 6 meses (art. 46 inc. 2 Cp). La caución sólo se ha previsto, y con carácter facultativo, para quien es condenado por

amenazas¹⁴²², pudiéndose, en defecto de ella, imponerse la de *sujeción a la vigilancia de la autoridad*.

4) *sujeción a la vigilancia de la autoridad*, consistente en la facultad del juez de la causa para determinar ciertos lugares en los cuales le será prohibido al penado presentarse después de haber cumplido su condena y de imponer a éste todas o algunas de las siguientes obligaciones: declarar, antes de ser puesto en libertad, el lugar en que se propone fijar su residencia; recibir una boleta de viaje en la que se determina el itinerario a seguir, del que no es posible apartarse, y la duración de la permanencia en cada lugar del tránsito; presentarse dentro de las 24 horas siguientes a la llegada ante el funcionario designado en la boleta de viaje; no cambiar de residencia sin haber dado aviso, con tres días de anticipación, al mismo funcionario, quien entregará la primitiva boleta de viaje visada para el traslado a la nueva residencia; adoptar un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios conocidos de subsistencia (art. 45 Cp). Si el sometido a la vigilancia de la autoridad falta a las reglas que debe observar comete delito de quebrantamiento de condena, sancionado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio (art. 90 N° 7 Cp).

La *sujeción a la vigilancia de la autoridad* en el Cp, conforme refiere el art. 25 inc. 4, dura de 61 días a 5 años y, según prescribe el art. 23, podrá imponerse como pena accesoria en los casos especiales que determinen el mismo Código y el de Procedimientos, situaciones que, en el texto punitivo, corresponden únicamente al condenado por amenaza (art. 298 Cp [*vid. n. 1422*]) y al reincidente de hurto o robo (art. 452 Cp¹⁴²³), debiendo ser decretada por el máximo legal de 5 años si se impone presidio, reclusión o

¹⁴²² Art. 298 Cp: «[...] se podrá condenar además al amenazador a dar caución de no ofender al amenazado, y en su defecto a la pena de sujeción a la vigilancia de la autoridad».

¹⁴²³ «El que después de haber sido condenado por robo o hurto cometiere cualquiera de estos delitos, además de las penas que le correspondan por el hecho o hechos en que hubiere reincidento, el tribunal podrá imponerle la de sujeción a la vigilancia de la autoridad dentro de los límites fijados en el artículo 25».

relegación perpetuos (art. 27 Cp), siendo obligación aplicarla como pena accesoria en delitos de connotación sexual [cit. *supra* n. 1410] y cuya víctima es menor de edad, caso en el cual dura los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal y consiste, según establece el art. 372 inc. 1 *in fine* Cp, «[...] en informar a Carabineros cada tres meses [...] domicilio actual. [...]»¹⁴²⁴.

Tanto la caución como la sujeción a la vigilancia de la autoridad podrían imponerse no como penas accesorias sino como medidas preventivas, en los casos especiales que determinen el mismo Cp y el de Procedimientos (art. 23 Cp), ocurriendo así con quienes están exentos de pena por revelar la existencia de una asociación ilícita, los cuales «Podrán ser puestos bajo la vigilancia de la autoridad» (art. 295 inc. 2 Cp).

5) *comiso* [vid. *supra* 3.5.4. *Penas comunes a crímenes, simples delitos y faltas* 2)].

3.5.6. Pena substitutiva por vía de conversión de la multa

Con finalidad preventiva especial positiva y motivada sin duda por el incendio del 8 de diciembre de 2010 en la cárcel de San Miguel, siniestro en el que fallecieron 81 internos, entre ellos quien, por su responsabilidad en delito contra la propiedad intelectual, cumplía reclusión por no pago de multa, en lo venidero sí porque rige conforme a un Reglamento dictado por el Ministerio de Justicia y desde el día que se publique en el Diario Oficial (art. 5 L 20.587) [aún no a 31 de agosto de 2013], se contempla la *pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad* (art. 21 inc. final Cp

¹⁴²⁴ La inobservancia, establece el art. 372 Cp, se pune como falta del art. 496 N° 1 Cp, norma que estatuye que «Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: [...] El que faltare a la obediencia debida a la autoridad dejando de cumplir las órdenes particulares que ésta le diere, en todos aquellos casos en que la desobediencia no tenga señalada mayor pena por este Código o por leyes especiales».

[*novus*]), que sustituye la de multa si el sentenciado no tiene bienes para pagarla, sanción del mismo contenido que la con igual nominación se prevé como principal -desde el 8 de julio de 2007- para adolescentes infractores (art. 6 e) L 20.084) y como sustitutiva -a entrar en vigor cuando se publique en el DO el correspondiente Reglamento (art. 8 inc. 1 L 20.603)- de pena privativa o restrictiva de libertad igual o inferior a trescientos días (art. 11 L 18.216 [*novus*] [*vid. supra* n. 585]).

Esta nueva pena sustitutiva consiste en realizar actividades no remuneradas en favor de la comunidad o en beneficio de personas en situación de precariedad (art. 49 bis inc. 1 Cp [*novus*]), por tiempo de ocho horas por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin perjuicio de la conversión establecida en leyes especiales, no pudiendo exceder de ocho horas diarias (art. 49 ter incs. 1 y 2 Cp [*novus*]), requiriéndose siempre acuerdo del condenado para ser aplicada (art. 49 inc. 2 Cp [*novus*]), pudiendo dejarse sin efecto previo pago de la multa, a la que se deberán abonar las horas trabajadas (art. 49 ter inc. 3 Cp [*novus*]), siendo incluso posible que no se imponga, lo mismo que la reclusión por vía de sustitución y apremio, que se regula en un día por cada tercio de unidad tributaria mensual sin poder exceder de seis meses, si de los antecedentes expuestos por el condenado aparece la imposibilidad de cumplir la pena (art. 49 incs. 2 y 3 Cp [*novus*])¹⁴²⁵.

¹⁴²⁵ Tratándose de falta de hurto, punida tanto consumada como frustrada (art. 494 bis Cp), para la primera prevista prisión en su grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM y sólo ésta para la segunda, el Tribunal puede conmutar la multa «por la realización de determinados trabajos en beneficio de la comunidad, señalando expresamente el tipo de trabajo, el lugar donde deba realizarse, su duración y la persona o institución encargada de controlar su cumplimiento», pero la no realización cabal y oportuna de los trabajos determinados «dejará sin efecto la conmutación por el solo ministerio de la ley, y deberá cumplirse íntegramente la sanción primitivamente aplicada».

3.6. Determinación de la pena

En general, en Chile, el sistema para la determinación de la pena establecido por el Cp conserva sus clásicos orígenes, que provienen del CpE 1848¹⁴²⁶, siendo este probablemente uno de los aspectos que se manifiesta con más evidencia hasta el presente. Ni las reformas y leyes complementarias orientadas a adecuar otros sectores de la normativa a la evolución del pensamiento político y científico se han ocupado mayormente al respecto, quizás porque modificar dicho sistema requiere un ajuste completo que, como afecta a la determinación de los marcos penales, comprende prácticamente todo el Ordenamiento punitivo.

A grandes rasgos, el sistema entrega un marco penal que conforma a veces un espacio relativamente amplio dentro del cual puede fijarse la pena para la infracción de que se trate, correspondiendo al juez escoger, entre las distintas alternativas establecidas por la ley, la pena aplicable y su magnitud, considerando la naturaleza y gravedad del hecho al tiempo que la culpabilidad del autor, susceptible de crítica la aludida amplitud de margen en cuanto pudiera afectarse negativamente la imposición igualitaria de la sanción como también favorecer la tendencia a imponer ésta en su mínimo.

En concepto del legislador, plasmado en el Mensaje con que el texto punitivo se presenta para su aprobación en el Congreso, «se ha procurado dar reglas

¹⁴²⁶ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 158, n. n° 118; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 173; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 47.

Para DE RIVACOBAS Y RIVACOBAS, Manuel. “Comentario preliminar al Código Penal”. VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. I, pp. 17-47, p. 20, el Código español utilizado por los redactores del Código penal chileno, de acuerdo a un examen directo sobre los textos, es el Código de 1850, si bien teniéndose a la vista y tomando en consideración la redacción original de 1848. COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. I, op. cit., pp. 75-76, n. n° 131, sostiene que se trata del CpE 1850 [cabe hacer presente que el Código de 1850 a que se refieren los autores chilenos es en realidad el de 1848 modificado y que, por el rigor de esas modificaciones, se ve como un Cp distinto].

bastantes comprensivas, pero precisas [...], para que puedan fácilmente ser aplicadas por el tribunal [...]. En esta materia, como en todo lo que concierne al Derecho Penal, es indispensable confiar a la rectitud y al sano criterio del magistrado gran parte de lo que debiera en rigor hallarse consignado en la ley, pues no hay precepto alguno, por claro y perfecto que se suponga, que pueda suplir la apreciación juiciosa de los hechos, propia sólo del tribunal que los ve y los pesa».

Expuesto sucintamente, a la individualización judicial de la pena se llega después de considerar la pena que ley establece para el delito, el grado de desarrollo de éste, la participación y la concurrencia de circunstancias modificatorias, operando también inicialmente causas de eficacia extraordinaria que alteran la sanción legalmente prevista para la infracción. Según manifiesta ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, la determinación de la pena es una tarea compleja por la combinación de reglas que contiene el Código penal en su parte General y Especial y por la minuciosidad de tales reglas, una consecuencia del afán del legislador de la época de reducir a un mínimo el arbitrio judicial y de precisar hasta el máximo la pena aplicable en cada caso, tratando de prever el mayor número de situaciones posibles¹⁴²⁷.

3.6.1. Determinación legal de la pena

El Código penal en los artículos 50 a 61 establece reglas para determinar legalmente la pena, las que consisten -siguiendo su orden cronológico- en verificar la pena que dispone la ley para el delito, la etapa de desarrollo de la infracción y, finalmente, el grado de participación que tiene quien es enjuiciado y condenado. No obstante, existen algunas reglas particulares, que contempla ya el propio Cp, por ejemplo, el artículo 448 ter incs. 1 y 3¹⁴²⁸, o

¹⁴²⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 170.

¹⁴²⁸ «Una vez determinada la pena que correspondería a los autores, cómplices y encubridores de abigeato sin el requisito de tratarse de la sustracción de animales y considerando las circunstancias modificatorias de

bien se prevé en normativa especial, como ser el artículo 18¹⁴²⁹ de la L 20.000, de drogas.

3.6.1.1. Pena asignada al delito

Como primer paso, conforme prescribe el artículo 50 Cp, debe atenderse a la pena que la misma ley señala para la infracción en cuestión, siendo aplicable la sanción al autor del delito consumado. Sin embargo, este marco penal que fija la ley, y que marca el inicio del proceso a objeto de individualización de la pena, puede verse alterado por *circunstancias calificantes o privilegiantes especiales*.

3.6.1.2. Determinación cualitativa de la pena por concurrencia de causas de eficacia extraordinaria o “circunstancias calificantes o privilegiantes especiales” que alteran la pena prevista por la ley para el delito

Hay también causas de eficacia extraordinaria que alteran la pena legalmente prevista¹⁴³⁰, así sucede con el prevalimiento de menor en la comisión de un

responsabilidad penal concurrentes, el juez deberá aumentarla en un grado y aplicará, en todo caso, la pena de comiso en los términos del artículo 31 de este Código.

[...]

Si la pena consta de dos o más grados, el aumento establecido en el inciso primero se hará después de determinar la pena que habría correspondido al imputado con prescindencia del requisito de tratarse de la sustracción de animales.

[...]».

¹⁴²⁹ «Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución»

¹⁴³⁰ Indica CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 763, «El punto de partida para la determinación de la pena concreta que se impondrá [...] no puede ser sino la que la ley consagra en abstracto para el delito [...] una consecuencia lógica del principio *nulla poena*, que, por otra parte, se deduce de lo preceptuado en el artículo 50 del C.P. Para establecer cuál es la pena, que servirá de base a todo el proceso de individualización posterior, deben tenerse en consideración las calificantes o privilegiantes concurrentes; en cambio, las simples agravantes o atenuantes no afectan su configuración y sólo actúan cuando ya está fijada» (antes ha hecho presente CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 473, que «[...] conviene distinguir entre circunstancias modificatorias de responsabilidad *comunes* y *especiales*. Las comunes son aquellas cuyos efectos se encuentran regulados de manera general en los artículos 65 a 68 del C.P. Las especiales [...] tienen consecuencias atenuatorias o agravatorias más significativas, que se establecen para cada una de ellas en diferentes disposiciones. Las atenuantes especiales suelen llamarse *privilegiadas*»).

Opinión contraria ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 190: «Los Arts. 72, inciso 2° [*], y 449 del Código Penal señalan circunstancias agravantes de efecto especial que

delito, caso en el cual «se aplicará a los mayores la pena que les habría correspondido sin esta circunstancia, aumentada en un grado, [...] pudiendo esta circunstancia ser apreciada en conciencia por el juez» (art. 72 Cp). El aumento obligado de pena¹⁴³¹ de esta agravante no genérica, que no concurrirá a la compensación racional, alcanza, pues la ley no distingue entre las distintas formas de participación, al autor, al inductor, cómplice y encubridor¹⁴³², quedando excluido el autor mediato porque, en su caso, el menor no es incorporado a la realización del hecho antijurídico sino que sólo interviene objetivamente¹⁴³³, y sin perjuicio que el requisito de prevalencia, por permitirse su apreciación en conciencia, queda abierto a consideraciones subjetivas del juez.

Otra causa de eficacia extraordinaria la constituye la eximente incompleta privilegiada¹⁴³⁴ o atenuante privilegiada¹⁴³⁵, en concreto, que no sea el delito excusable del todo por faltar algún requisito de los exigidos para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10

es preciso entrar a considerar una vez determinada provisionalmente la pena de conformidad a las reglas generales [...]. En los ejemplos mencionados el efecto de dichas agravantes significará elevar en un grado la pena previamente calculada; obligatoriamente, en el Art. 72, [...]» (* el art. 60 c) de la L 20.084 [DO 7/12/2005] derogó el inc. 1 del art. 72 Cp pasando a ser único el inciso 2, modificación en vigor desde el 8 de agosto de 2007).

¹⁴³¹ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 238.

¹⁴³² CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 515; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 43.

¹⁴³³ Así CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 516.

Para GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 238, la agravante requiere que en un mismo delito intervengan como autores o coautores personas mayores y menores de dieciocho años edad, lo que descarta, por consiguiente, el que la circunstancia pueda perjudicar a los encubridores y a los cómplices, como se desprende del propio art. 72 Cp al exigir que se hayan prevalido de los menores en la perpetración del delito, el que ni los cómplices ni los encubridores lo ejecutan sino que sólo los autores y coautores.

SCS, de 5 de diciembre de 1958. *R.*, t. LV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 200 y SCS, 30 de junio de 1967. *R.*, t. LXIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 165: «El concepto de responsabilidad aquí empleado es genérico y comprende tanto a los autores como a los cómplices y a los encubridores».

¹⁴³⁴ Así la denominación MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, “Artículos 50 a 73”, *op. cit.*, p. 381, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, *op. cit.*

¹⁴³⁵ Así la denominación CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 478, y en razón de que a la eximente incompleta se le confiere un efecto minorante considerablemente superior al que por lo común se otorga a las atenuantes.

Cp¹⁴³⁶, y siempre que concurra el mayor número de ellos, situación en la cual «Se aplicará [...] la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, [...], imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurren» (art. 73 inc. 1 Cp).

La rebaja que importa la eximente incompleta privilegiada, ésta aplicable a delitos dolosos como culposos¹⁴³⁷ y sujeta su operatividad a que en el mayor

¹⁴³⁶ De éste, para CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, las eximentes a que se refiere el art. 73 Cp son todas las que tienen sus requisitos enumerados expresamente, cual es el caso de la legítima defensa (art. 10, números 4, 5 y 6) y el estado de necesidad (art. 10 n° 7), y sin que pueda configurarse de alguna forma una atenuante incompleta con las eximentes de los números 2 [menor edad en su tiempo (mayores de 14 años responden penalmente conforme a L 20.084)] y 13 (cuasidelito), atendida la propia naturaleza de éstas. Por su parte, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General, t. II, op. cit.*, pp. 15-17, considera que el art. 73 Cp hace referencia a eximentes que constan de requisitos, que son las de los números 4, 5, 6 y 7 del art. 10 Cp, y que no constan de requisitos, éstas las de los números 1, 9, 10 y 12 del art. 10, o sea, agrega a las que señala CURY URZÚA, la enajenación mental (1), la fuerza irresistible [siempre que sea moral y no física] y miedo insuperable (9), cumplimiento de un deber (10) y la omisión justificada (12). En palabras de GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General, t. I, op. cit.*, pp. 181-183: «El art. 11 N° 1° expresa que atenúan la responsabilidad las *eximentes* descritas en el art. 10 “cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos” [...] la palabra “requisitos” [...] está empleada en el sentido de *gradualidad* [...]. De consiguiente, el art. 11 N° 1° comprende a todas las eximentes del art. 10, salvo las explícitamente excluidas, como sucede con las de los N°s. 3° y 8°, y las indivisibles o imposible de graduar, como la del N° 2, que exime de responsabilidad al menor de dieciséis [ahora dieciocho] (se tiene o no se tiene esa edad) [...] El N° 1 del art. 11 se refiere a los “requisitos” de la eximente, no a sus “circunstancias” accidentales; alude a elementos que constituyen su esencia [...], no corresponde distinguir entre causales eximentes con o sin requisitos [...]» (por Artículo 1° 1) L 20.480 (DO 18/12/2010) se estableció la eximente de estado de necesidad general, cuya procedencia exige concurrir las circunstancias de «Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar», «Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo», «Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita» y «Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudieses estar en conocimiento del que actúa»).

En el sentido de admitir como eximente incompleta privilegiada únicamente a la que consta de requisitos y a cuyo respecto concurren la mayoría de ellos, p. ej., STJOP La Serena, de 4 de diciembre de 2001 (C.j. 14), RUC N° 0100018509-0, RIT N° 15-2001, que justamente aprecia en quien actuó con capacidad mental disminuida la atenuante de responsabilidad criminal del art. 11 N° 1, en relación con el art. 10 N° 1, del Cp, rechazando, en consecuencia, la petición de la defensa de aplicarse el art. 73 del texto punitivo (Tercera Sala, jueces Nury Benavides Retamal, Presidente, Nicanor Alberto Salas Salas y Jorge Pizarro Astudillo); STJOP Temuco, de 8 de febrero de 2002 (C.j. 13), RUC N° 0100047546-3, RIT N° 023/2001 (Primera Sala, jueces Christian Alfaro Muirhead, Presidente, Óscar Viñuela Aller y Erasmo Sepúlveda Vidal); STJOP Temuco, de 30 de abril de 2002 (C.j. 5), RUC N° 0100010463-5, RIT N° 011/2002 (Primera Sala, jueces Leopoldo Vera Muñoz, Presidente, quien estuvo por no aceptar la atenuante admitida, Christian Alfaro Muirhead y Erasmo Sepúlveda Vidal). Opuesta a estas resoluciones, y estimando entonces que eximente incompleta también es una que no consta de requisitos, p. ej., STJOP Villarrica, de 29 de diciembre de 2002 (C.j. 16), RUC N° 0100027281-3, RIT N° 005/2001, la que precisamente aplica el art. 73 del Cp a la atenuante del N° 1 del art. 11, en relación con el N° 1 del art. 10, del señalado Código (jueces Isabel Fernanda Mallada Costa, Presidente, Viviana Loreto Ibarra Mendoza y Jacqueline Karen Atala Riffo).

¹⁴³⁷ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General, t. I, op. cit.*, p. 183.

número de requisitos que efectivamente concurren¹⁴³⁸ esté presente el esencial de la respectiva eximente¹⁴³⁹ (v. gr., agresión ilegítima en la de los números 4, 5 y 6 del art. 10 Cp), para el Tribunal es imperativo hacerla¹⁴⁴⁰, teniendo al efecto sólo facultad para determinar su magnitud acorde los criterios orientadores del número y entidad de los requisitos que faltan, debiendo luego, dentro de dicha medida, individualizar la pena según la concurrencia o no de modificatoria(s)¹⁴⁴¹, atendido el número y entidad de las circunstancias, en su caso, así como, siempre, la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (art. 69 Cp).

Otro ejemplo de causa de eficacia extraordinaria que altera la pena legalmente dispuesta es el artículo 142 bis Cp, que establece que «Si los partícipes en delito de secuestro de una persona o de sustracción de menor, antes de cumplirse cualquiera de las condiciones exigidas por los secuestradores para devolver a la víctima, la devolvieren libre de todo daño, la pena asignada al delito se rebajará en dos grados», precepto, además, que

¹⁴³⁸ No concurriendo el mayor número de requisitos, como advierte NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 18, lo mismo CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 478, se está ya ante una atenuante (art. 11 N° 1 Cp) regida por las reglas generales de los arts. 62 a 68 bis Cp.

¹⁴³⁹ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2003, p. 121.

¹⁴⁴⁰ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 478; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 120.

¹⁴⁴¹ Así, p. ej., SJCr (25°) Santiago, de 23 de marzo de 1999, Rol N° 47.833-2 (homicidio simple consumado), que, concurriendo las atenuantes genéricas de arrebato y obcecación (art. 11 N° 5 Cp) y de irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 Cp) como también, por legítima defensa incompleta (art. 11 N° 1, en relación con art. 10 n° 4, Cp), la eximente incompleta privilegiada del art. 73 Cp, aplicándose por éste la pena inferior en un grado al mínimo que señala la ley, lo que fija la penalidad en presidio menor en su grado máximo, la cual, según autorizan las dos atenuantes y acorde el art. 67 inc. 4 Cp, se rebaja en un grado más quedando el marco penal concreto en presidio menor en su grado medio, impone el mismo en su extremo superior, esto es, 3 años (en definitiva se condenó a 541 días de presidio menor en su grado medio, así por SCA Santiago, de 12 de noviembre de 2002 [*vid. infra* Anexo I 2.1.1. S 24], confirmada por SCS de 12 de octubre de 2004); STJOP Villarrica, de 29 de diciembre de 2001 (C.j. 16), RUC N° 0100027281-3, RIT N° 005-2001 [robo con violencia, punido como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa conforme prevé el art. 450 inc. 1 Cp], que, concurriendo la agravante específica de ser la víctima persona en manifiesto estado de inferioridad física (art. 456 bis N° 2 Cp) y las atenuantes de irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 Cp) y de eximente incompleta del art. 11 N° 1, en relación con art. 10 N° 1, Cp, aplicándole a la última el art. 73 del texto punitivo y por éste la pena inferior en dos grados al mínimo señalado por la ley quedando entonces el marco legal concreto en presidio menor en su grado medio, el cual, por compensarse racionalmente la atenuante (art. 11 N° 6 Cp) con la agravante, al tenor del art. 67 inc. 1 Cp, puede recorrerse en toda su extensión (541 días a 3 años), impone 600 días de presidio menor en su grado medio [*vid. infra* Anexo I 2.3.1. S 7].

faculta al juez rebajar la pena en un grado «Si la devolución se realiza después de cumplida alguna de las condiciones».

Configura también una causa de eficacia extraordinaria el artículo 456 Cp: «Si antes de perseguir al responsable o antes de decretarse su prisión devolviere la cosa robada o hurtada, no hallándose comprendido en los casos de los artículos 433 [robo calificado] y 434 [piratería], se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito».

3.6.1.3. Forma de realizar aumentos y rebajas del marco penal

Para realizar el aumento o disminución de pena, partiendo de la legalmente asignada para el delito, con excepción de las pecuniarias, cada pena es un grado y cada grado es una pena, pues, como disponen los artículos 57 y 58 del Cp, respectivamente, «Cada grado de una pena divisible constituye pena distinta» y «En los casos en que la ley señala una pena compuesta de dos o más distintas, cada una de éstas forma un grado de penalidad, la más leve de ella el mínimo y la más grave el máximo».

Por ejemplo, al establecer el artículo 391 N° 2 Cp que se castiga el homicidio (simple) con presidio mayor en su grado mínimo a medio, cada uno de éstos son penas distintas y el primero de ellos, al ser más leve que el otro, es el mínimo grado de penalidad y el segundo es el máximo. Si fuera un parricidio, al punirse con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (art. 390 inc. 1 Cp), cada una de sus tres sanciones previstas forma un grado de penalidad siendo, por ser el más leve, el presidio mayor en su grado máximo el grado mínimo y el presidio perpetuo calificado, por ser el más severo, el grado máximo.

Conforme dispone el artículo 77 inc. 1 Cp, en los casos en que la ley señala una pena inferior o superior en uno o más grados a otra determinada, la inferior o superior se toma de la escala gradual en que se halle comprendida la pena determinada.

Para en situación distinta a la de autor de delito consumado (v. gr., autor de delito frustrado, cómplice de delito consumado, etc.) determinar la pena, en que la sanción se disminuye en uno o más grados según sea el caso, establece el artículo 61.1ª Cp que si la señalada para la infracción es una indivisible o un solo grado de una divisible, corresponde a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado la inmediatamente inferior en grado, por lo que ha de bajarse entonces un grado en la Escala correspondiente del artículo 59¹⁴⁴² y conforme

¹⁴⁴² «Para determinar las penas que deben imponerse [...] a los autores de crimen o simple delito frustrado; [...] autores de tentativa de crimen o simple delito, cómplices de crimen o simple delito frustrado y encubridores de crimen o simple delito consumado; [...] cómplices de tentativa de crimen o simple delito y encubridores de crimen o simple delito frustrado, [...] a los encubridores de tentativa de crimen o simple delito, el tribunal tomará por base las siguientes escalas graduales:

ESCALA NÚMERO 1

Grados.

- 1°. Presidio perpetuo calificado.
- 2°. Presidio o reclusión perpetuos.
- 3°. Presidio o reclusión mayores en sus grados máximos.
- 4°. Presidio o reclusión mayores en sus grados medios.
- 5°. Presidio o reclusión mayores en sus grados mínimos.
- 6°. Presidio o reclusión menores en sus grados máximos.
- 7°. Presidio o reclusión menores en sus grados medios.
- 8°. Presidio o reclusión menores en sus grados mínimos.
- 9°. Prisión en su grado máximo.
10. Prisión en su grado medio.
11. Prisión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 2

Grados.

- 1°. Relegación perpetua.
- 2°. Relegación mayor en su grado máximo.
- 3°. Relegación en su grado medio.
- 4°. Relegación mayor en su grado mínimo.
- 5°. Relegación menor en su grado máximo.
- 6°. Relegación menor en su grado medio.
- 7°. Relegación menor en su grado mínimo.
- 8°. Destierro en su grado máximo.
- 9°. Destierro en su grado medio.
10. Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 3

Grados.

- 1°. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados máximos.

al orden que en ella se contempla. Por ejemplo, si la pena prevista fuera presidio perpetuo, al autor del delito frustrado corresponde presidio mayor en su grado máximo y lo mismo al cómplice de la infracción consumada.

Acorde con la regla 2ª del artículo 61 Cp, si la pena asignada para el delito consta de dos o más grados, sea que los compongan dos penas indivisibles, diversos grados de penas divisibles, o una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, a los autores de crimen o simple delito frustrado y a los cómplices de crimen o simple delito consumado corresponde la pena inmediatamente inferior en grado al mínimo de los designados por la ley, efectuándose la determinación de la sanción a imponer de la misma manera que en el caso anterior, o sea, se bajará un grado en la Escala correspondiente que establece el artículo 59 del Código y conforme al orden que en ella se contempla.

-
- 2°. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados medios.
 - 3°. Confinamiento o extrañamiento mayores en sus grados mínimos.
 - 4°. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados máximos.
 - 5°. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados medios.
 - 6°. Confinamiento o extrañamiento menores en sus grados mínimos.
 - 7°. Destierro en su grado máximo.
 - 8°. Destierro en su grado medio.
 - 9°. Destierro en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 4

Grados.

- 1°. Inhabilitación absoluta perpetua.
- 2°. Inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo.
- 3°. Inhabilitación absoluta temporal en su grado medio.
- 4°. Inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo.
- 5°. Suspensión en su grado máximo.
- 6°. Suspensión en su grado medio.
- 7°. Suspensión en su grado mínimo.

ESCALA NÚMERO 5

Grados.

- 1°. Inhabilitación especial perpetua.
- 2°. Inhabilitación especial temporal en su grado máximo.
- 3°. Inhabilitación especial temporal en su grado medio.
- 4°. Inhabilitación especial temporal en su grado mínimo.
- 5°. Suspensión en su grado máximo.
- 6°. Suspensión en su grado medio.
- 7°. Suspensión en su grado mínimo».

Ahora, si por las rebajas se llega al límite inferior de la Escala correspondiente, al punto de rebasarlo y sin haber podido fijar pena dentro de ella y tampoco son aplicables las de inhabilitación o suspensión, conforme se prevé en los artículos 60 inc. 1, 61.5^a y 77 inc. 3 Cp, se impone la pena de multa, la que además «se considera la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales» (art. 60 inc. 1 Cp), no operando sí aquella solución en delitos de evasión de detenidos y de lesiones en riña o pelea, en los cuales, no siendo posible determinar la pena por falta de grados inferiores o por no ser aplicables las de inhabilitación y suspensión, según respectivamente dispone el Cp en los artículos 304 y 403 inc. 2 -que se remite al anterior-, «se impondrá la última que contenga la respectiva escala gradual».

Como puede advertirse, la rebaja de pena se realiza siempre desde su mínimo, cuando ella es una indivisible o un solo grado de otra divisible (art. 61 N° 1 Cp), o desde su grado mínimo, cuando la asignada al delito consta de dos o más grados (61 N° 2 Cp), pero en esta situación última de pluralidad de pena -salvo la excepción del artículo 68 inc. 4 Cp que ordena aumentar desde el máximo- es discutible cómo debe hacerse el aumento, esto es, si desde el grado máximo o desde cada uno de sus grados, no diciendo la ley desde dónde, manifestando al respecto CURY URZÚA que la opinión correcta es la de los fallos que consideran que en estos casos debe ser elevado cada uno de los grados que componen el marco penal¹⁴⁴³, un proceder que ciertamente

¹⁴⁴³ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 762; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 310. Por su parte, NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t II, op. cit., pp. 357-358, reconociendo que hay sentencias contradictorias sobre la materia y que ésta es discutible, estima que el aumento debe hacerse desde cada uno de los grados, por ser más fuertes los argumentos para así considerarlo (v. gr., al disponer el art. 57 Cp que cada grado de pena divisible constituye una pena distinta, si se trata de aumentar penas de esa clase, lo razonable es que el aumento abarque la integridad de los grados y no recaer sólo sobre la más alta de las penas; cuando la ley ha querido que el aumento parta del máximo así lo dice expresamente, que es el caso del art. 68 Cp, de modo que a falta de precepto que lo indique no puede entenderse en esa forma el aumento).

No toma partido MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Artículos 74 a 78”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 383-407, p. 404, quien sobre los aumentos de grado sólo señala que «aunque la práctica unanimidad de la doctrina estima que

beneficia al condenado, aparte que da cuenta de la proporcionalidad y humanidad de las penas, pues, a modo de ejemplo, el aumento en un grado de un presidio menor en cualquiera de sus grados resulta ser *presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo* y no éste únicamente, cual acontece si dicho incremento se efectuara desde el grado máximo.

Lo que no suscita controversia es cómo hacer el aumento en un grado si concurren dos o más agravantes y ninguna atenuante y la pena asignada al delito consta de dos o más grados, sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de otra divisible, o diversos grados de penas divisibles, ya que, conforme prescribe el artículo 68 inc. 4 Cp, la pena superior en grado posible de imponerse es «la inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley».

Y si no hay pena superior en la Escala gradual respectiva, se aplica *presidio perpetuo calificado* en la Escala 1, *presidio perpetuo* en las 2 y 3 (Cp, art. 77 inc. 2 en relación con art. 59), y en las 4 y 5 la pena superior correspondiente (*inhabilitación absoluta perpetua e inhabilitación especial perpetua*, respectivamente) y la de *reclusión menor en su grado medio* (Cp, art. 77 inc. 4 en relación con art. 59). Así, punido el delito contemplándose presidio perpetuo calificado, en la Escala 1 la máxima sanción, sólo ésta podría imponerse, y no siempre es obligatorio pues, pese a lo imperativo del art. 77 inc. 2 Cp, esta disposición es sin perjuicio del art. 68 inc. 4 Cp, que “faculta” al Tribunal imponer el grado superior, por lo que tampoco es forzoso decretar el presidio perpetuo tratándose de las Escalas 2 y 3, máxime si con ello se pasa de la restricción de libertad a la privación absoluta y perpetua de la misma, ni la de reclusión tratándose de las Escalas 4 y 5, sobre todo que se agregaría a una mera privativa de otros derechos una privativa de libertad.

éstos deben hacerse aumentando cada uno de los grados que componen el marco penal [...], manteniendo incólume su extensión en número de grados [...], la jurisprudencia tiende a aplicar el aumento desde el grado máximo [...].»

Si el delito se castiga con penas alternativas, sea que éstas se hallen en la misma Escala o en dos o más distintas, tal como pasa, por ejemplo, con las lesiones menos graves (art. 399 Cp), sancionada con relegación o presidio menores en sus grados mínimos [Escala 2 y Escala 1, en ese orden] o con multa [la inmediatamente inferior en todas las Escalas] de 11 a 20 UTM, el Tribunal no tiene obligación de imponer a todos los responsables las de la misma naturaleza¹⁴⁴⁴ (art. 61 N° 3 Cp).

Por el contrario, de acuerdo al N° 4 del art. 61 Cp, si al delito se asignan penas copulativas comprendidas en distintas Escalas o se agrega la multa a las de la misma Escala, y la correspondiente rebaja se hace separadamente en cada escala de acuerdo a las reglas 1ª y 2ª del art. 61 Cp, habiendo varios responsables, a todos se les aplica unas y otras penas menos cuando una de ellas se impone al autor del crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, situación en la que no se hace extensiva a éstos, como así sucede, ejemplificando, con las penas de *inhabilitación y suspensión para cargos y oficios públicos*, en relación a quienes no tenían esa calidad al instante de cometerse la infracción (v. gr., en los delitos especiales impropios, como la malversación de caudales públicos del art. 233 Cp¹⁴⁴⁵), y con la de *inhabilitación especial perpetua para cargo u oficio*, para maestros o encargados de cualquier manera de la educación o dirección de la juventud y que han incurrido en delito de carácter sexual (art. 371 inc. 2 Cp).

¹⁴⁴⁴ Así, habiendo causado dos individuos, inducidos a ello, lesiones menos graves, es factible que el inductor, cual autor (art. 15 N° 2 Cp), sea condenado a presidio menor en su grado mínimo así como un coautor a relegación menor en su grado mínimo y el otro a pagar una multa de 20 UTM.

¹⁴⁴⁵ Esta infracción se sanciona, según si, respectivamente, la sustracción excede de una y no pasa de 4 UTM, o excede de 4 y no pasa de 40 UTM, o bien excede de 40 UTM, con presidio menor en su grado medio [Escala 1] y multa [la inmediatamente inferior en todas las Escalas] de 5 UTM (233 N° 1 Cp), presidio menor en su grado máximo [Escala 1] y multa de 6 a 10 UTM (233 N° 2 Cp), presidio mayor en su grado mínimo a medio [Escala 1] y multa de 11 a 15 UTM (233 N° 3 Cp), y «En todos los casos inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos públicos» [Escala 4] (233 inc. 2 Cp).

Si la pena es de multa las precedentes reglas de aumentos y disminuciones en grado de las penas temporales no reciben aplicación, aunque la sanción pecuniaria fuere impuesta conjuntamente con una pena privativa de libertad, sino que aquélla, acorde con el artículo 70 inc. 1 Cp, puede ser recorrida en toda la extensión en que la ley permite imponerla, consultándose en cada caso para determinar su cuantía no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho sino también el caudal o facultades del culpable.

3.6.1.4. Determinación cualitativa de la de la pena por grado de ejecución del delito

A los autores de delito se impone la pena que para éste se halle señalada por la ley, entendiéndose siempre que la legalmente designada lo está para la infracción consumada (art. 50 Cp), lo que justifica que la comisión imperfecta signifique una pena menor, esto es, que al autor de un delito *frustrado* le corresponde, *in abstracto*, la pena inmediatamente *inferior en grado* a la señalada por la ley para el crimen o simple delito (art. 51 Cp) así como al autor de una *tentativa* la pena *inferior en dos grados* a la señalada por la ley para el crimen o simple delito (art. 52 Cp). [en faltas, *vid. supra* pp. 510 1) y 512]

Estas reglas precedentes no tienen lugar en los casos en que el delito frustrado o la tentativa se hallan especialmente penados por la ley (art. 55 Cp), por ejemplo, delitos de falsificación de moneda (arts. 162 a 168 Cp), cuya tentativa «será castigada con el *mínimum* de las penas establecidas en ellas para el delito consumado» (art. 169 Cp).

3.6.1.5. *Determinación cualitativa de la pena por situación de concurso ideal o medial de delitos*

Junto con el *concurso real*, regulado en el artículo 74 Cp y que importa como regla general la acumulación material de las penas y por excepción la acumulación jurídica (v. gr., art. 351 Cpp [vid. *infra* Cap. III n. 1496]), el artículo 75 del mismo Código prevé el *concurso ideal* y el *concurso medial*, estableciendo que si un solo hecho constituye dos o más delitos o uno de ellos es el medio necesario para cometer el otro¹⁴⁴⁶, «sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave»¹⁴⁴⁷, lo que altera la pena señalada por la ley para todos los partícipes una vez determinada la que correspondería según los grados de desarrollo de cada una de las infracciones concurrentes¹⁴⁴⁸, debiendo elegirse la sanción pertinente de entre todas las señaladas al delito, en los respectivos tipos penales, y previo al juego de las

¹⁴⁴⁶ SCS, de 17 de enero de 1985. R, t. LXXXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 11: «no basta la sola conexión subjetiva entre uno y otro, ni una cualquiera objetiva, sino una especial: que un delito sea medio necesario para cometer el otro».

SJG La Ligua, de 11 de agosto de 2004 (C.j. 10), RUC N° 0300205391-7, RIT N° 04-2003: «[...] a pesar de haberse configurado un concurso medial, ideal impropio o real en conexión ideológica entre el homicidio simple, en grado frustrado, y el porte de arma prohibida, ya que este último ha sido el medio necesario para cometer el primero, por lo que debiera [...] imponerse la pena mayor asignada al delito más grave, se castigarán separadamente de acuerdo al sistema de acumulación material, por ser más beneficioso para el condenado».

¹⁴⁴⁷ Para CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 667, no es posible dar una regla general y precisa sobre lo que debe entenderse como delito más grave, si la pena establecida por la ley a los varios que concurren es de la misma naturaleza decidirá usualmente aquella cuyo límite superior sea más alto y si éstos son iguales deberá compararse el inferior, la ponderación de hechos punibles para los que se conminan penas de distinta naturaleza tiene que efectuarse siempre caso por caso. Pena mayor es siempre la más alta establecida para el delito que se tenga por más grave, por lo tanto si un hecho está amenazado con una pena compuesta por varios grados de una divisible tendrá que imponerse el más severo de todos. Y, si dos o más delitos se encuentran entre sí en concurso ideal y además entran en concurso real con otro u otros hechos punibles debe antes resolverse el primero y la pena que se determine será la que se acumule material o jurídicamente a la de las otras infracciones. En opinión de GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, op. cit., p. 351, «Por delito más grave se debe entender aquel que tiene la sanción más elevada entre los distintos tipos penales en juego. Si esa pena tiene diversos grados, se impondrá el más alto [...]. Pero si la sanción es una sola -sin grados-, el tribunal aplicará esa pena pudiendo recorrerla en toda su extensión».

¹⁴⁴⁸ MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, «Artículos 50 a 73», op. cit., p. 331, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, op. cit.

circunstancias atenuantes y agravantes, que sólo operarán una vez hecha la decisión que ordena este artículo 75¹⁴⁴⁹.

3.6.1.6. Determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito

Advirtiendo que en las faltas [*vid. supra* Cap. III 3.5. pp. 512-513] no es punible el encubrimiento (art. 17 Cp) y al cómplice se castiga con una pena que no exceda de la mitad de la que corresponde al autor (art. 498 Cp), difiere la pena a imponer según se trate de *complice* o *encubridor*¹⁴⁵⁰, éste criminalmente responsable por hechos posteriores a la ejecución del delito¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁹ MATUS ACUÑA, “Artículos 74 a 78”, *op. cit.*, p. 402, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, *op. cit.*

STJOP Curicó, de 12 de enero de 2004 (C.j. 11), RUC N° 0200054389-9, RIT N° 43-2003: «[...] la receptación del vehículo [...], por algún lapso en posesión de los acusados, constituyó el medio necesario para cometer el delito [...], se entiende que cabe la aplicación de la norma del artículo 75 del Código Penal, en cuanto ella determina la sanción a imponer y, una vez establecida, debe hacerse aplicación de las normas modificatorias de responsabilidad penal, en el caso, el artículo 68 del código punitivo».

¹⁴⁵⁰ Art. 17 Cp: «Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1° Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3° Albergando, ocultando o proporcionando la fuga del culpable.

4° Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1° de este artículo».

¹⁴⁵¹ Dice CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 631, la apreciación del encubrimiento como forma de participación en el hecho ajeno, concretamente como auxilio posterior al acto, corresponde a una tradición antigua, por lo menos en el Derecho germánico, y es criticable su consideración en atención a que falta por completo la relación de causalidad entre la intervención del encubridor y el resultado típico. Por su lado, indica GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 296, aunque la tendencia mayoritaria estima que el encubrimiento no es una forma de participación, porque corresponde a una actuación posterior a la comisión del delito, la consideración del art. 14 Cp del encubrimiento como una forma de participar se explica si se acepta la idea del delito *agotado*, pues el encubrimiento tiende generalmente al agotamiento del hecho.

Específicamente, consumado el crimen o simple delito, «a los cómplices [...] se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito» (art. 51 Cp) y «a los encubridores [...] la [...] inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito» (art. 52 inc. 1 Cp).

Frustrado el crimen o simple delito, «a los cómplices [...] se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito» (art. 52 inc. 1 Cp) y «a los encubridores [...] la [...] inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito» (art. 53 Cp).

Y, tentado el crimen o simple delito, «a los cómplices [...] se impondrá la pena inferior en tres grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito» (art. 53 Cp) y «a los encubridores [...] la [...] inferior en cuatro grados a la señalada para el crimen o simple delito» (art. 54 Cp).

Ejemplificando, consumado un homicidio simple (art. 391 N° 2 Cp), castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio (5 años y 1 día a 10 años y 10 años y 1 día a 15 años), le corresponde al cómplice la pena de presidio menor en su grado máximo (3 años y 1 día a 5 años) y al encubridor la de presidio menor en su grado medio (541 días a 3 años). Frustrado el delito, la pena para el cómplice es presidio menor en su grado medio y para el encubridor es presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días). Y sólo tentado el mentado homicidio, le corresponde al cómplice presidio menor en su grado mínimo y al encubridor prisión en su grado máximo (41 a 60 días).

a. Regla especial de determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito: encubrimiento por favorecimiento personal habitual

Si un encubridor incurre en favorecimiento personal habitual, por ejemplo, acoger, receptar o proteger habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun ignorándose los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido (art. 17 N° 4 Cp), de acuerdo a lo previsto por el artículo 52 inc. 3 Cp, la pena a ser aplicada a quien así encubre es presidio menor en cualquiera de sus grados.

b. Regla especial de determinación cualitativa de la pena por forma de participación en el delito: encubrimiento por favorecimiento personal no habitual (excepción aparente)

La regla general del art. 52 inc. 1 Cp de ser la pena del encubridor de delito consumado la inferior en dos grados a la que señala la ley para el ilícito, conforme dispone el inciso 2 de la norma citada, no se extiende a los encubridores comprendidos en el número 3 del artículo 17 Cp (el que ocasionalmente alberga, oculta o proporciona la fuga del culpable), en quienes concurra la circunstancia 1ª del mismo número, o sea, hacer abuso de la función pública, «a los cuales se les impondrá la pena de inhabilitación especial perpetua, si el delincuente encubierto fuere condenado por crimen y la de inhabilitación especial temporal en cualquiera de sus grados, si lo fuere por simple delito». Pero como el artículo 2 N° 1 de la Ley 19.077 (DO 28/08/1991) modificó el numeral 3 del artículo 17 del Cp suprimiendo la enumeración de circunstancias, el señalado inciso 2 debe entenderse derogado y por consiguiente la excepción de que se trata no es más que aparente o nominal.

**3.6.1.7. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de
circunstancia(s) ordinaria(s) modificatoria(s) de la responsabilidad penal:
Atenuante(s) o Agravantes(s)**

Realizadas las operaciones anteriores, que implican establecer la clase de pena (v. gr., presidio), y previo a fijar su medida, hay que atender al efecto que la ley atribuye a la concurrencia de circunstancia(s) modificatoria(s) de responsabilidad penal, consecuencia que es diferente según sea aquélla y su número así como la pena que se prevé, o sea, si ésta es indivisible, grado de una divisible, etc.

Las circunstancias modificatorias [modificativas en España] de responsabilidad criminal previstas, *atenuantes* (art. 11 Cp¹⁴⁵²), *agravantes* (art. 12 Cp¹⁴⁵³) y *mixta de parentesco* (art. 13 Cp¹⁴⁵⁴), tampoco se comunican

¹⁴⁵² «Son circunstancias atenuantes:

1ª. Las causas expresadas en el artículo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

[...]

3ª. La de haber precedido inmediatamente de parte del ofendido, provocación o amenaza proporcionada al delito.

4ª. La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, o su conviviente, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos.

5ª. La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebato y obcecación.

6ª. Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable.

7ª. Si ha procurado con celo reparar el mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias.

8ª. Si pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito.

9ª. Si se ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos.

10ª. El haber obrado por celo de la justicia».

¹⁴⁵³ «Son circunstancias agravantes:

1ª. Cometer el delito contra las personas con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro.

2ª. Cometerlo mediante precio, recompensa o promesa.

3ª. Ejecutar el delito por medio de inundación, incendio, veneno u otro artificio que pueda ocasionar grandes estragos o dañar a otras personas.

4ª. Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.

5ª. En los delitos contra las personas, obrar con premeditación conocida o emplear astucia, fraude o disfraz.

6ª. Abusar el delincuente de la superioridad de su sexo o de sus fuerzas, en términos que el ofendido no pudiera defenderse con probabilidades de repeler la ofensa.

7ª. Cometer el delito con abuso de confianza.

8ª. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

9ª. Emplear medios o hacer que concurran circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho.

si son circunstancias personales o subjetivas, por lo que sólo tienen efecto en

10ª. Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio, sedición, tumulto o conmoción popular u otra calamidad o desgracia.

11ª. Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

12ª. Ejecutarlo de noche o en despoblado.

[...]

13ª. Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública o en el lugar en que se halle ejerciendo sus funciones.

14ª. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

15ª. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

16ª. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.

17ª. Cometer el delito en lugar destinado al ejercicio de un culto permitido en la República.

18ª. Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, autoridad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando él no haya provocado el suceso.

19ª. Ejecutarlo por medio de fractura o escalamiento de lugar cerrado.

20ª. Ejecutarlo portando armas de fuego o de aquellas referidas en el artículo 132.

21ª. Cometer el delito o participar en él motivado por la ideología, opinión política, religión o creencias de la víctima; la nación, raza, etnia o grupo social a que pertenezca; su sexo, orientación sexual, identidad de género, edad, filiación, apariencia personal o la enfermedad o discapacidad que padezca» [ésta fue dispuesta por el art. 17 de la L 20.609 (DO 24/07/2012), la que “Establece medidas contra la discriminación”].

Es de destacar también la agravante general del art. 18 de la L 19.856 (DO 04/02/2003), esto es, “cometer el delito durante el tiempo correspondiente al período condonado de la pena privativa de libertad que efectivamente se ha estado cumpliendo”, sanción esta última que precisamente puede, respecto del condenado que la cumple demostrando comportamiento sobresaliente, reducirse en dos meses por cada año de cumplimiento (art. 1 L 19.856), disminución que, a partir de la mitad de la condena, se aumenta a tres meses por cada año (art. 3 inc. 1 L 19.856).

Otras de mencionar, las agravantes específicas, como la de los delitos de hurto y robo, contempladas en el art. 456 bis números 1 a 5 y que consisten, respectivamente, actuando en la determinación de la pena de la misma forma que las genéricas, en “ejecutar el delito en lugar que favorezca la impunidad”, o sea, oscuros, solitarios, etc., la que, por lo mismo, no es aplicable a todas las figuras de robo, «Ser la víctima niño, anciano, invalido o persona en manifiesto estado de inferioridad física», «Ser dos o más los malhechores», «Ejercer la violencia en las personas que intervienen en defensa de la víctima, salvo que este hecho importe otro delito» y «Actuar con personas exentas de responsabilidad criminal, según el número 1º del art. 10 [Cp]». En cuanto a las infracciones de los párrafos 5 y 6 del Título VII Cp (v. gr., violación impropia, violación, estupro, sodomía, abuso sexual agravado, abuso sexual propio e impropio), introducidas por Artículo 1º 2) L 20.480 (DO 18/12/2010), mediante un nuevo art. 368 bis, pasando el hasta entonces actual a ser art. 368 ter, operando en la determinación de la pena de igual forma que las genéricas y sin perjuicio del art. 63 Cp (prohibición de doble valoración), son agravantes específicas «La 1ª del artículo 12», o sea, alevosía, y «Ser dos o más los autores del delito».

Otras ya especiales, como las del art. 19 de la L 20.000, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, las cuales, salvo el consumo (falta) por quien no es integrante de las Fuerzas Armadas, Gendarmería o Investigaciones, o personal aeronáutico o gente de mar (L 20.000, art. 19 en relación con arts. 14 y 15, en relación con art. 50), elevan en un grado toda la pena establecida, la que, concurriendo dos o más de aquéllas, puede incluso aumentarse en dos grados, y agravantes consistentes en formar parte el imputado de una agrupación o reunión de delincuentes, sin incurrir en el delito de organización del artículo 16; utilizar violencia, armas o engaño en la comisión del delito; suministrar, promover, inducir o facilitar el uso o consumo de drogas o sustancias estupefacientes o sicotrópicas a menores de 18 años de edad, o a personas con sus facultades mentales disminuidas o perturbadas, cometer el delito un funcionarios públicos aprovechando o abusando de su calidad de tal; perpetrar el delito valiéndose de personas exentas de responsabilidad penal; y cometer el delito en las inmediaciones o en el interior de un establecimiento de enseñanza o en sitios a los que escolares y estudiantes acuden a realizar actividades educativas, deportivas o sociales, o bien en una institución deportiva, cultural o social, mientras ésta cumplía sus fines propios, ya en sitios donde se estaban realizando espectáculos públicos, actividades recreativas, culturales o sociales, ya en un centro hospitalario, asistencial, lugar de detención o reclusión, recinto militar o policial.

¹⁴⁵⁴ «Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito:

Ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor».

aquéllos en quienes concurren, y sí se comunican si son de carácter real u objetivo, por lo cual las consistentes, por ejemplo, en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo atenúan o agravan la responsabilidad de los que han tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (art. 64 Cp).

A su vez, en lo que concierne a las agravantes, está prohibida su doble valoración, o sea, no importa un aumento de pena la circunstancia agravante que por sí misma constituye un delito especialmente penado por la ley¹⁴⁵⁵, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo¹⁴⁵⁶, o que es de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella no puede cometerse¹⁴⁵⁷ (art. 63 Cp).

La significativa influencia de las modificatorias en el marco penal la produce la concurrencia de una sola clase de aquéllas, esto es, sólo ya de atenuante(s) o bien de agravante(s), asimilada la mixta de parentesco a la primera o a la segunda según la naturaleza y accidentes del delito, de manera que -salvo que se trate de infracción sancionada con una sola pena indivisible, en que no se contempla- si las circunstancias que concurren son de signo contrario es indispensable previamente compensarlas racionalmente para la aplicación de la pena, graduando el valor de unas y otras (así arts. 66 inc. 4 y 67 inc. 6 Cp, y art. 68 inc. 5 del mismo Código por remisión a los anteriores).

En el aludido proceso no entran las calificantes, las privilegiantes ni las circunstancias modificatorias que por mandato legal surten efectos

¹⁴⁵⁵ P. ej., “incendio”, agravante cuando por medio de él se ejecuta la infracción (art. 12.3ª Cp) y propiamente un delito (arts. 474 y ss Cp); “ignominia”, una agravante al añadirse ella a los efectos propios del hecho (art. 12.9ª Cp) y que coincide plenamente con el delito de injurias, esto es, «expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona» (art. 416 Cp).

¹⁴⁵⁶ P. ej., “alevosía” y “premeditación”, agravantes en los delitos contra las personas (art.12.1ª y 5ª Cp) a la vez que calificantes del homicidio -por ello denominado en doctrina como “calificado”- (art. 391 N° 1 Cp).

¹⁴⁵⁷ P. ej., “abuso de confianza”, agravante en sí (art. 12.7ª Cp) como también supuesto de comisión del delito de apropiación indebida (art. 470 N° 1 Cp).

extraordinarios (v. gr., atenuante de eximente incompleta del artículo 11 N° 1, regulada en el artículo 73 Cp, agravante del art. 450 incs. 2 y 3 del mismo cuerpo legal¹⁴⁵⁸, y la hasta hace poco agravante del art. 449 inc. 1 del indicado texto¹⁴⁵⁹), modificatorias antedichas no susceptibles de compensarse entre sí por establecerse para ellas reglas fijas o criterios especiales con respecto a su incidencia en la individualización, quedando igualmente fuera de la compensación racional las agravantes genéricas o especiales de efecto normal por la “prohibición de doble valoración” del artículo 63 Cp.

Ahora, como se adelantó entre líneas, presenta dificultad el artículo 65 Cp pues en los casos en que la ley señala para el delito una sola pena indivisible no ha previsto la compensación de atenuantes y agravantes, silencio que no se condice con la importancia que reviste la concurrencia mayoritaria de atenuantes, no así de agravantes, porque, como prescribe la norma, la pena se aplica con prescindencia de las que de aquéllas concurren, por lo que aparece como solución factible una interpretación analógica¹⁴⁶⁰, ciertamente *in bonam*

¹⁴⁵⁸ «En los delitos de robo y hurto, la pena correspondiente será elevada en un grado cuando los culpables hagan uso de armas o sean portadores de ellas.

En el caso del delito de hurto, el aumento de la pena [...] se producirá si las armas que se portan son de fuego, cortantes o punzantes. Tratándose de otras armas, la mera circunstancia de portarlas no aumentará la pena si, a juicio del tribunal, fueron llevadas por el delincuente con un propósito ajeno a la comisión del delito».

¹⁴⁵⁹ Hasta el 10 de diciembre de 2012, conforme preveía el art. 449 inc. 1 Cp, «En los casos de robos o hurtos de vehículos podrán ser aplicadas respectivamente a los autores, cómplices y encubridores, las penas superiores en un grado a las que les hayan correspondido», siendo ya, desde el 11 de diciembre del año indicado, por Artículo único 1) a. de la Ley 20.639, cuyo apartado 2) deroga la primera norma, que modifica el art. 443 del Código agregando un nuevo inciso segundo, el robo de vehículo motorizado sito en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación infracción punida con «presidio menor en su grado máximo».

¹⁴⁶⁰ Entre quienes admiten la interpretación analógica, aunque sí reducida o limitadamente, p. ej., MAURACH / ZIPF, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, t. I, pp.159-160. En sentido de aceptar la analogía *in bonam parte*, p. ej., BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho penal: Parte general, op. cit.*, p. 129; JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 145. Dice MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, pp. 124-125: «La **interpretación** es lícita aunque resulte **extensiva** de delitos o penas -salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales [...]-. Con esta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque toda interpretación admisible se mueve dentro de ese límite (el «sentido literal posible»). En cambio, como la analogía traspasa esa frontera no será admisible si perjudica al reo (**analogía in malam partem**). Cuando favorezca al reo (**analogía in bonam partem**) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal [...] Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio»; y, con otras palabras, en cuanto la reconoce primero y luego la implica, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general, op. cit.*, pp. 253-256, señala que «La analogía consiste en

partem, ésta no impedida aunque la analogía *in malam partem* esté proscrita¹⁴⁶¹. Además, el supuesto de aplicación de los artículos que siguen, 66, 67 y 68, para efectos de rebaja de pena en grado, en todos los casos de concurrencia de minorantes y agravantes prevén la compensación racional de circunstancias de una y otra clase, permitida igualmente la rebaja de grado por el comentado 65, el que, ya cual absurdo, sería inaplicable a lo menos en su mitad si no se pudiera efectivamente compensar modificatorias de distinto signo.

La CS ha manifestado que «El tribunal no está obligado a hacer una compensación aritmética de una circunstancia con otra o de dos con dos de especies opuestas, sino que puede aun compensar una atenuante con dos agravantes y agregar y no compensar, por repugnar esa operación, en fuerza de una gran disparidad entre las favorables y las contrarias al reo»¹⁴⁶². Sobre lo mismo, se declara en SCA Temuco que «[...] la racionalidad de la compensación, con graduación del valor de unas y otras, implica la facultad de decidir, si hay más de una atenuante versus una o más agravantes, si para eliminar determinada agravante basta con una o mas circunstancias atenuantes, o, habiendo una sola circunstancia atenuante y dos agravantes, si aquella tiene racionalmente valor suficiente para eliminar las dos agravantes o una sola, y en virtud de lo anterior, concluir la subsistencia de una o más atenuantes o una o más agravantes, o de ninguna atenuante ni agravante. Si sólo concurre una atenuante y una agravante, como también la ley ordena

la aplicación a un caso no previsto en la ley de una norma extraída de la misma (*analogía legis*) o del ordenamiento jurídico (*analogía iuris*) [...] La clasificación de analogía *in bonam partem* (a favor del reo) y analogía *in malam partem* (en perjuicio del reo) debe ser sustituida por la de analogía permitida o prohibida [...] Está *permitida* toda analogía que no sea fundamentada de delitos, penas, causas de agravación o medidas de seguridad. *Prohibida*, por el contrario, la analogía que conduzca a resultados en oposición con el principio de legalidad [...] La analogía permitida está reconocida en nuestro Código expresamente para la fundamentación de circunstancias atenuantes en el art. 9, 10^a [actualmente corresponde al art. 21.7^a CpE], que considera causa de atenuación cualquier otra circunstancia de *análoga* significación que las anteriores. Es indudable que se refiere a circunstancias no previstas por la ley y que autoriza a colmar esa laguna con la aplicación analógica del propio artículo 9°.

¹⁴⁶¹ De tal opinión QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, op. cit., p. 109.

¹⁴⁶² SCS, 24 de agosto 1939. G. 1939, 2° sem., N° 87, p. 364.

hacer una compensación, no cabe sino concluir que una y otra tienen igual valor por lo que se eliminan recíprocamente y el hecho queda libre de atenuantes y agravantes, [...], la compensación operará siempre que al menos haya una atenuante y una agravante, y habiendo más de una cualquiera de las anteriores debe determinarse si sobreviven atenuantes o agravantes y cuantas, pero considerando siempre que cuando procede esta operación desaparece una o algunas de ellas en cada grupo, [...]»¹⁴⁶³.

a. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito es un grado de una divisible

Si la pena señalada al delito es un grado de una divisible (v. gr., presidio mayor en su grado mínimo [5 años y 1 día a 10 años]), si únicamente concurre una atenuante la pena se aplica en el *mínimum*, el que se determina dividiendo por mitad el período de duración de la pena, siendo la más baja de las partes resultantes dicho *mínimum* (art. 67 incs. 1 a 3 Cp).

A efectos del *mínimum*, señala ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, no es complejo su determinación si las penas están expresadas exclusivamente en días o años, lo cual ocurre, en el primer caso, con la prisión en cualquiera de sus grados, el presidio, reclusión, relegación, extrañamiento y confinamiento menores, y destierro, en sus grados mínimos, cuyos días fijados, además, son siempre posibles de dividir en mitad por estar establecidos en número par, y, en el segundo, con el presidio, reclusión, relegación, confinamiento,

¹⁴⁶³ SCA Temuco, de 23 de diciembre de 2003 (C.j. 4), Recurso de Nulidad, Rol N° 722-2002 R.P.P. (esta resolución anuló STJOP Temuco, de 19-11-2002, RUC N° 0200031853-4, RIT N° 075-2002, que por homicidio simple [art. 391 N° 2 Cp: presidio mayor en su grado mínimo a medio] condenó a 5 años de presidio menor en su grado máximo, concurriendo junto con la mixta de parentesco (art. 13 Cp), que opera como agravante [víctima hermano], las atenuantes de irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 Cp) y de colaboración con la justicia (art. 11 N° 9 Cp), lo cual supone, al tenor del art. 68 inc. 3 Cp, que únicamente hay dos atenuantes y ninguna agravante, justificándose tal estimación en el fallo invalidado señalándose que [C.j. 16] «concurren [...] dos atenuante [...], a las cuales los sentenciadores han atribuido la calidad de especial relevancia conforme a las razones vertidas en los motivos, que anteceden, y una agravante que [sic] se compensa racionalmente, atendido el número y entidad de dichas circunstancias, [...]» [vid. *infra* Anexo I 2.1.1. S 26]).

extrañamiento y destierro en sus restantes grados, con la inhabilitación en cualquiera de sus grados y la suspensión en sus grados medio y máximo, cuyos años fijados siempre pueden dividirse en mitad, incluso dispuestos en número impar pues en esta condición puede un año fraccionarse en mitad de seis meses¹⁴⁶⁴.

El problema se da con penas cuyos límites de duración están comprendidos entre cierto número de días y de años, que es la situación del presidio, reclusión, relegación, extrañamiento y confinamiento menores y destierro en sus grados medios (541 días a 3 años), y de la suspensión en su grado mínimo (61 días a un año), en que es menester reducir la pena a días, convirtiendo el año en 365 días y no en 366 como posibilita el artículo 48 Cc, ya que esta cifra última corresponde a año bisiesto, una eventualidad, aparte que no puede saberse si la pena se cumplirá en un año así, sucediendo que entre el mínimo y el máximo de la sanción última aludida está comprendida una duración de 305 días, esto es, una extensión que no admite división en mitad, ésta por definición dos partes iguales, lo que hace imposible operar como prescribe la norma, aconteciendo igual con las penas que van de 541 días a 3 años, en que la duración es de 555 días. Por lo mismo, y atendido que el sistema penal no admite el fraccionamiento de penas en unidades inferiores a un día, lo que se demuestra con el hecho que la pena mínima de privación de libertad es de un día (inicio de la prisión en su grado mínimo) y que el paso de un grado de penalidad a otro se señala por el aumento de un día completo en relación con el grado inferior, en una hipótesis como la expuesta, habría que renunciar a la imposición de ínfima parte de la pena, específicamente medio día, lo que se traduce, en el caso de la suspensión aludida, que el mínimo de la misma es de 61 a 213 días¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁴ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 187.

¹⁴⁶⁵ Cfr. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, pp. 188-189.

Distinto opina PICA URRUTIA, para quien en una hipótesis como el presidio menor en su grado medio, que fluctúa entre 541 días y 3 años, éstos «en otros términos [...] 1.095 días»¹⁴⁶⁶, simplemente habría que determinar antes el período de duración, que se obtiene restando del límite superior el inferior, debiéndose luego, para establecer la mitad de tal extensión, dividir por 2 la diferencia y al cociente -resultado- sumar el límite inferior, con lo que el mínimo de la pena indicada sería de 541 a 818 días (1.095 días [3 años] - 541 días = 554 días : 2 = 277 días + 541 días = 818 días)¹⁴⁶⁷. Es más, sostiene PICA URRUTIA que si la cifra obtenida es una impar, que impide su división por 2 y por ende la operación exigida por la norma, ello se puede solucionar si se agrega a dicha cifra un día, para hacer posible su división por mitad, obtenido lo cual, y para evitar que una fracción del grado quede con una extensión mayor que la otra, se sustrae ese mismo día al límite inferior al tiempo de agregarlo a la mitad así conseguida¹⁴⁶⁸. Acorde esta fórmula, que es la que los Tribunales se inclinan últimamente a aplicar¹⁴⁶⁹, con cualquier pena menor en su grado mínimo, las que duran de 61 a 540 días, al calcular el período de duración, restando 61 a 540, se obtienen 479 días, a los que se agregan un día para poder dividirlos por mitad, y su resultado, o sea 240 días, que debería sumarse a 61 días -el límite inferior de la pena-, se suma en este caso excepcional solamente a 60 días, porque la adición hecha para efectos de cálculo aquí se elimina, consiguiendo por este medio para las dos mitades

¹⁴⁶⁶ Dice CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 768, con pena compuesta por años y días, es obvio que los años deben reducirse a días para establecer el mínimo y el máximo dentro del grado, pero debe operarse con años normales, de 365 días, desentendiéndose de los bisiestos por no ser previsibles que ocurran durante el período de ejecución de la pena.

¹⁴⁶⁷ PICA URRUTIA, René. *Reglas para la aplicación de las penas*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 14-15. En el mismo sentido NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*, t. II, op. cit., p. 364.

En lo personal, no convence la solución que da PICA URRUTIA pues nunca la duración total de la pena en cuestión la divide en mitad toda vez que para establecer tal duración resta un día que es parte de ella, el día inicial, el 541, exactamente.

¹⁴⁶⁸ PICA URRUTIA, *Reglas para la aplicación de las penas*, op. cit., p. 15.

¹⁴⁶⁹ Así MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, “Artículos 50 a 73”, op. cit., p. 365, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, op. cit.

de la pena igual duración (239 días), por lo que entonces el *mínimum* va de 61 a 300 días ($60 + 240 = 300$) y el *máximum* de 301 a 540 días¹⁴⁷⁰.

b. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito es un grado de una divisible

Siendo la pena señalada al delito un grado de una divisible, si concurren sólo dos o más atenuantes el Tribunal puede imponer la inferior en uno o dos grados, según sea el número y entidad¹⁴⁷¹ de dichas circunstancias (art. 67 incs. 1 y 4 Cp). Para el juez la rebaja de pena es facultativa¹⁴⁷², y lo es en

¹⁴⁷⁰ PICA URRUTIA, *Reglas para la aplicación de las penas, op. cit.*, p. 16.

A igual resultado llega GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, p. 323, quien, en concreto, reduce la pena a días y, hecha la conversión, resta al *máximo* de días de su duración el *mínimo* de días que tiene, divide la diferencia por 2 y al *cuociente* -resultado-, despreciándole sí la fracción, suma el *mínimo* de días de duración de la pena, siendo esta suma la mitad de la sanción y lo que está sobre ella el *máximo* y lo que está bajo ella el *mínimo* ($540 - 61 = 479 : 2 = 239 + 61 = 300$).

Partidario también de no considerar el fragmento CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 768, para quien, si el número de días comprendidos por la extensión es impar, la única solución posible consiste en formar el *mínimo* y el *máximo* realizando normalmente la división y despreciando la mitad de día resultante entre ambos ya que en este tipo de plazos sólo se pueden computar días completos no siendo admisible el complemento de la fracción.

¹⁴⁷¹ En palabras de CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 770, esto significa que las modificatorias concurrentes en el hecho deben ser consideradas por segunda vez, pero en esta ocasión mediante una apreciación global que las evalúa haciéndose cargo de sus relaciones recíprocas en el contexto del hecho que se enjuicia unitariamente.

En opinión de ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 184, las categorías de “muy calificada” y de “gran entidad” puede darse en todas las atenuantes, cualquiera sea su naturaleza, atendiendo tan sólo a la calidad de los hechos que las constituyen, condiciones que, desde luego, es más probable respecto de atenuantes derivadas de eximentes incompletas (art. 11 N° 1 Cp), pues, considerando que tiene más “entidad” que una atenuante una eximente, la atenuante a la que faltó muy poco para eximir de responsabilidad tiene más “entidad” que aquella que nunca habría podido llegar a tal exención. También es posible que lo sea toda atenuante que se presenta con mayor intensidad que el *mínimo* necesario para ser considerada legalmente tal, así, p. ej., la irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 Cp) cuando el condenado, aparte de no haberlo sido antes y tener buenas costumbre, prestó importantes servicios a la comunidad o demostró en alto grado virtudes de carácter y moralidad.

¹⁴⁷² Así, p. ej., SCA de San Miguel, de 29 de diciembre de 2006 (C.j. 5), Recurso de Nulidad, Rol N° 1362-2006 R.P.P., y antes SCS, de 20 de diciembre de 1949. G, 1949, 2° sem., N° 68, p. 348, y SCS, de 11 de junio de 1954. R, t. LI, segunda parte, sec. 4ª, p. 63: «Del tenor literal del artículo 67, así como también de la historia de su establecimiento, consignados en las actas de la Comisión Redactora (sesiones 135 y 136) y de su relación con otras normas del mismo Código, aparece que en el evento que ella contempla es facultativo para el tribunal rebajar la pena señalada por la ley para el delito y aplicar al reo la inferior en uno o dos grados, según lo estime de justicia».

Doctrina contraria, p. ej., SCA Temuco, de 28 de octubre de 2011 (C.j. 4, S de nulidad), Rol N° 919-11 RP: «el Tribunal [...] señala que no hará uso de la facultad del artículo 67 inciso 4° del Código Penal. Ello es erróneo y constituye infracción de derecho, pues ha omitido aplicar una norma y le ha dado un sentido diverso de lo que expone dicha norma y el concepto de derecho y todos sus principios, valores en materia penal. [...] el propio artículo indicado, contempla en su inciso segundo, que si se [sic] concurre una atenuante aplicará la pena en su *mínimo*. Luego es ilógico que el propio legislador, al concurrir 2 atenuantes, esto no produzca efecto alguno, ni menos le deje entregado al Tribunal si rebaja o no la pena. En

todos los demás casos¹⁴⁷³ en que la ley, en la especie artículos 65, 66 inc. 3 y 68 inc. 3¹⁴⁷⁴ Cp, refiere la disminución, la cual por lo demás, de acuerdo a todas estas normas citadas, siempre se efectúa a partir del marco inferior de pena [p. ej., en el delito de falsificación de sello del Estado o utilización del sello falso, en cuanto sancionado con presidio mayor en su grado medio (art. 180 Cp), la pena inferior en un grado es presidio mayor en su grado mínimo y la inferior en dos presidio menor en su grado máximo].

c. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito consta de dos o más grados

Asignado la ley al delito una pena compuesta de dos o más grados, sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de una divisible, o diversos grados de penas divisibles, concurriendo sólo una atenuante, no se aplicará el grado máximo (art. 68 incs. 1 y 2 Cp) [v. gr., en los delitos de parricidio, castigado con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (art. 390 inc. 1 Cp), y de homicidio simple, punido con

una interpretación holística, claramente lo que quiso el legislador, fue dar la facultad al Juez con la posibilidad de rebajar uno o dos grados; pero no la facultad de rebajar o no. Entenderlo de otra manera, es perjudicar al imputado, quien obviamente busca configurar las atenuantes para rebajar la pena» (hay voto disidente).

¹⁴⁷³ Así CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 769; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General, t. II, op. cit.*, p. 185-186; NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General, t. II, op. cit.*, pp. 362-363.

¹⁴⁷⁴ SCS, de 15 de julio de 1949. *G*, 1949, 2° sem., N° 50, p. 300, SCS de 9 de marzo de 1950. *G*, 1950, 1.er sem., N° 42, p. 260, SCS, de 11 de junio de 1954. *R*, t. LI, segunda parte, sec. 4ª, p. 63: «La expresión *podrá* que emplea el artículo 68 [...], indica que se trata [...] de facultades potestativas del tribunal, el que puede o no hacer uso de ellas».

Doctrina contraria, p. ej., SCA Santiago, de 22 de abril de 1943. *RCP*, t. VI, p. 202 y *G*, 1943, 1.er sem., N° 25, p. 169: «El artículo 68 no importa una facultad amplia (inc. 3° *podrá*) sino que consagra una autorización limitada, consistente en elegir una rebaja, dentro de la obligación de hacer alguna de las tres que señala»; STJOP (5°) Santiago, de 1 de julio de 2008 (C.j. 11), RUC N° 0700653096-0, RIT N° 45-2008 (*infra* Anexo I 2.1.1. S 68): «[...] concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante el Tribunal se encuentra facultado para rebajar en uno, dos o tres grados al mínimo señalado por la ley al tenor del artículo 68 del Código Penal. [...] la Fiscalía solicitó que el Tribunal no haga uso de la facultad de rebajar la pena, petición que es errada, pues lo que faculta la ley es rebajar en uno, dos o tres grados, pero se encuentra obligado a rebajar a lo menos en un grado [...], por lo que no se acogerá la solicitud del Ministerio Público, pues no es una facultad del Tribunal rebajar en grado sino sólo el número de grados»; STJOP (2°) Santiago, de 20 de enero de 2009 (C.j. 16), RUC N° 0700745036-7, RIT N° 176-2008 (*infra* Anexo I 2.1.3. S 113): «[...] Habiéndose reconocido dos atenuantes, [...], conforme al 68 inciso 3° del Código Penal, el Tribunal deberá imperativamente, bajar en grado la pena, siendo facultativo en uno, dos o tres grados, de acuerdo a la naturaleza y entidad de dichas circunstancias».

presidio mayor en sus grados mínimo a medio (art. 391 N° 2 Cp), sólo podría en el primero decretarse -a lo sumo- presidio perpetuo “simple” y en el segundo solamente presidio mayor en su grado mínimo].

d. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito consta de dos o más grados

Prevista para el delito una pena compuesta de dos o más grados (una o dos penas indivisibles y uno o más grados de una divisible, o diversos grados de penas divisibles), si concurren sólo dos atenuantes el Tribunal puede imponer la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias (art. 68 incs. 1 y 3 Cp) [p. ej., en el parricidio (presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado) la pena inferior en un grado es presidio mayor en su grado medio y el presidio mayor en su grado mínimo y presidio menor en su grado máximo, en ese orden, son las penas inferiores en dos y tres grados al mínimo legal establecido].

e. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito es una indivisible

Dispuesta para el delito una sola pena indivisible [caso de la traición o espionaje de funcionario público, agente o comisionado del gobierno de la República (art. 109 inc. 14 Cp)], si concurre sólo una atenuante se aplica la sanción legalmente prevista pues conforme establece el art. 65 segunda parte Cp sólo se puede rebajar la pena «si hay dos o más [...] atenuantes y [...] ninguna agravante, [...]», disposición que, acorde la regla 4ª del art. 61 del texto punitivo, rige aún acompañada la indivisible de otras penas copulativas.

f. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito es una indivisible

Asignado la ley una sola pena indivisible para el delito, si concurren sólo dos o más atenuantes el Tribunal puede aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados (art. 65 segunda parte Cp) [v. gr., en los delitos de espionaje y traición cometidos por funcionario público (art. 109 inc. 14 Cp), que el Ordenamiento pune con presidio perpetuo, la pena inferior en uno y dos grados es, respectivamente, presidio mayor en su grado máximo y presidio mayor en su grado medio].

g. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una atenuante y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles

Castigado el delito con una pena compuesta por dos indivisibles, si concurre sólo una atenuante se decreta la pena dispuesta en su grado mínimo (art. 66 incs. 1 y 2 Cp) [p. ej., en el único caso que prevé el Cp, esto es, violación con homicidio (art. 372 bis), sancionado con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado, debe por concurrir solamente una minorante imponerse presidio perpetuo “simple”].

h. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más atenuantes y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles

Contemplada para el delito una pena compuesta por dos indivisibles, si concurren sólo dos o más circunstancias atenuantes se puede imponer la pena inferior en uno o dos grados al mínimo señalado por la ley, según sea el número y entidad de dichas circunstancias (art. 66 incs. 1 y 3 Cp) [v. gr., en el único caso previsto por el Cp, esto es, violación con homicidio (presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado), la pena inferior en uno y dos grados

al mínimo legal corresponde, respectivamente, a presidio mayor en su grado máximo y presidio mayor en su grado medio].

i. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia de una atenuante muy calificada

Mediante la Ley 17.727, de 27 de septiembre de 1972, se agregó en el Cp un artículo 68 bis cuyo texto reza que «Sin perjuicio de lo dispuesto en los cuatro artículos anteriores, cuando sólo concurra una atenuante muy calificada el tribunal podrá imponer la pena inferior en un grado al mínimo de la señalada al delito».

A efectos de la rebaja, para el Tribunal facultativa¹⁴⁷⁵, en opinión de MATUS ACUÑA y van WEEZEL DE LA CRUZ, es indispensable que concurra en el hecho una sola atenuante común o especial de efecto normal (esto es, no extraordinarios por vinculación legal), ella “muy calificada”, y sin que haya agravante, como tampoco una atenuante adicional, así por el tenor literal expreso de la norma y porque cuando la ley regula los efectos que producen la concurrencia de dos o más atenuantes (arts. 65 a 68 Cp) cuenta las rebajas correspondientes desde el mismo punto que la disposición de que se trata, esto es, desde el mínimo legal, lo que impide interpretar -por más conveniente que pueda resultar para el enjuiciado- que los efectos de las referidas reglas se superponen¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁵ Así SCA Antofagasta, de 19 de agosto de 2002 (C.j. 9), Recurso de Nulidad, Rol N° 092: «Debe precisarse [...] que el efecto del artículo 68 bis es facultativo para el tribunal; y reviste el carácter de extraordinario en la medida que confiere a una sola circunstancia atenuante la capacidad de permitir una rebaja desde el mínimo». En el mismo sentido, p. ej., MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, “Artículos 50 a 73”, *op. cit.*, pp. 369-370, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, *op. cit.*

¹⁴⁷⁶ Cfr. MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, “Artículos 50 a 73”, *op. cit.*, pp. 369-371, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, *op. cit.* En este sentido SCA Antofagasta, de 19 de agosto de 2002 (C.j. 8), Recurso de Nulidad, Rol N° 092; STJOP Temuco, de 11 de enero de 2002 (C.j. 16), RUC N° 000000582-7, RIT N° 018-2001.

En sentido contrario también interpretan los Tribunales pues a veces rebajan la pena en un grado al mínimo dispuesto por la ley aplicando el artículo 68 bis Cp en base a una atenuante “muy calificada” que surge de compensar modificatorias, en ocasiones ya sólo una atenuante con una agravante concurrentes¹⁴⁷⁷, aquélla además la apreciación que hace de la disposición quien fue Ministro y Presidente de la CS, Mario GARRIDO MONTT [*vid. supra* n. 1476 párr. segundo], cuyo parecer ha compartido el máximo Tribunal: «[...]», es menester ocuparse de la calificación realizada respecto de la reparación celosa del daño inferido y en este aspecto conviene señalar que la regla especial consagrada en el artículo 68 bis del Código Penal, bien puede conciliarse con los casos en que concurren varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas racionalmente las unas con las otras, reste una sola minorante, que es justamente la situación sub júdice. [...], habiéndose compensado racionalmente por los jueces de la instancia la mitigante de la colaboración sustancial en el esclarecimiento de los hechos con la agravante de la reincidencia específica propia y, de este modo, sólo quedó subsistente la atenuante de la reparación celosa del mal producido, la que había sido estimada como muy calificada, de acuerdo con la prerrogativa que entrega a los sentenciados el precepto en cuestión. Y lo

Opinión en contrario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte general*, t. I, *op. cit.*, p. 324: «El art. 68 bis prescribe que sin perjuicio de las reglas que se dan en los artículos que le preceden, cuando concurra una sola atenuante muy calificada, el tribunal queda facultado para imponer la inferior en un grado a la establecida por la ley. Esta posibilidad se presenta cuando en el delito hay una circunstancia atenuante y ninguna agravante; si concurren conjuntamente en el hecho delictivo varias atenuantes y agravantes, siempre que, una vez compensadas las unas con las otras, quede una sola atenuante, ésta también se podrá calificar. [...]. Calificada la circunstancia, el tribunal queda en condiciones de aplicar la pena en el grado inmediatamente inferior a la asignada por la ley».

¹⁴⁷⁷ Así, p. ej., SJG Taltal, de 23 de febrero de 2002, RUC N° 70.137-4, RIT N° 75-2001: «10°. Que agrava la responsabilidad penal del acusado la circunstancia [...] prevista en el artículo 12 N° 14 del Código Penal, esto es, cometer el delito mientras se cumple una condena [...]; 11°. Que beneficia al sentenciado la [...] atenuante [...] prevista en el artículo 11 N° 7, esto es, reparar con celo el mal causado, [...]. Por otra parte, [...] la compensación racional entre atenuante y agravante [...] que el sentenciador está obligado a realizar, debe ser realizada racionalmente y no mecánicamente, lo que implica graduar el valor de cada una permitiendo su calificación y descollar una de ellas, procediendo en conformidad, al artículo 68 bis del Código Penal, rebajar la pena en un grado al mínimo aplicado por el delito» (esta resolución aplica igual criterio que la STJOP Temuco, de 19 de noviembre de 2002, RUC N° 0200031853-4, RIT N° 075-2002 [*vid. supra* n. 1463]).

enseña la doctrina (Mario Garrido Montt, ob. cit., página 324)»¹⁴⁷⁸, «[...] la frase inicial del [...] artículo 68 bis "sin perjuicio de lo dispuesto en los 4 artículos anteriores", o sea, los artículos 65, 66, 67 y 68, desmiente la exclusión [...] de la regla especial del artículo 68 bis respecto de las situaciones previstas en la normativa precitada, porque aun cuando presentan un ámbito diferente, su elección es facultativa para el tribunal y entonces no es dable plantear una errónea adaptación del derecho en este campo, [...]»¹⁴⁷⁹.

Como indica CURY URZÚA, el carácter calificado de la atenuante se decide en concreto según las particularidades de la situación fáctica sobre la cual se construye, por lo que cualquiera de ellas lo será cuando así lo resuelve el juez¹⁴⁸⁰, siendo ello muy posible -como lo advierte ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY [*vid. supra* n. 1471 párr. segundo]- si la minorante reúne más requisitos que los necesarios para ser considerada legalmente tal, por lo

¹⁴⁷⁸ SCS, de 3 de enero de 2006 (C.j. 8), Recurso de Nulidad, Rol N° 5741-05; en igual sentido, p. ej., STJOP Cañete, de 9 de junio de 2008 (C.j. 16), RUC N° 0700715861-5, RIT N° 13-2008 (*infra* Anexo I 2.1.1. S 67).

¹⁴⁷⁹ SCS, de 3 de enero de 2006 (C.j. 9), Recurso de Nulidad, Rol N° 5741-05

Hay voto disidente: «1° [...] no es solamente el claro tenor literal del artículo 68 bis del Código Penal, que emplea el adverbio "sólo", sino que también la historia fidedigna de su establecimiento conducen a la conclusión que la calificación que allí se consagra exclusivamente resulta posible cuando concurre una única atenuante, sin la presencia de otras causales modificatorias de la responsabilidad criminal, sean mitigantes o agravantes, ni menos autoriza la compensación de ellas para después aplicar el precepto en análisis.

[...] el mencionado adverbio "sólo" [...] excluye la pluralidad de dichos elementos modificatorios pues significa "de un solo modo, en una sola cosa,

a. o sin otra cosa" [...] porque semejante multiplicidad ya ha sido regulada antes en los artículos 67 y 68, [...]

b. o separada de una simple operación aritmética.

2° [...] lo expuesto se confirma con solo recordar que esta disposición fue incorporada por el artículo único, N° 3°, de la Ley N° 17.727, [...], cuyo N° 2° modificó el antiguo texto del artículo 65 del Código Penal, suprimiendo la referencia a una sola atenuante muy calificada que facultaba al juez a imponer la pena inmediatamente inferior en grado si concurrían al hecho 2 mitigantes "o una sola muy calificada" y ninguna agravante, cuando se estaba frente a "una sola pena indivisible". [...] la Ley N° 17.727 reguló los efectos de una minorante muy calificada con carácter general para todas las reglas que gobiernan los efectos de las modificatorias de responsabilidad penal, según el marco punitivo, vale decir, los artículos 65, 66, 67 y 68 y no sólo tratándose de penas indivisibles como era antes, ello explica y hace inteligible la frase inicial del precepto "sin perjuicio de lo dispuesto en los 4 artículos anteriores".

3° [...] la ley creó una nueva norma de individualización, atinente al efecto de una sola atenuante, con un supuesto de aplicación propio y cuyas consecuencias quedan al margen del marco penal fijado en la ley para el delito correspondiente e incluso por eso mismo, la reforma incrementó el alcance de la rebaja establecida en el artículo 65 en virtud de 2 o más circunstancias mitigantes y la ausencia de agravantes de 1 a 2 tramos».

¹⁴⁸⁰ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 769.

tanto, a más de las clásicas que señala la doctrina, esto es, atenuantes pasionales¹⁴⁸¹, eximente incompleta que no se regula por el artículo 73 Cp e irreprochable conducta anterior¹⁴⁸², perfectamente puede ser atenuante muy calificada la reparación celosa del mal causado¹⁴⁸³ (art. 11 N° 7 Cp).

j. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito es un grado de una divisible

Dispuesta para el delito una pena que es un grado de una divisible, si concurre solamente una agravante se aplica la pena en su máximo, el que se determina dividiendo por mitad el período de duración de la prevista, siendo la más alta de las partes resultantes dicho máximo (art. 67 inc.s 1, 2 y 3 Cp), realizándose el cálculo de la misma manera que para determinar el mínimo [vid. supra Cap. III 3.6.1.7.a.] [p. ej., en el delito de aborto violento, punido con presidio mayor en su grado mínimo (5 años y 1 día a 10 años) [art. 342 N° 1 Cp], de acuerdo al cálculo correspondiente, el máximo de la sanción a decretar comienza en 7 años y 184 días (parte más baja resultante de dividir el periodo de la pena por mitad o mínimo = 5 años X 365 días = 1.825 días + 1 día = 1.826 días : 2 = 913 días + 1.825 días = 2.738 días = 7 años [2555 días] + 183 días)].

k. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más agravantes y pena asignada al delito es un grado de una divisible

Establecida para el delito una pena que es un grado de una divisible, si concurren sólo dos o más agravantes el Tribunal puede aplicar la pena superior en un grado (art. 67 incs. 1 y 5 Cp).

¹⁴⁸¹ NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General...*, t. II, op. cit., p. 362, n. n° 13.

¹⁴⁸² ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, op. cit., p. 184.

¹⁴⁸³ Así SJG Taltal, de 23 de febrero de 2002 (C.j. 11), RUC N° 70.137-4, RIT N° 75-2001 [vid. supra. n. 1477].

Lo mismo que con la disminución, el aumento, como en todos los casos en que la ley lo refiere (arts. 67 inc. 5 y 68 inc. 4 Cp [pena de dos o más grados]), es facultativo¹⁴⁸⁴, aplicándose, decidido el incremento, la inmediatamente superior en la respectiva Escala [v. gr., en el delito de aborto violento, en cuanto castigado con presidio mayor en su grado mínimo (342 N° 1 Cp), el presidio mayor en su grado medio es la pena superior en grado].

l. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito consta de dos o más grados

Dispuesta por ley para el delito una pena compuesta de dos o más grados, sea que los formen una o dos penas indivisibles y uno o más grados de una divisible, o diversos grados de penas divisibles, concurriendo solamente una agravante no se aplica el grado mínimo (art. 68 incs. 1 y 2 Cp) [v. gr., en los delitos de parricidio y de homicidio simple, punido aquél con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado (art. 390 Cp) y éste con presidio mayor en su grado mínimo a medio (art. 391 N° 1 Cp), debe, respectivamente, imponerse presidio perpetuo “simple” -a lo menos- y presidio mayor en su grado medio].

m. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de dos o más agravantes y pena asignada al delito consta de dos o más grados

Asignado la ley al delito una pena que consta de dos o más grados, concurriendo sólo dos o más agravantes el Tribunal puede¹⁴⁸⁵ imponer la

¹⁴⁸⁴ GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 321-322; MATUS ACUÑA / van WEEZEL DE LA CRUZ, “Artículos 50 a 73”, *op. cit.*, pp. 366 y 368, en: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dir.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, t. I, *op. cit.*

¹⁴⁸⁵ SS CS, de 4 de abril de 1949. *G.* 1949, 1er. sem., N° 46, p. 274 [hay voto disidente], de 15 de julio de 1949. *G.* 1949, 2° sem., N° 50, p. 300, de 9 de marzo de 1950. *G.* 1950, 1er. sem., N° 42, p. 260, de 11 de junio de 1954. *R.* t. LI, segunda parte, sec. 4ª, p. 63, de 15 de octubre de 1959. *R.* t. LVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 241, de 26 de junio de 1969. *R.* t. LXVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 136, de 22 de octubre de 1973. *R.* t. LXX, 2ª

pena inmediatamente superior en grado al máximo de los designados por la ley (art. 68 incs. 1 y 4 Cp) [v. gr., en el homicidio “simple”, en tanto punido con presidio mayor en su grado mínimo a medio (391 N° 2 Cp), es posible decretar presidio mayor en su grado máximo].

n. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de agravante(s) y pena asignada al delito es una indivisible

Si la ley señala una sola pena indivisible (que puede ir acompañada de otras -privativas de libertad o pecuniarias- copulativas conforme dispone la regla 4ª del art. 61 Cp) y concurre solamente agravante, incluso más de una, la pena «la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurren en el hecho» (art. 65 primera parte Cp) [p. ej., aún varias las agravantes concurrentes y grave la infracción, como traición o espionaje cometido por funcionario público, agente o comisionado del Gobierno de la República, castigados con presidio perpetuo (art. 109 inc. 14 Cp), el juez únicamente puede decretar dicho presidio perpetuo “simple”].

ñ. Determinación cuantitativa de la pena por concurrencia sólo de una agravante y pena asignada al delito compuesta de dos indivisibles

Asignado la ley al delito una pena compuesta de dos indivisibles, si concurre solamente una agravante se impone la pena dispuesta en su grado máximo (art. 66 incs. 1 y 2 Cp) [v. gr., en el único caso que contempla el Cp, cual es el de violación con homicidio, punido con presidio perpetuo a presidio perpetuo calificado (art. 372 bis), debe decretarse el último presidio referido (y como más allá del presidio perpetuo calificado en el texto punitivo no hay

parte, sec. 4ª, p. 104: «La expresión podrá que emplea el artículo 68 en sus incisos 1º, 3º y 4º, indica que se trata en ello de facultades potestativas del tribunal, el que puede o no hacer uso de ellas».

otra pena, en el delito en cuestión, si concurren dos o más agravantes éstas no surten efecto diferente al que origina una sola)].

3.6.2. Determinación judicial de la pena

Excluidas obviamente las situaciones en que resulta una pena perpetua, cuya propia naturaleza lo hace improcedente, una vez determinada la magnitud de pena imponible, por ejemplo, presidio menor en su grado mínimo, presidio mayor en sus grados mínimo a medio, presidio mayor en su grado mínimo en su minimum, etc., o sea, un grado divisible de penalidad o bien varios porque no concurren circunstancias modificatorias y ya una mitad de grado divisible de penalidad por concurrir sólo una atenuante, la cuantía exacta de la sanción la fija el juez atendiendo «al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito» (art. 69 Cp).

En consecuencia, quien juzga vuelve a considerar las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal sólo que en esta etapa en su conjunto y valorándolas de acuerdo a sus relaciones recíprocas en el contexto del hecho objeto de la sentencia¹⁴⁸⁶. En lo que toca al mal¹⁴⁸⁷ producido por la infracción, en tanto la lesión o peligro en que consiste el resultado externo de aquélla admita graduación, hay que considerar primeramente su nivel, por ejemplo, la cuantía de la estafa, de los daños, debiendo luego apreciarse las otras consecuencias perjudiciales que directamente causa el comportamiento punido, aunque no formen parte del tipo a efectos de la penalidad, como ser

¹⁴⁸⁶ Cfr. CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 770.

¹⁴⁸⁷ Para PACHECO, *El Código Penal: Concordado y comentado*, t. I, *op. cit.*, p. 413, interpretando la regla 7 del art. 74 CpE 1848, inalterable en la reforma de 1850, que precisamente corresponde al art. 69 CpCh, «Este mal de que habla la ley, y al que da la importancia que vemos dentro de cada grado de penalidad, no es sólo el material y físico que resulta del crimen, sino también el mal de alarma que se difunde por su consecuencia. [...]».

el descrédito de la víctima por las injurias, el deceso del bombero ocasionado por el incendio¹⁴⁸⁸.

En todo caso, como bien señala la CA Temuco, «[...] Si el Tribunal quiere avanzar para la aplicación de una pena más grave [...] deba[e] aplicar el derecho correctamente, según su grado desarrollo actual y de acuerdo a sus principios y valores y con la limitación siempre por la promoción y respeto de los derechos humanos y por la dignidad y libertad del hombre; [...]. Aunque el Código penal diera [...] libertad para aplicar la pena -cosa que no hace- esto siempre está limitado por la Constitución. No penas inhumanas, ceñirse al estándar de lo justo, racional y proporcional. [...]»¹⁴⁸⁹, [...] una materia donde los sentenciadores deben fundamentar es la determinación de la pena. [...] Fijar las penas es un trabajo intelectual de suyo complejo y aquello debe ser explicitado. Si se va afectar un derecho como la libertad, [...] el trabajo intelectual del juez y sus conclusiones deben ser [...] estrictas, claras, razonadas, explícitas a luz del Derecho contemporáneo de los derechos humanos y del derecho penal y con todos sus principios y valores, considerando siempre el estándar de nuestra Constitución; procesos racionales, justos, proporcionales, humanos acordes con la dignidad de cada persona. [...]»¹⁴⁹⁰.

¹⁴⁸⁸ CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 770; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, op. cit., p. 191; GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 315.

Para van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Determinación de la pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal”. *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2, 2001, pp. 401-407, pp. 402-403, comprendiendo la mayor o menor extensión del mal producido por el delito los resultados típicos no asociados por sí solos en el tipo a incrementos vinculantes de penalidad (p. ej., el grado de deformidad -siempre dentro de lo notable- causado por las lesiones del art. 397 n° 1 Cp), las repercusiones que serán necesariamente extratípicas, derivadas del delito frustrado y de la tentativa, las demás repercusiones extratípicas del hecho, tanto en los delitos de resultado como de mera actividad (p. ej., en el giro doloso de cheques, la magnitud del perjuicio económico del tenedor del cheque), el art. 69 Cp sólo comprende a las repercusiones del hecho que a lo menos sean objetivamente imputables al comportamiento típico, siendo discutible si además debe existir dolo o culpa en relación a ellas, y si debe tratarse de repercusiones culpables, aunque, de todas formas, la barrera de la imputación objetiva puede bastar para marginar consecuencias insatisfactorias, como ser la imputación, en todo evento, de la muerte del bombero al autor del incendio (art. 474 Cp).

¹⁴⁸⁹ SCA Temuco, de 8 de marzo de 2011 (C.j. 8), Recurso de Nulidad, Rol 115-2011.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.* (C.j. 9).

3.6.3. Determinación judicial de la pena de multa

La pena de multa no se halla incorporada en alguna de las Escalas graduales del artículo 59 del Cp y a fin de poder ser impuesta el Código establece una regla especial, contemplada en los incisos 6 y 8 del artículo 25.

Como ya ha sido expuesto, la multa difiere según el delito para el que ella se prevé, esto es, su cuantía no puede exceder de 30 UTM en caso de crimen, de 20 UTM en los simples delitos ni de 4 UTM en las faltas, si bien en determinadas infracciones, por su gravedad, pueden disponerse multas de cuantía superior (art. 25 inc. 6 Cp). Y, atendida la regla general precedente, cuando la ley impone multas cuyo cómputo debe hacerse en relación a cantidades indeterminadas (v. gr., art. 282 Cp: multa del duplo al quíntuplo del valor de la prenda o seguridad recibida y comiso de la cantidad prestada), el importe de aquéllas nunca podrá exceder de 30 UTM (art. 25 inc. 8 Cp).

La multa, toda vez que no se encuentra dividida en grados ni es posible hacerlo en una forma razonable¹⁴⁹¹, para su aplicación, el juez, quien está facultado para recorrerla en toda la extensión en que se le permite imponerla, debe consultar no sólo las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal del hecho sino que principalmente el caudal o facultades del culpable (art. 70 inc. 1, 1ª parte, Cp).

O sea, también el juez otra vez considera las modificatorias de responsabilidad penal, éstas en su conjunto y valorándolas conforme a sus relaciones recíprocas al tenor del hecho punible, sólo que tal evaluación es de manera más libre, si bien semejante, hasta cierto punto, a la prescrita por el artículo 69 Cp, teniendo en todo caso preeminencia la capacidad económica

¹⁴⁹¹ Así CURY URZÚA, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 770.

del penado, esto es, su capital y capacidad de generar renta, fórmula que permite mitigar la relatividad de los efectos de la sanción pecuniaria¹⁴⁹².

Asimismo, en lo que puede verse como un afán de lograr que efectivamente se cumpla la sanción, respetándose sí la igualdad (*principio*) de todo condenado, en casos calificados, siempre que no concurren agravantes y atendiendo a la situación económica del convicto, la ley autoriza al Tribunal para decretar el pago de una multa inferior a la legalmente establecida, lo que debe fundamentarse en la sentencia (art. 70 inc. 1, 2ª parte, Cp). Consecuentemente, en la misma resolución o durante su ejecución, atendidas las circunstancias, se puede autorizar pagar la multa por parcialidades, dentro de un plazo máximo de un año, siendo exigible el total de la multa adeudada en caso de impago de una sola de aquéllas (art. 70 inc. 2 Cp).

¹⁴⁹² Cfr. CURY URZÚA, *ibid.*

Dice ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte General*, t. II, *op. cit.*, p. 192, aunque no hay, ni puede tampoco haberla, una regla matemática, en tanto el art. 70 Cp es de carácter obligatorio, sería forzoso consignar en el fallo el razonamiento respectivo.

3.7. Penas aplicables a las personas jurídicas

En Chile, con la L 20.393 (DO 02/12/2009) se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acotada la misma a la comisión de delitos de lavado de activos (art. 27 L 19.913), financiamiento del terrorismo (art. 8 L 18.314), y de cohecho a funcionario público nacional (art. 250 Cp) e internacional (art. 250 bis Cp), catálogo restringido¹⁴⁹³ que cumple con creces las obligaciones asumidas en instrumentos internacionales en orden a consagrar un sistema que asegure, medianamente, sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas respecto de personas jurídicas responsables de determinadas infracciones (v. gr., Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

Las personas jurídicas responden penalmente cuando los delitos antes señalados se cometen en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, y siempre que la comisión delictiva fuere consecuencia del incumplimiento, por parte del ente

¹⁴⁹³ En opinión de SALVO ILABEL, Nelly. “Principales Aspectos de la Nueva de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)”. En: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk*. Dordrecht; Heidelberg; London; New York: Springer, 2011, pp. 289-311, p. 296, «dada la naturaleza y entidad de los delitos [...] cometidos a partir de las organizaciones, resulta absolutamente necesaria injustos que atenten contra el patrimonio del Estado y el medioambiente, así como [...] aquellos que pertenecen clásicamente a la *criminalidad de la empresa*». Para MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357/”. *Ius et Praxis*. vol. 15, núm. 2, 2009, pp. 285-306, pp. 297-298, otros delitos que debieran incluirse, ya del Cp, son los del Tít. IV, Lib. II (*falsificaciones*), del Tít. VI, Lib. II, párrafos 3 (rotura de sellos), 4 (embarazos puestos a la ejecución de trabajos públicos), 5 (crímenes y simples delitos de los proveedores), 6 (loterías y juegos prohibidos), 7 (relativos a la industria, al comercio y las subastas públicas), 9 (salud animal y vegetal), 10 (asociaciones ilícitas) y 14 (salud pública), los del Tít. IX, Lib. II, párrafos 5 bis (receptación), 6 (usurpación de tierras y aguas) y 10 (daños), y los cuasidelitos del Tít. X, Lib. II, también los delitos de la Ley de Tránsito, los delitos ecológicos y de contaminación de los arts. 135 a 139 del Código de Aguas, 138 de la Ley General de Urbanismo y 38 de la Ley de Monumentos Nacionales, y arts. 30 y 31 de la Ley de Caza, los delitos de la Ley Antimonopolios y leyes de Bancos, AFP, Valores y Seguros, los comprendidos en el Código Tributario y las infracciones punibles relativas a los derechos de los trabajadores y la seguridad social, en especial las relativas al no pago de cotizaciones previsionales.

social, de los deberes de dirección y supervisión (art. 3 inc. 1 L 20.393). También, bajo los mismos presupuestos referidos, las personas jurídicas tienen responsabilidad por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados antes (art. 3 inc. 2 L 20.393).

Mas, los deberes de dirección y supervisión se consideran cumplidos si previo a la comisión del delito la persona jurídica adoptó e implementó modelos de organización, administración y supervisión para prevenir¹⁴⁹⁴ ilícitos como el cometido, además que no tiene responsabilidad penal el ente social si la respectiva persona natural comete el delito exclusivamente en ventaja propia o provecho de un tercero (art. 3 incs. 3 y 4 L 20.393).

Se consagra un *sistema mixto* de imputación de responsabilidad penal porque se requiere que el delito lo cometa una persona física, lo que importa un sistema de transferencia de responsabilidad, pero, a su vez, se establece un sistema de *culpabilidad propia de la empresa* por quedar ésta exculpada si prueba que sí cumplió con sus correspondientes deberes de supervisión y vigilancia, siendo necesario, de acuerdo a esto último, que junto a existir un hecho de referencia o conexión realizado por una persona física haya también una responsabilidad por el hecho propio del ente, fundado en la teoría de la

¹⁴⁹⁴ En términos generales, conforme establece el art. 4 L 20.393, el modelo de prevención delictiva que puede adoptarse debe contener los siguientes elementos mínimos: 1) Designación, por parte de la máxima autoridad administrativa del ente colectivo, de un encargado de prevención, quien dura en funciones hasta tres años, pudiendo ser prorrogado en el cargo por períodos de igual duración, pudiendo sí las tareas del encargado de prevención ser asumidas por el dueño, socio o accionista controlador cuando la organización colectiva tiene ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento (UF) [1 UF, al 23 de junio de 2011 equivale a \$ 21.916, 13 y éstos a €33,522178]; 2) Definición de medios y facultades del encargado de prevención, debiendo la Administración de la persona jurídica proveer a aquél de los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones; 3) Establecimiento, en conjunto por el encargado de prevención y la Administración de la persona jurídica, de un sistema de prevención de los delitos, y que como mínimo contemple, p. ej., la identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de cometerse los delitos por los que puede responder penalmente el ente colectivo, establezca protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan, a quienes intervengan en las actividades o procesos antes indicados, programar y ejecutar sus tareas o labores de manera que prevenga la comisión de esos mencionados delitos; 4) Supervisión y certificación del sistema de prevención de los delitos.

culpabilidad de organización, por cuanto el ente colectivo puede eximirse del cumplimiento de la pena, aún demostrado que se cometió un delito por parte de un órgano de dirección o por quienes de éste dependan, en la medida que existan modelos de autoorganización idóneos para la prevención de delitos¹⁴⁹⁵.

Tratándose de las penas aplicables a las personas jurídicas, pudiendo imponerse de aquéllas una o más según establece el artículo 8 números 1) a 4) de la L 20.393, son las siguientes:

1) *disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica*, que produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica (art. 9 inc. 1 L 20.393).

Esta sanción no se aplica a las empresas del Estado ni a las personas jurídicas de derecho privado que prestan servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a

¹⁴⁹⁵ Cfr. SALVO ILABEL, Nelly. “Principales Aspectos de la Nueva de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)”, *op. cit.*, pp. 293-294, en: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk*, *op. cit.*

En el mismo sentido, p. ej., MATUS ACUÑA, “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas ...”, *op. cit.* p. 295: «Este [...] sistema [...] no atribuye directamente responsabilidad penal a las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales a su servicio (“sistema *vicarial*”); ni asume [...] que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que toma[n] decisiones y las ejecutan (“sistema de *culpabilidad de la empresa*”); sino establece las condiciones en las cuales, de cometerse un delito, la persona jurídica interesada en su realización ha de responder penalmente [...]. Y esas condiciones son, básicamente, la atribución de obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas [...], de implementación de modelos o programas de prevención [...]. Por lo mismo, puede caracterizarse como un “sistema de *determinación de la pena*” o “mixto”»; HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Polít. crim.* vol. 5, n° 9 (julio 2010), pp. 207-236, p. 217: «Se suele hablar [...] de un *modelo mixto*, que [...] no es más que una variante más o menos morigerada de las consagraciones históricas emblemáticas del modelo de responsabilidad derivada, en el sentido de no satisfacerse [...] con una conexión meramente formal entre la entidad y la persona natural responsable y exigir, en cambio, algún tipo de “aporte” propiamente organizacional al delito. En la medida, sin embargo, en que la responsabilidad de la persona natural siga siendo presupuesto de la de la persona jurídica, se tratará sin duda de una responsabilidad derivada. [...] la ley chilena ha abrazado precisamente un modelo atenuado de responsabilidad derivada, que, además de la conexión entre individuo responsable y su hecho con la persona jurídica, requiere que ésta haya contribuido al hecho por la vía de haberse organizado de un modo que favorece o en todo caso no impide ni dificulta la realización de ese tipo de hechos, esto es, la llamada responsabilidad por “defecto de organización”» [A. disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf (visitado el 20/02/2011)].

la comunidad, como resultado de la aplicación de dicha pena (art. 8 N° 1) inc. 2 L 20.393).

Asimismo, esta pena sólo procede en casos de crímenes en que concurre agravante de reincidencia propia específica, en concreto «haber sido condenado, dentro de los cinco años anteriores, por el mismo delito» (L 20.393, art. 9 inc. final en relación con art. 7), pudiéndose también aplicar cuando se condene por crímenes cometidos en carácter de reiterados, de conformidad a lo establecido en el artículo 351 del Cpp¹⁴⁹⁶ (art. 9 *in fine* L 20.393).

2) *prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado*, que importa la pérdida del derecho de participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos estatales (art. 10 inc. 1 L 20.393).

Para determinar esta pena el Tribunal debe ceñirse a la siguiente escala: 1) *prohibición perpetua* de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, y 2) *prohibición temporal* de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, que comprende un grado *mínimo*, de 2 a 3 años, uno *medio*, de 3 años y un día a 4 años, y uno *máximo*, de 4 años y un día a 5 años (art. 10 inc. 2 L 20.393).

¹⁴⁹⁶ «[...] En los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos.

Podrá, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, hubiere de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considerará delitos de una misma especie aquellos que afectaren al mismo bien jurídico».

La prohibición rige a contar de la fecha en que la respectiva sentencia se encuentre ejecutoriada, debiendo el Tribunal oficiar a la Dirección de Compras y Contratación Pública, la cual mantendrá un registro actualizado de las personas jurídicas a las que se les haya impuesto la pena (art. 10 inc. 3 L 20.393).

3) *pérdida parcial o total de beneficios fiscales o prohibición absoluta de recepción de los mismos por un período determinado.*

Para todo efecto legal, son beneficios fiscales los que otorga el Estado o sus organismos por concepto de subvenciones sin prestación recíproca de bienes o servicios y, en especial, subsidios para financiamiento de actividades específicas o programas especiales y gastos inherentes o asociados a la realización de éstos, sea que tales recursos se asignen a través de fondos concursables o en virtud de leyes permanentes o subsidios, subvenciones en áreas especiales o contraprestaciones establecidas en estatutos especiales y otras de similar naturaleza (art. 11 inc. 1 L 20.393).

Esta pena comprende un grado *mínimo*, que es la pérdida del veinte al cuarenta por ciento del beneficio fiscal, uno *medio*, que es la pérdida del cuarenta y uno al setenta por ciento del beneficio fiscal, y uno *máximo*, ya la pérdida del setenta y uno al cien por ciento de tal beneficio (art. 11 inc. 2 L 20.393).

Y si no fuere el ente colectivo acreedor de beneficios fiscales, se puede aplicar como sanción la *prohibición absoluta de percibirlos* por período entre 2 y 5 años, el que se cuenta desde que está ejecutoriada la sentencia que declara la responsabilidad (art. 11 inc. 3 L 20.393).

4) *multa a beneficio fiscal.*

Esta pena también comprende un grado *mínimo*, desde 200 a 2.000 UTM, uno *medio*, desde 2.001 a 10.000 UTM, y uno *máximo*, desde 10.001 a 20.000 UTM. (art. 12 inc. 1 L 20.393). Y si la cuantía de la multa pone en riesgo la continuidad del giro de la persona jurídica sancionada, o así lo aconseja el interés social, puede el Tribunal autorizar el pago de la misma por parcialidades, dentro de un límite no superior a los 24 meses (art. 12 inc. 2 L 20.393).

3.7.1. Penas de crímenes y de simples delitos de las personas jurídicas

De las sanciones aplicables a las personas jurídicas corresponden a pena de crimen la *disolución de la persona jurídica o cancelación de la personalidad jurídica*, la *prohibición de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado máximo a perpetuo*, la *pérdida de beneficios fiscales en su grado máximo o prohibición absoluta de recepción de los mismos de 3 años y un día a 5 años*, y la *multa a beneficio fiscal en su grado máximo* (art. 14 N° 1 L 20.393).

Las penas de simple delito son la *prohibición temporal de celebrar actos y contratos con organismos del Estado en su grado mínimo a medio*, la *pérdida de beneficios fiscales en su grado mínimo a medio o prohibición absoluta de recepción de los mismos de 2 a 3 años*, y la *multa en su grado mínimo a medio* (art. 14 N° 2 L 20.393).

3.7.2. Penas accesorias de las personas jurídicas

Se prevén para las personas jurídicas *penas accesorias* (art. 8 N° 5) L 20.393), y que son las siguientes:

1) *publicación de un extracto de la sentencia*, específicamente de su parte resolutive, en el Diario Oficial u otro diario de circulación nacional, asumiendo los costos la persona jurídica sancionada (art. 13 N° 1) L 20.393).

2) *comiso*, que comprende el producto del delito y demás bienes, efectos, objetos, documentos e instrumentos del mismo (art. 13 N° 2) L 20.393).

3) *entero en arcas fiscales de cantidad equivalente a la inversión*, en los casos que el delito cometido suponga la inversión de recursos de la persona jurídica superiores a los ingresos que ella genera (art. 13 N° 3) L 20.393).

Acorde al art. 14 de la L 20.393, sea de crimen o de simple delito la pena que se impone a una persona jurídica, siempre se aplicarán las penas accesorias.

3.7.3. Determinación de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La pena a imponer a las personas jurídicas se determina en relación a la prevista para el delito que origina la responsabilidad delictiva de aquéllas y de acuerdo a la Escala General de Penas al efecto (art. 14 L 20.393), que distingue -como se explicitó- penas de crímenes y de simples delitos.

3.7.3.1. Determinación legal de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Con la idea de que haya proporcionalidad¹⁴⁹⁷ entre las penas que se aplicarán a las personas físicas y a las personas jurídicas, se establecen (art. 15 L

¹⁴⁹⁷ Al tiempo de la L 20.393, de acuerdo a las penas previstas, son simples delitos el cohecho a funcionario público chileno y extranjero y el financiamiento del terrorismo y es crimen el lavado de dinero, y quiebra la proporcionalidad el art. 1 N° 6 de la L 20.467 (DO 08/10/2010) que convierte el financiamiento del terrorismo en crimen al reemplazar en éste la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio por la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo.

20.393) las penas de simples delitos (art. 14 N° 2 a), b), c) L 20.393) para los delitos de cohecho, tanto a funcionario público chileno (art. 250 Cp) como a extranjero (art. 251 bis Cp), y de financiamiento del terrorismo (art. 8 L 18.314), y las de crímenes (art. 14 N° 1 a), b), c), d) L 20.393) para el delito de lavado de dinero (art. 27 L 19.913).

3.7.3.1.1. Determinación cuantitativa de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tal como con las personas físicas, tratándose de las jurídicas y a objeto de determinar la pena a ser aplicada, se prevén circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en concreto, tres atenuantes y una agravante.

Las atenuantes son la *reparación celosa del mal causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias* (art. 11 N° 7 Cp), la *colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos* (art. 11 N° 9 Cp), y la *adopción* por parte del ente colectivo, con anterioridad al inicio del juicio, *de medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación* (art. 6 números 1), 2) y 3) L 20.393). La atenuante de colaboración substancial se configura sólo si, en cualquier estado de la investigación o del procedimiento judicial, los representantes de la persona jurídica, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, ponen el hecho punible en conocimiento de las autoridades o aportan antecedentes para establecer los hechos investigados (art. 6 N° 2) L 20.393). La agravante es *haber sido condenada* la persona jurídica, dentro de los cinco años anteriores, *por el mismo delito* (art. 7 L 20.393). Para la determinación cuantitativa de la pena, si concurren modificatorias de responsabilidad criminal de signo contrario, pero sólo en cuanto las minorantes sean «varias», o sea, mínimo dos, la respectiva agravante -única que la ley contempla- se

«compensará racionalmente con alguna de las atenuantes, debiendo ajustarse las penas» conforme a las reglas dadas para el caso de concurrir únicamente atenuante(s) (art. 16 inc. 4 L 20.393).

3.7.3.1.1.1. Determinación cuantitativa de la pena de crimen en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo una atenuante y ninguna agravante

Concurriendo una atenuante y ninguna agravante el Tribunal debe aplicar sólo dos de las penas previstas y en su *mínimum*, si procediere (art. 16 inc. 1 *in fine* L 20.393).

b. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante

Concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante el Tribunal debe aplicar dos penas de las contempladas para los simples delitos (art. 16 inc. 3 *in fine* L 20.393).

c. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo agravante única que prevé la ley y ninguna atenuante

Concurriendo la única agravante que prevé la ley el Tribunal debe aplicar las penas contempladas en su *máximum*, si procediere, o la disolución o cancelación (art. 16 inc. 2 *in fine* L 20.393).

3.7.3.1.1.2. Determinación cuantitativa de la pena de simple delito en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

a. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo una sola atenuante y ninguna agravante

Concurriendo una sola atenuante y ninguna agravante se aplican sólo dos de las penas previstas, debiendo imponerse una de ellas en su grado mínimo (art. 16 inc. 1 primera parte L 20.393)

b. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante

Concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante se debe aplicar sólo una pena de las previstas, pudiendo recorrerla el Tribunal en toda su extensión (art. 16 inc. 3 primera parte L 20.393)

c. Determinación cuantitativa de la pena concurriendo agravante única que prevé la ley y ninguna atenuante

Concurriendo la agravante única que la ley prevé y ninguna atenuante deben aplicarse todas las penas contempladas en su grado máximo (art. 16 inc. 2 primera parte L 20.393).

3.7.4. Determinación judicial de la pena en la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Para regular la cuantía y naturaleza de las penas a imponer, debiendo dejarse constancia pormenorizada en el fallo de los respectivos razonamientos, el Tribunal debe atender a los montos de dinero involucrados en la comisión del

delito, al tamaño y la naturaleza de la persona jurídica, al grado de sujeción y cumplimiento de las normas legales y reglamentarias y de las reglas técnicas de observancia obligatoria en el ejercicio del giro o actividad habitual, a la extensión del mal causado por el delito y a lo grave de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, de los daños serios que puede ocasionar a la comunidad la imposición de la pena, cuando se trate de empresas del Estado o de empresas que presten un servicio de utilidad pública (art. 17.1). 2).3).4).5).6) L 20.393).

3.8. Reflexiones acerca de los sistemas de penas español y chileno

Los sistemas penales español y chileno son disímiles, contemplando sí algunos parámetros idénticos para determinar las penas (v. gr., causas de eficacia extraordinaria, autoría y participación), caracterizándose el primero por abandonar, en 1995, el sistema, adoptado por el Cp chileno y que rige hasta hoy, de *escalas graduales de penas*, el que reemplazó por uno de *penas autárquicas*¹⁴⁹⁸, o sea, estructura todas ellas de forma tal que puedan desdoblarse en sí, en dos, mitad superior e inferior, y por sí mismas, hacia arriba o abajo dando paso a la pena superior e inferior, respectivamente.

El juez español y chileno, que fallan jurídicamente vinculados, esto es, se guían por las reglas legales generales y especiales establecidas al efecto¹⁴⁹⁹, gozan de cierta discrecionalidad, pues, fuera de la libre apreciación o valoración de la prueba, en la fase de determinación de la pena legal abstracta, pueden, por ejemplo, decidir cuál sanción se aplica si el delito se castiga con penas alternativas, a veces una adicional (pena principal conjunta o pena accesoria), fijar, en esta etapa y en la de concreción legal, el alcance del aumento cuando en relación a la prevista se faculta imponer pena superior o inferior¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁸ Así LLORCA ORTEGA, *Manual de determinación de la pena*, op. cit., p. 42.

¹⁴⁹⁹ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 938-939

¹⁵⁰⁰ Dice BOLDOVA PASAMAR, “Aplicación y determinación de la pena”, op. cit., p. 230, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, op. cit. [ed. 2006], en el caso de España, al individualizar la pena el juez decide discrecional y motivadamente, valorando desde el punto de lo injusto, de la culpabilidad y, sin duda, de los fines de la pena, todas las circunstancias del hecho y de su responsable que todavía no encuentran plasmación en la pena, y que confieren al delito su singularidad y al culpable su individualidad. En palabras de QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, op. cit., p. 535, consistiendo la individualización judicial en la determinación de la pena que, dentro de las posibilidades legales -pues no hay que olvidar los principios de seguridad jurídica y de legalidad- hace el juez, «En el Derecho español ese margen de decisión ha sido tradicionalmente pequeño, cosa que en cierta medida ha cambiado tras la promulgación del CP de 1995».

En el sistema español, al tenor del art. 66.1.2ª.4ª.5ª.7ª Cp, como la medida exacta de la sanción se fija dentro de un marco penal, cuya extensión final podría quedar determinada por atenuante o agravante genérica -una y otra atingentes a la culpabilidad¹⁵⁰¹-, y siempre en consideración a, conforme establece el artículo 66.1.6ª Cp, en lo que constituye la individualización *stricto sensu*, las circunstancias personales del infractor y la gravedad del hecho, puede afirmarse que la pena se impone acorde la teoría del espacio de juego¹⁵⁰², que precisamente permite operar según necesidades preventivas juntamente con la gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto culpable dentro a su vez del más amplio marco penal típico.

Es más, como para la individualización se abandonó «la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente» (art. 61.4ª CpE 1944 y 1973) y reemplazó por «las circunstancias personales del delincuente y la

¹⁵⁰¹ Así, p. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español: Parte general, op. cit.*, p. 689; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: Derecho Penal: Parte General*. Reimpresión de Primera edición 1984. Madrid: Civitas, 1992, pp. 446-447. Igual parecer BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, pp. 161, para quien «no cabe duda de la posibilidad de una total compatibilidad entre el principio de culpabilidad y el sistema legal de individualización de la pena [...] las agravantes personales y las atenuantes nominadas expresan circunstancias que revelan la mayor o menor culpabilidad del autor [...]». Por el contrario, para COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte General*, p. 878, las circunstancias modificativas de responsabilidad criminal dicen relación con la pena y no con el delito, éste existente se den o no tales circunstancias, las que únicamente afectan el *quantum* de la pena, incluso a la calidad de la misma.

En concepto de BACIGALUPO ZAPATER, *Principios constitucionales de derecho penal, op. cit.*, p. 157, la Constitución consagra como principio estructural básico del Derecho penal el principio de culpabilidad y se fundamenta el rango constitucional de éste en la Carta en «la *justicia* como “valor superior del orden jurídico” (art. 1 CE) y en [...] los “fundamentos del orden político” (art. 10 CE) que garantizan la *dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*».

¹⁵⁰² En opinión de MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, p. 727, el Derecho penal español no decide la jerarquía de los distintos criterios a que alude, esto es, gravedad del hecho y circunstancias personales del sujeto como principios generales, y circunstancias modificativas como manifestaciones particulares de los mismos, factores en los cuales pueden verse representados los distintos fines de la pena, por lo que cabe considerar compatible con la regulación vigente toda teoría que combine de algún modo, en ambas fases de la determinación judicial -en sentido estricto y amplio-, y no es entonces obligada la elección a favor de la teoría del espacio de juego en sus diversas modalidades.

Para DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la Pena, op. cit.*, p. 329, pena debe individualizarse siguiendo criterios de prevención especial positiva, que persigan por encima de todo la maximización del fin de no resocialización del reo, así como las máximas cotas de resocialización siempre que sea posible, siendo el modelo teórico para su posible aplicación por los jueces españoles el esquema fundamental diseñado por la Jurisprudencia alemana en la denominada Teoría del Espacio de Juego, pero con modificaciones sustanciales, que conectan parcialmente con la tesis del § 59 del Proyecto Alternativo de 1966 en Alemania, en cuanto a la relevancia que se le otorga en éste a la prevención especial.

mayor o menor gravedad del hecho», con lo que ahora tendría mayor peso relativo la prevención especial, podría aun afirmarse que la sanción se determina acorde la teoría modificada del espacio de juego que defiende Roxin: «la teoría del margen de libertad tiene que reconocerse como la única teoría correcta [...] Con ello se plantea [...] cómo debe completarse ese margen de libertad [...]. Una cosa es segura, [...] para completar o recorrer ese margen o marco de libertad vienen en consideración solamente puntos de vista preventivos, y que dentro de estos criterios preventivos se pueden admitir sin límites las consideraciones de prevención especial. El juez puede, por tanto, imponer cualquier pena que esté dentro de los límites que permite el marco de la culpabilidad eligiendo en cada caso aquella que le parezca más conveniente, sobre todo para alcanzar la resocialización»¹⁵⁰³, «[...] el legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización»¹⁵⁰⁴.

Disponiendo el legislador, sin duda, las penas con carácter preventivo general¹⁵⁰⁵, dentro del espacio de juego que tiene el juez para graduar la sanción, es discutible si al efecto han de considerarse tanto necesidades de

¹⁵⁰³ ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, p. 100, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*

¹⁵⁰⁴ ROXIN, “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”, *op. cit.*, p. 109, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*

¹⁵⁰⁵ Como hace notar PÉREZ MANZANO, Mercedes. “Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”. *InDret*. 1 (2011), pp. 1-40, pp. 18-19, la prevención general negativa conduce a una selección distinta y más amplia de las conductas punibles así como a imponer sanciones mayores o más gravosas, supone una mayor restricción de la libertad, aconteciendo precisamente que, señala ORTS BERENGUER, Enrique. “La deriva actual del Derecho penal en España”. *ReCrim*. 2009, pp. 260-264, pp. 261-262, han sido numerosas las reformas hechas al Código penal de 1995, las que en líneas generales han ampliado el ámbito de lo penalmente relevante y por ende de lo prohibido, así como endurecido e incrementado la respuesta punitiva, muestra de ello, p. ej., la reintroducción de la circunstancia agravante de multirreincidencia (art. 66.5 Cp), que permite, cumplido el requisito que prescribe la ley, la imposición de la pena superior en grado en su mitad inferior, las reglas del artículo 76 del Código penal y a través de las cuales se eleva la pena privativa de libertad hasta los 40 años, los recortes inferidos a los beneficios penitenciarios mediante los artículos 36 y 78 del texto punitivo, la conversión de cuatro faltas en delitos en los casos de hurto y robo o hurto de uso de vehículos a motor (arts. 234 párr. 2 y 241.1 párr. 2 Cp), la previsión de pena privativa de libertad para delitos castigados inicialmente con otra clase de penas, la creación de nuevos tipos y la ampliación de los márgenes aplicativos de muchos de los existentes.

prevención general como de prevención especial o sólo estas últimas¹⁵⁰⁶. Para ROXIN sólo cabe la prevención especial, ésta positiva primordialmente: «los partidarios de la teoría del margen de libertad [...] sólo pueden entender la expresión de que la culpabilidad es «fundamento de la determinación de la pena», de tal forma que el marco para la determinación concreta de la pena se forme por la culpabilidad y que, dentro de este «margen de libertad», sean las consideraciones preventivas quienes decidan sobre la magnitud de la pena»¹⁵⁰⁷, «[...] la ley normalmente obliga a tener en cuenta las necesidades preventivas en el ámbito del marco de la culpabilidad, pero [...] permite excepcionalmente imponer una pena inferior a la correspondiente al grado de culpabilidad, hasta el límite de lo indispensable para la «defensa del ordenamiento jurídico», cuando la imposición de una pena correspondiente a la culpabilidad pueda tener un efecto claramente contrario a la socialización»¹⁵⁰⁸.

Sin norma que remita a un fin de la pena, en Chile, al tenor del art. 69 Cp, igualmente es sostenible que los Tribunales decretan la pena acorde la teoría del espacio de juego -ésta muy posterior al Código penal- pues aquéllos, que siempre fijan el *quantum* punitivo según la magnitud del mal producido por el delito¹⁵⁰⁹, también operan con marcos penales, cuya extensión final podría quedar determinada por modificatorias genéricas¹⁵¹⁰ -a cuyo número y entidad se atiende salvo caso de pena indivisible que no puede rebajarse en uno o dos grados por insuficiencia de atenuantes (art. 65 Cp)-, en los que

¹⁵⁰⁶ Así, p. ej., MAGARIÑOS, “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”, *op. cit.*, p. 74, en: VV.AA. *Determinación judicial de la pena, op. cit.*

¹⁵⁰⁷ ROXIN, Claus. “Prevención y determinación de la pena”. Título original: *Prävention und Strafzumessung* (en Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70 Geburtstag, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pp. 183 y ss.). En: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco. Madrid: Reus, 1981, pp. 115-145, p. 116.

¹⁵⁰⁸ ROXIN, “Prevención y determinación de la pena”, *op. cit.*, p. 117, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal op. cit.*

¹⁵⁰⁹ Art. 69 Cp, *vid. supra* n. 1488 párr. segundo.

¹⁵¹⁰ Arts. 65 segunda parte, 66 incs. 2 y 3, 67 incs. 2, 3 y 4, 68 incs. 2, 3 y 4, y 68 bis Cp.

justamente puede considerarse necesidades preventivas¹⁵¹¹ junto con la gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto dentro del a la vez más amplio marco penal típico, siendo además posible, ante el silencio de la ley, y que sería lo adecuado para no transgredir el principio *ne bis in idem*¹⁵¹² y en tanto se determina el grado de pena aplicable en base a la medida de la culpabilidad¹⁵¹³, hacer efectivo criterios eminentemente preventivos especiales positivos, a lo que la doctrina adhiere¹⁵¹⁴, suscripción relevante por ser las razones doctrinales un requisito de la sentencia para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus

¹⁵¹¹ En este mismo sentido van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 3, 1997, pp. 459-502, p. 467: «cabe afirmar que la determinación del grado de pena aplicable debe hacerse en base a la medida de la culpabilidad [...] y [...] la determinación de la medida exacta de pena se hace -o debiera hacerse, conforme el artículo 69 del Código Penal- en base a criterios preventivos. Esta interpretación [...] implica acoger en cierta medida para nuestro sistema [chileno] la tesis germana del margen de libertad, en perjuicio de la prevención general proporcionada, que sostiene Mir Puig».

¹⁵¹² Señala van WEEZEL DE LA CRUZ, “Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal”, *op. cit.*, p. 403, «la aplicación culpabilista del Art. 69 implicaría que los criterios prescritos en esa norma violan la “prohibición de doble valoración” (y, por esta vía, el principio de non bis in idem)».

¹⁵¹³ Así van WEEZEL DE LA CRUZ, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, *op. cit.*, p. 467.

En concepto de RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”. *RDPUCV*, vol. XIII, 1989-1990, pp. 125-153, p. 152, el principio de culpabilidad se consagra en la Constitución, específicamente en el art. 19 N° 3, deduciéndose directamente de dos garantías consignadas en dicha norma, esto es, el no poder ser castigado a menos que se compruebe intervención en un hecho susceptible de calificarse como delito y no poder serlo en virtud de disposiciones que presuman alguno de los presupuestos de la responsabilidad penal o que prescindan de ellos. En opinión de KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. *Culpabilidad y pena*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 34, una interpretación teleológica y contextual a partir de los postulados superiores de que todos los hombres [personas] nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que el Estado está al servicio de la persona humana (art. 1 incs. 1 y 4 CCh), en directa vinculación con la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal (y con ello, la culpabilidad penal) y con la presunción de inocencia asegurada en los pactos internacionales sobre derechos humanos (vinculantes en Chile) y con la proclama del art. 42 Cprp [su equivalente el art. 4 Cpp: «Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenado por una sentencia firme»] «permite sustentar, de manera precaria e imperfecta, y por tanto, insatisfactoria, el reconocimiento del principio de culpabilidad en nuestro orden jurídico-penal».

¹⁵¹⁴ Decidor al respecto GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 306-307: «Al juez le corresponde escoger [...] la pena aplicable y su magnitud, considerando la naturaleza y gravedad del hecho típico (fines preventivos generales y su merecimiento); [...] además ha de considerar la culpabilidad y condiciones personales del autor, como también la posible remisión de la sanción o la aplicación de una medida alternativa (fines preventivos especiales y su necesidad). El juez cuenta con una relativa *discrecionalidad* para la determinación de la pena dentro del marco legal, pero [...] no es absoluta, debe respetar los principios jurídicos que la orientan y los fines que ésta persigue (prevención general y especial, merecimiento y necesidad de la sanción) [...] el juez ha de tener presente el *principio de igualdad* al imponer al caso singular la sanción y [...] el de *culpabilidad* del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar *las consecuencias que en su vida futura le acarrearán la pena*, las que necesariamente han de ser tomadas en cuenta en la regulación de la sanción».

circunstancias así como fundar el fallo (art. 342 d) Cpp), éste recurrible de nulidad si se omiten aquéllas (art. 374 e) Cpp).

Por consiguiente, aceptado que la prevención general negativa encuentra acogida en España y en Chile¹⁵¹⁵ en fase de conminación, ello por configurarse el Estado español como Social y Democrático de Derecho¹⁵¹⁶ y el chileno estar al servicio de la persona humana debiendo promover el bien común teniendo al efecto que contribuir a crear las condiciones sociales que a

¹⁵¹⁵ Aparte de expresarse la prevención general negativa en el Cp a través de la pena privativa de libertad como principal respuesta a la comisión de delitos, en que la sanción correspondiente se dispone en el texto punitivo hasta incluso con desmesurada extensión (p. ej., violación impropia (art. 362 Cp): presidio mayor en cualquiera de sus grados [5 años y 1 día a 20 años]; robo con violencia o intimidación (art. 436 inc. 1 Cp): presidio mayor en su grado mínimo a máximo [5 años y 1 día a 20 años]), el legislador penal chileno adhiere, sin lugar a dudas, a tal prevención general, como lo demuestran claramente diversos Proyectos de Ley del último tiempo, en los que tiende mayoritariamente a establecer nuevos delitos así como aumentos de penas, y es más, prácticamente en todos los casos, recurre a la pena privativa de libertad como respuesta a las infracciones penales: Proyecto ingresado el 05/05/2010 (Boletín 6924-07): “Sanciona la figura del autosequestro incorporando esta causal en el Código Penal”; Proyecto ingresado el 01/06/2010 (Boletín 6958-07): “Modifica el Código Penal incorporando la asociación ilícita en el robo de animales”; Proyecto ingresado el 17/06/2010 (Boletín 7001-07): “Modifica el Código Penal para sancionar como autores del delito de asociación ilícita, a quienes se concerten para competir en carreras ilegales de autos”; Proyecto ingresado el 08/07/2010 (Boletín 7054-22): “Modifica el Código Penal endureciendo las penas contra quienes agredan a miembros del Cuerpo de Bomberos”; Proyecto ingresado el 08/07/2010 (Boletín 7056-15): “Modifica la ley de Tránsito agravando el atentado a pedradas a vehículos en marcha”; Proyecto ingresado el 04/08/2010 (Boletín 7106-07): “Modifica el Código Penal sancionando las falsas alarmas”; Proyecto ingresado el 09/11/2010 (Boletín 7289-15): “Modifica el Código Penal, incluyendo como falta, cuando un conductor de un vehículo motorizado, deja solo dentro dentro de un automóvil, a una persona que no pueda valerse por sí misma”; Proyecto ingresado el 20/01/2011 (Boletín 7470-07): “Modifica párrafo 4 bis, del Título IX, del Código Penal, ampliando el tipo penal del abigeato y, sancionando a los funcionarios públicos que faciliten su comisión”; Proyecto ingresado el 01/03/2011 (Boletín 7481/07): “Reforma el Código Penal, tipificando los delitos de robo o hurto de vehículos motorizados y, crea nuevas figuras delictivas aumentando su penalidad” [ya delito el robo de vehículo motorizado sito en bien nacional de uso público o en sitio no destinados a la habitación por L 20.639, DO 11/12/2012, art. 443 inc. 2 Cp (*novus*)]; Proyecto ingresado el 16/03/2011 (Boletín 7537-07): “Modifica el artículo 411 Ter del Código Penal que tipifica los delitos de tráfico de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y persecución criminal” [sobre la materia, bajo L 20.507 (DO 08/04/2011), prosperó Proyecto ingresado el 05/01/2005 (Boletín 3778-18) que “Tipifica el delito de tráfico de niños y personas adultas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”]; Proyecto ingresado el 06/07/2011 (Boletín 7767-07): “Perfecciona el tipo penal de estafa y tipifica el delito de administración desleal”; Proyecto ingresado el 04/08/2011 (Boletín 7839-07): “Incorpora en artículo 391 del Código Penal, dentro del numeral 1, una sexta causal como homicidio calificado”; Proyecto ingresado el 06/09/2011 (Boletín 7903-07): “Modifica el Código Penal con el objeto de establecer el ocultamiento como una circunstancia agravante”.

La opción legislativa por responder ante la infracción penal con privación de libertad, aun siendo aquélla no violenta, como hace ver QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El delincuente violento y la función de la pena de prisión”. *ReCrim*, 2009, pp. 169-183, p. 178, puede explicarse en que reducir la pena de prisión sólo a delitos violentos supondría casi una abolición de más de la mitad del Derecho penal pues las respuestas diferentes a tal sanción carecen de la suficiente fuerza motivadora, en términos de prevención general, la cual sólo se consigue por medio de la conminación de la pena privativa de libertad.

¹⁵¹⁶ Cfr. GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La prevención general en la determinación de la pena”. *ADPCP*. t. XXXIV, fascículos II y III, Mayo-Diciembre 1981, pp. 511-522, p. 521.

todos y a cada miembro de la comunidad permita su mayor realización espiritual y material posible (art. 1 inc. 4 CCh), y que tal prevención con la prevención general positiva son correlativas porque lo bastante a efectos de intimidación lo es también para el prevalecimiento del Orden jurídico¹⁵¹⁷, el juez para condenar, en términos prácticos, cuenta con sanciones esencialmente preventivo generales intimidatorias, a cuyo influjo entonces no será fácil resistir.

Ciertamente, si bien, como señala GARCÍA ARÁN, la obligación de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado [arts. 117.3 CE y 76 inc. 1 primera parte CCh] importa una actividad valorativa sobre un caso concreto y que limitada por éste no cabe en tal labor incluir la necesidad de evitar otros del mismo calibre, lo que no niega la finalidad preventiva general de las penas pero sí la cuestiona como objetivo prepotente en el enjuiciamiento pues corresponde al legislativo decidir las necesidades que afectan a toda la colectividad, no es menos cierto que es casi imposible que un magistrado decida ajeno al entorno (v. gr., opinión de otros jueces, de políticos, prensa, comunidad) toda vez que, como acertadamente expone ROSS, «La actitud del juez hacia la ley estará siempre influida por una serie de factores, productos de la situación y por la conexión entre la ley y el resto el derecho. Nunca podrá evitar tomar en cuenta que el texto que tiene ante sus ojos [...] es precisamente una ley, esto es, un instrumento de dirección política que se origina en intereses e ideas en conflicto y que apunta a ciertos objetivos sociales. La comprensión de la ley por parte del juez dependerá siempre de su comprensión de los motivos y propósitos sociales de aquélla»¹⁵¹⁸, por último, como advierte BINDER, «no cumplen tanto la función de prevención general (en su sentido negativo o positivo) la creación de tipos penales a los que se les enlaza determinadas penas y la publicación de los textos en los cuales se comunica a la población

¹⁵¹⁷ LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, op. cit., p. 35.

¹⁵¹⁸ ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, op. cit. p. 178.

la existencia de esas prohibiciones, sino la aplicación concreta de esas normas en los juicios penales. Si los homicidas son castigados con las penas previstas, eso significa que la prohibición de matar tiene vigencia: ello provocará miedo en algunos y en otros motivará el consenso»¹⁵¹⁹.

Así el panorama, admitido que el legislador establece la pena con fin preventivo general negativo, sin perjuicio que debiera contemplar mecanismo(s) que permita(n) que la correspondiente sanción privativa de libertad al tiempo de ejecutarse no impida la resocialización, cuyo logro en España, conforme el art. 25.2 CE, es de apreciar irrenunciable, y en Chile es imperioso alcanzar, ponderado que la Carta concibe que cada cual dentro de la comunidad alcance su mayor realización espiritual y material posible, siendo cometido del Estado contribuir a crear las condiciones para esa consecución (art. 1 inc. 4 CCh), de la que no está excluido el delincuente, desde un punto de vista político-criminal, correspondería, por lo menos, en ambos sistemas, prescindir, en la Parte Especial, de las penas privativas de libertad que resultan objetivamente desproporcionadas ante el bien jurídico protegido, cual sucede con varios delitos patrimoniales (v. gr., hurto, estafa, apropiación indebida), y reemplazarlas por pecuniarias o por privativas de derechos o, si no es aconsejable por razones de prevención general, morigerar la penalidad. Procedería, en la Parte General, junto con suprimirse las penas accesorias¹⁵²⁰, extender la facultad del juez de suspender la pena y en tanto el castigo efectivo objetivamente constituya dificultad significativa para la

¹⁵¹⁹ BINDER, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵²⁰ Como bien dice MAPELLI CAFFARENA, “Las penas accesorias a la accesoriedad punitiva”, *op. cit.*, p. 64, «las penas accesorias un obstáculo injustificado para los fines resocializadores (Art. 25.2 CE) [...], favorecen la autoexclusión del condenado [...], con las penas accesorias se levantan barreras que hacen aún más difícil el proceso de reinserción social».

En el Anteproyecto de Nuevo Código Penal (también ANCP), de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia de Chile, de noviembre de 2005, que finalmente nunca vio la luz, en el que era el art. 26 del nuevo Código, se preveían como accesorias que lleva consigo toda pena que se imponga, la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, la inhabilitación para celebrar actos y contratos con la Administración del Estado durante el mismo tiempo, y el comiso de los efectos provenientes del delito y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable.

reinserción social¹⁵²¹. Y, en caso de *poena naturalis* debiera siquiera poder el juez, según sea la situación concreta, atenuar la sanción a imponer¹⁵²². En Chile, aparte de suprimir las penas restrictivas de libertad¹⁵²³ -aunque escasas-, habría que establecer, porque ningún delito cometido es igual a otro, una minorante de significación análoga a las legalmente establecidas¹⁵²⁴.

En el Cap. IV y final, con un escenario como el descrito, pudiera acontecer que jueces españoles y chilenos condenen imponiendo pena privativa de libertad mayoritariamente en consideración de la prevención general negativa, lo que de verificarse no debería extrañar porque, aun consensuado que la idea de intimidación no puede llevar a convertir en un ejemplo al autor sobrepasando la medida del injusto culpable, existe una extendida opinión de que el objetivo intimidatorio debe poder ser tenido en cuenta dentro de la pena adecuada a la culpabilidad, lo que es muy aceptado por la judicatura si en el hecho enjuiciado se comprueba un incremento peligroso para la comunidad de la infracción de que se trata o de otras similares a ella¹⁵²⁵.

¹⁵²¹ En el ANCP, en el art. 54 del nuevo Código, la suspensión de pena era procedente respecto de simples delitos cuya pena no exceda de reclusión menor en su grado mínimo, o sea, de 541 días, y en el art. 55 se preveía como sustitutivo de pena que no excediera de cinco años de reclusión menor, reclusión nocturna, o reclusión de fin semana, la Multa, en el caso previsto en el art. 395 Cppp [en la época de tramitación del Ante Proyecto permitía imponer prisión reconocida responsabilidad en los hechos constitutivos de simple delito cuya pena no excede de presidio o reclusión menor en su grado mínimo y habían antecedentes calificados que lo justificaban], Observación por la autoridad y Libertad vigilada, consistente aquella y ésta, respectivamente, según arts. 58 inc. 2 y 57 del nuevo Código, en la «obligación [...] de presentarse una vez al mes ante la Sección del Medio Libre de Gendarmería de la ciudad en que tenga su domicilio, a fin de informar acerca de su libertad y recibir consejos y orientaciones respecto de oportunidades laborales y educacionales de que el servicio tenga conocimiento» y «un régimen de libertad a prueba que tenderá a un tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado, durante el tiempo de la primitiva condena».

¹⁵²² Habiéndose por SAP Madrid, de 11 de julio de 2001, apreciado como atenuante analógica la pena natural configurada, se declaró la improcedencia de tal estimación en STS 806/2002, de 30 de abril (F.j. 2), N° Roj: 3095/2002, en razón de que «en la ejecución de la acción delictiva por la acusada no se observan razones objetivas o subjetivas generadas por una conducta post delictiva de aquélla para apreciar en la misma una disminución de su responsabilidad [...] los sufrimientos físicos producidos a la acusada como consecuencia directa e inmediata de su propia acción delictiva, en modo alguno disminuyen la culpabilidad de la misma en la ejecución de la conducta típica, [...] esos acontecimientos infortunados no afectan la forma dolosa, consciente y voluntaria en que se realizó la conducta delictiva, por lo que ninguna incidencia tienen en la culpabilidad del autor del hecho punible ni en el desvalor de éste».

¹⁵²³ En el ANCP ya referido desaparecen el extrañamiento, confinamiento, relegación y destierro.

¹⁵²⁴ Así en el otrora, que finalmente no vio la luz, Anteproyecto de Nuevo Código Penal, de la Comisión Foro Penal del Ministerio de Justicia de Chile, de noviembre de 2005, art. 7°.6ª «Cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores».

¹⁵²⁵ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., pp. 949-950.

Conclusión del Capítulo

En el sistema español, es dable estimar que el juez dispone la sanción acorde la teoría del espacio de juego pues actúa dentro de un marco penal -cuya extensión final puede quedar determinada por circunstancias modificativas genéricas- que precisamente permite operar según necesidades preventivas juntamente con la gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto dentro a su vez del más amplio marco penal típico, pudiendo sostenerse que, porque ahora antes se atiende a las circunstancias personales del delincuente que a la gravedad del hecho, debiera tener mayor peso relativo la prevención especial.

En el sistema chileno, cabe afirmar que el juez igualmente decreta la sanción conforme la teoría del espacio de juego ya que opera dentro de un marco penal -cuya extensión final también podría quedar determinada por circunstancias modificatorias genéricas- en el que ciertamente puede considerar necesidades preventivas junto con la gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto dentro del a la vez más amplio marco penal típico, siendo además posible, ante el silencio de la ley y para no transgredir el principio *ne bis in idem* y en tanto el grado de pena aplicable se determina en base a la medida de la culpabilidad, imponer la sanción con criterios eminentemente preventivos especiales positivos.

Los sistemas de penas español y chileno son de determinación relativa, en ambos la correspondiente individualización se realiza partiendo de un marco que fija la ley, acorde un conjunto de reglas (v. gr., forma de intervención delictual, modificativas), lo que hace de la condena un acto discrecional jurídicamente fundado, pero en España, con el Cp 1995, por desdoblarse la pena en sí, mitad superior e inferior, y por sí, hacia arriba y abajo, superior e

inferior en grado, respectivamente, cualquiera sea el marco legal concreto, no varía la sanción en su contenido mientras que en Chile es factible que ello acontezca porque la mayoría de penas se dividen en tres grados y se fijan según escalas graduales, cuya aplicación mecánica justamente puede llevar a un castigo de otra clase que el inicial previsto (caso de pena superior en uno o más grados a una determinada y en la escala gradual no hay pena superior), incluso podría aplicarse la sanción establecida y otra (mismo caso anterior) o una a aquélla distinta y más extensa temporalmente (caso de pena inferior en grado a relegación menor en su grado mínimo, que va de 61 a 540 días, que es destierro en su grado máximo, que va de 3 años y 1 día a 5 años).

Capítulo IV

“Los fines de la pena en su individualización judicial en España y en Chile”

4.1. Planteamiento de la investigación

En este Capítulo toca establecer qué fin(es) de la pena consideran los jueces de España y Chile al condenar imponiendo sanción privativa de libertad. Pero, unos y otros generalmente se limitan a señalar [*vid. infra Anexo I: Sentencias españolas y chilenas muestra de doctrinas de la pena*] que castigan, cumpliendo con ello la exigencia legal al efecto, atendiendo “a las circunstancias personales del delincuente y a la gravedad del hecho” (España, art. 66.1.6ª Cp) y “al número y entidad de las atenuantes y agravantes y a la extensión del mal producido por el delito” (Chile, art. 69 Cp). No siempre es fácil apreciar cuál(es) fin(es) se tuvo en vista¹⁵²⁶, aún pudiendo ser importante la diferencia entre la sanción decretada y la que era posible según el marco legal concreto -que a veces es por degradación (v. gr., arts. 66.1.2ª CpE y 73 CpCh) o podría serlo (v. gr., art. 67 inc. 4 CpCh) o puede ser por ascenso (v. gr., arts. 66.1.4ª CpE y 68 inc. 4 CpCh)-, ya que por tener que fijarse conforme, por ejemplo, la gravedad y extensión de mal referidos, podría justificarse que el *quantum* correspondiente alcance mucho más allá del mínimo legal aplicable.

¹⁵²⁶ Indica SILVA SÁNCHEZ, “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *op. cit.*, pp. 3-4, «[...] la individualización de la pena se conformaría como una materia puente. En ella se combinaría la concreción del contenido delictivo del hecho (que no se sabe a ciencia cierta como abordar) con la entrada en juego de consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor. Estas últimas, basadas en buena medida en pronósticos u otros juicios empíricos, carecerían de un sistema de reglas que posibilitarían una traducción siquiera aproximada en conclusiones cuantitativas.

[...] se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidirse sobre diferencias de pena de años de duración. Consiguientemente, que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena sean pobres, en unos casos; variables siempre; y en ocasiones, directamente arbitrarios».

Como ninguna doctrina fundamenta de forma última sus puntos de partida y todas presentan insuficiencias así como una ideología propia, al pronunciarse sentencia condenatoria es posible optar por cualquiera, por una o más (p. ej., prevención especial negativa y/o prevención general negativa), sólo que, como sea que se decida, vista su base de sustentación, no se zanja qué fin de la pena es el más adecuado, siendo los fines mismos, en todo caso, soporte sustancial del veredicto¹⁵²⁷.

Tomando en cuenta su diversa situación de amenaza, imposición y ejecución, opina ZUGALDÍA ESPINAR, al tiempo de la conminación legal abstracta la pena sirve a fines de prevención general negativa, aunque por razón de prevención general positiva podría el legislador inhibirse de establecer la consecuencia jurídica del delito con excesivo rigor. En fase de determinación e individualización judicial, de conformidad a la culpabilidad del acusado, la pena puede servir prioritariamente a los fines de prevención especial, sin perjuicio de confirmar indirectamente la seriedad de la amenaza penal, cumpliendo así una finalidad de prevención general negativa (la colectividad se toma en serio la amenaza de pena)¹⁵²⁸ y positiva (se confirma la vigencia de la norma), lo que no significa instrumentalizar al condenado en cuanto se le sanciona sin exceder su culpabilidad. En etapa de ejecución, la pena debe servir a fines de prevención especial, en particular a la resocialización del autor¹⁵²⁹, la que sin duda se dificulta enormemente, si es que no se hace prácticamente imposible, con la privación de libertad.

¹⁵²⁷ STS 1868/2001, de 22 de octubre (F.j. 2), N° Roj: 8083/2001: «El art. 66.1° CP ha concretado el mandato constitucional general contenido en el art. 120.3 CE imponiendo a los jueces y Tribunales el deber [...] de motivar la pena [...] dicha motivación se debe basar [...] en una ponderación de los fines de la pena [...]».

¹⁵²⁸ Para STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I...*, *op. cit.*, p. 42, aunque en la ciencia ha perdido todo crédito la prevención general negativa, ésta «aún juega un papel muy considerable en la opinión pública, y probablemente también en la jurisprudencia -especialmente en lo que se refiere a la medición de la pena-».

¹⁵²⁹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, «La legitimación del Derecho penal: las teorías de la pena», *op. cit.*, pp. 62-64, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*

No obstante, en fase de determinación e individualización judicial, en que se atiende siempre, aparte de, en su caso, las modificativas concurrentes y que inciden en el establecimiento del marco penal concreto, a las circunstancias personales del infractor y a la mayor o menor gravedad del hecho¹⁵³⁰ (art. 66.1.6ª CpE) o a la mayor o menor extensión del mal producido por el delito (art. 69 CpCh), además que no se querrá sino que responda ante el colectivo social quien con su conducta culpable lo afectó, debe, desde ya, admitirse que la sola imposición de pena importa retribución pues en los textos penales español y chileno¹⁵³¹ se entiende que la prevista es justa y merecida¹⁵³², esto es, proporcionada a la gravedad objetiva de la

¹⁵³⁰ Así BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Aplicación y determinación de la pena”, *op. cit.*, pp. 111-112, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas...*, *op. cit.* [4ª ed.]; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización Judicial de la Pena...*, *op. cit.*, pp.174-175.

¹⁵³¹ Indica MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Presente y futuro del sistema de penas chileno”. *Cuadernos Judiciales (Instituto de Estudios Judiciales de Chile)*, N° 6, 2002, pp. 30-59, p. 35, la crítica diversa y fundamentada de la doctrina chilena a la preferencia del legislador por las penas privativas de libertad apunta, entre otros, a reducir el uso de penas cortas privativas de libertad, favoreciendo el que sean sustituidas por multas así como éstas por trabajos socialmente útiles, y todo ello en un marco de abandono de la retribución pura por sistemas en que primen las necesidades de prevención especial y general.

¹⁵³² Hay casos en que es más que discutible el afirmado carácter retributivo de la pena pues en ocasiones no parece justa y merecida pudiendo la prevista perfectamente verse desproporcionada en relación al bien jurídico protegido, cual sucede en Chile con el robo con violencia o intimidación (Cp, art. 436 inc. 1 en relación con art. 432), que se pune con presidio mayor en su grado mínimo a máximo [5 años y 1 día a 20 años] y el más grave de homicidio simple (art. 391 n° 2 Cp) sólo con presidio mayor en su grado mínimo a medio [5 años y 1 día a 15 años], penalidad ésta contemplada incluso para la violación (art. 361 Cp) aún siendo evidente que esta infracción es menos grave que el homicidio y más grave que el robo antedichos. Un intento de corrección lo constituye el PL ingresado el 4 de enero de 2011, sin urgencia, que “Modifica los artículos 391 y 346 del Código Penal, a fin de asignar penas de mayor proporcionalidad a los delitos que señala” (Boletín N° 7406-07), por el que se establece presidio mayor en sus grados medio a máximo [10 años y 1 día a 20 años] para el homicidio simple y presidio mayor en su grado mínimo [5 años y 1 día a 10 años] para el robo con violencia o intimidación. Pero, sin dificultad se advierte que la enmienda es parcial y deficiente ya que mantiene el desequilibrio punitivo en tanto el robo con violencia o intimidación queda con la pena hoy de, entre otros, el fraude al fisco por cantidad que excede de 400 UTM (art. 239 inc. 3 Cp), el aborto no voluntario causado con violencia (art. 342 N° 1 Cp), el abandono de niño menor de siete años en lugar no solitario resultando lesiones graves o la muerte por el abandono y éste efectuado por los padres del niño o personas que lo tiene bajo su cuidado (Cp, art. 348 inc. 1 en relación con art. 346), el abandono de niño menor de diez años en lugar solitario y efectuado el abandono por padres del niño o personas que lo tienen bajo su cuidado (Cp, art. 350 en relación con 349 y 347), el abandono de niño menor de diez años en lugar solitario si resultan lesiones graves o la muerte por el abandono y éste se efectuó por otra persona que los padres del niño o quien lo tiene bajo su cuidado (art. 351 Cp), el abandono de persona desvalida (art. 352 Cp), las lesiones gravísimas (art. 397 N° 1 Cp), el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (Cp, art. 440 en relación con 432). Asimismo, la nueva pena del homicidio simple se corresponde con la actualmente prevista para el secuestro por más de 15 días o del que resulta daño grave en la persona o intereses del secuestrado (art. 141 inc. 4 Cp), la sustracción de menor [sin circunstancia de agravación] (art. 142 N° 2 Cp), la violación impropia cometida por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido (Cp, art. 362 en relación con 368 inc. 1) y para el robo

infracción consumada o tentada acabada [frustrada en Chile] o inacabada y a la culpabilidad de su responsable, como se comprueba con el castigo más severo, por ejemplo, del asesinato que del homicidio¹⁵³³, del comportamiento doloso que del imprudente¹⁵³⁴, de la autoría que de la complicidad¹⁵³⁵, etc.¹⁵³⁶. Como bien destaca MUÑOZ CONDE, «[...] la pena cumple funciones y finalidades distintas. *En el momento de la amenaza penal*, [...], es decisiva la idea de *prevención general*, [...]. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, [...] a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en *la aplicación de la pena la idea retributiva*. [...]»¹⁵³⁷, o cual resalta CHOCLÁN MONTALVO, «Cuestión distinta es que se atribuya mayor importancia al aspecto de retribución o al de prevención como fin de la pena [...]. Pero lo que es indudable es que la pena tiene el carácter de reproche, de castigo para su autor por lo que ha hecho, aunque con ello se persiga también evitar en el futuro hechos punibles análogos mediante el ejemplo de la pena [...]. Como dice STRATENWERT [,] si la función retributiva de la pena resulta

calificado [víctimas retenidas bajo rescate o por más de un día o se cometen lesiones simplemente graves] (Cp, art. 433 N° 2 en relación con 432).

¹⁵³³ España: asesinato: prisión de 15 a 20 años (art. 139 Cp) y de 20 a 25 años (Cp, art. 140 en relación con art. 139); homicidio: prisión de 10 a 15 años (art. 138 Cp). Chile: homicidio calificado [asesinato]: presidio mayor en su grado medio [10 años y 1 día a 15 años] a presidio perpetuo (art. 391 N° 1 Cp); homicidio simple: presidio mayor en su grado mínimo [5 años y 1 día a 10 años] a medio [10 años y 1 día a 15 años] (art. 391 N° 2 Cp).

¹⁵³⁴ España: homicidio doloso: prisión de 10 a 15 años (art. 138 Cp); homicidio por imprudencia leve: prisión de 1 a 2 meses (art. 621.1 Cp); homicidio por imprudencia grave: prisión de 1 a 4 años (art. 142.1 Cp). Chile: homicidio simple: presidio mayor en su grado mínimo [5 años y 1 día a 10 años] a medio [10 años y 1 día a 15 años] (art. 391 N° 2 Cp); cuasidelito de homicidio: reclusión o relegación menores en sus grados mínimos [61 a 540 días] a medios [541 días a 3 años] (arts. 490 N° 1 y 492 inc. 1 Cp).

¹⁵³⁵ En España, previsto que la pena que establece la ley se entiende que se impone a los autores de la infracción consumada (art. 61 Cp), a los cómplices de un delito consumado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la ley para los autores del mismo delito (art. 63 Cp). En Chile, establecido que a los autores de delito se les impondrá la pena que para éste se halle señalada por la ley, que se entiende impuesta para el delito consumado (art. 50 Cp), a los cómplices de crimen y simple delito consumado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el crimen o simple delito (art. 51 Cp).

¹⁵³⁶ El que toda pena tiene carácter retributivo tampoco significa que ella se justifique en cuanto tal retribución y que sirve solamente para retribuir porque en cada Ordenamiento se contemplan excepciones a un principio absoluto de justicia, y entre tales, por nombrar, la suspensión de pena (arts. 80 y ss. CpE, en Chile arts. 398 Cpp [faltas], 3 [remisión condicional] y 14 [libertad vigilada] L 18.216, la libertad condicional [arts. 90 y ss. CpE, en Chile, DL 321/1925]), substitutivos penales (arts. 88 y 89 CpE, en Chile art. 7 L 18.216 [reclusión nocturna, que, publicadas las adecuaciones al Reglamento de la antedicha ley, por art. 8 de la L 20.603 (DO 27/06/2012), pasa a ser reclusión parcial, ya diurna, nocturna o de fin de semana]) y causas de exclusión de la responsabilidad criminal (arts. 130 CpE y 93 CpCh).

¹⁵³⁷ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, op. cit., p. 74.

teóricamente más que dudosa, fácticamente no es sino una realidad»¹⁵³⁸, o como señala FONTAN BALESTRA, «La pena, al ser aplicada por el juez, es específicamente *retribución*, o *compensación jurídica*, pues es el momento en que, para el Derecho, se restablece el orden jurídico. No debe entenderse por restablecimiento del orden jurídico la vuelta de las cosas a su estado anterior al delito, sino el restablecimiento del imperio del Derecho»¹⁵³⁹.

Simplemente, establecida en juicio la responsabilidad del infractor, el juez está obligado a sancionar y al hacerlo, aunque no se lo hubiere propuesto, lo que cabe estimar sucede si a pesar de la mayor culpabilidad y gravedad del hecho (en su caso, extensión del mal producido) decreta la mínima inexcusable, va a aplicar, y cual efecto propio de la sentencia, un mal privación de derechos fundamentales que no es más que la ínfima reacción esperable ante quien previamente seriamente dañó con su conducta al cuerpo social. Reafirmando, si bien, como apunta MIR PUIG, conceptualmente la pena es un castigo lo que no implica que su función última sea la retribución¹⁵⁴⁰, en tanto, cual indican JESCHECK y WEIGEND, «De acuerdo con una comprensión general la pena es un mal que logra justicia compensatoria frente al autor»¹⁵⁴¹, como señala STRATENWERTH, «En primer lugar, a los ojos de la colectividad, la pena *tiene* sin duda el significado de eliminar simbólicamente el quebrantamiento del orden jurídico, de modo que en esta medida, en el sentido de las teorías absolutas, sigue siendo **retribución referida a la culpabilidad**»¹⁵⁴².

¹⁵³⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización Judicial de la Pena...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹⁵³⁹ FONTAN BALESTRA, *Derecho Penal: Introducción y Parte General*, *op. cit.*, p. 541.

¹⁵⁴⁰ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁴¹ JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 945.

¹⁵⁴² STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general I...*, *op. cit.*, p. 46.

Por el contrario, para ROXIN, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, *op. cit.*, pp. 98 y 999, «En una teoría unificadora o mixta correctamente entendida, la retribución no puede [...] entrar en consideración, ni siquiera como un fin atendible junto a la prevención», «[...] del hecho de que en el castigo radica un “reproche social” no se deduce que la pena sea esencialmente retribución ni tampoco únicamente causación de un mal. Pues de la desaprobación de una conducta se puede derivar igualmente la consecuencia de que tiende a su futura evitación en el sentido de influencia resocializadora». En opinión de CUERDA ARNAU, María Luisa, *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995, p. 334, «Hoy parece existir unanimidad a la hora de considerar que

Por lo expuesto, aunque el que juzga no tuviere el propósito, susceptible de estimar ocurre si pese a la mayor culpabilidad y gravedad del hecho (en su caso, extensión del mal producido) solamente dispone la mínima obligada, ponderado además que la consideración legítima de defensa del Ordenamiento al individualizar la sanción no permite deducir una indicación concreta para una determinada medida de aquélla porque el *quantum* necesario y bastante para la “estabilización de la norma” no puede comprobarse en el caso específico¹⁵⁴³, tiene que admitirse también que la sola imposición de pena, y en cuanto fortalece en la población la confianza en el Derecho al demostrar que éste efectivamente rige, satisface la prevención general positiva.

Y ciertamente, como refiere ZUGALDÍA ESPINAR, al individualizarse y disponerse el castigo, «Sin que ello suponga una instrumentalización de la persona contraria a su dignidad [...], en este momento se confirma indirectamente la seriedad de la amenaza de la pena, cumpliéndose así una finalidad preventivo general [...] positiva (se confirma la vigencia de la norma violada)»¹⁵⁴⁴, o, como muy bien señala JAÉN VALLEJOS, «[...] la teoría de la prevención general positiva sostiene que la legitimidad del derecho penal, del ejercicio del *ius puniendi* por el Estado, radica en mantener la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma. Las penas se aplican para demostrar que la norma está vigente; el autor que comete un delito defrauda la confianza de todos en la vigencia de la norma y entonces, para restablecer esa confianza, aunque no empíricamente, hay que aplicar una pena. [...]»¹⁵⁴⁵, ya por último, como dice ALCÁCER GUIRAO, «la

la pena es retribución exclusivamente en cuanto a su determinación conceptual, sin que ello altere [...] su función última, que [...] es [...] la tutela de bienes jurídicos, función que cumple a través de los fines inmediatos de prevención general y especial que a la pena se asigna».

¹⁵⁴³ Cfr. JESCHECK / WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 949.

¹⁵⁴⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, “La legitimación del Derecho penal: las teorías de la pena”, op. cit., p. 63, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, op. cit.

¹⁵⁴⁵ JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 47-48.

prevención general positiva [...] está especialmente dirigida al pasado, buscando el *restablecimiento, reforzamiento o reafirmación* del estado anterior a la lesión de la vigencia del ordenamiento jurídico o a la alteración de la estabilidad psíquica producida por el delito, por lo que es la imposición de la sanción la que pasa a adquirir el protagonismo instrumental»¹⁵⁴⁶.

Por otro lado, en España y Chile el legislador establece la pena con fin de prevención general negativa¹⁵⁴⁷, cuya confirmación es, respectivamente, la preeminencia de la prisión¹⁵⁴⁸ (CpE) y del presidio o reclusión (CpCh) como consecuencia jurídica del delito, incluso sin ser éste violento -lo que permitiría punirlo con menos aflicción (v. gr., multa, privación de otros derechos)-, por lo que podría colegirse que tal prevención está presente en toda imposición de pena.

¹⁵⁴⁶ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 28.

¹⁵⁴⁷ En opinión de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Introducción al Derecho Penal, op. cit.*, p. 319 y n.º 621, el fuerte sello intimidatorio, propio de las concepciones preventivo-generales, se traduce en el vigente CpE en un rigor penal desmedido, exacerbado el mismo por diversas reformas al texto punitivo, las que representan un nuevo modelo político criminal que denominan algunos “modelo de seguridad”, destacándose entre aquéllas las de las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, sobre cumplimiento íntegro de las penas, 11/2003, de 29 de septiembre, sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y 15/2003, de 25 de noviembre, modificaciones a las que se agrega la reciente y muy significativa de la LO 5/2010, de 22 de junio. Para GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 39-44, pp. 39-41, las reformas de que se trata generan una realidad con mayor presencia del Derecho penal, lo que importa más castigo y represión o, lo que es igual, un recorte del sistema de derechos y libertades, es decir, un incremento de la intervención punitiva, el paso de un “Derecho penal mínimo” a un “Derecho penal máximo”, la expansión de las conductas prohibidas, etc., a lo que se suma un incremento de la severidad de la reacción punitiva, la que se manifiesta en varias dimensiones, la más clara de ellas el predominio de la pena de prisión junto a una obstinada carencia de penas alternativas a la misma, complementada dicha severidad con otros mecanismos, como ser el establecimiento de “períodos de seguridad”, ideología del “cumplimiento íntegro” de las penas, endurecimiento del régimen de concurso de infracciones. En palabras de ZUGALDÍA ESPINAR, “La legitimación del Derecho penal: las teorías de la pena”, *op. cit.*, pp. 65, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General, op. cit.*, quien señala que «Destaca en el Código Penal español, ya desde su promulgación en 1995, [...] un fuerte matiz preventivo general negativo o *intimidatorio* [...], este rigor penal se ha visto notablemente acentuado por la incontinencia represiva de las recientes reformas penales».

¹⁵⁴⁸ La prisión, cual se expuso *supra* Cap. III 3.5.3. 1), en Chile escasamente, sólo para las faltas de perjurio (art. 212 Cp: prisión en cualquiera de sus grados o multa de 1 a 4 UTM) y de hurto (art. 494 bis inc. 1 Cp: prisión en su grado mínimo a medio y multa de 1 a 4 UTM), y para el simple delito, como sanción mínima, de omisión de denuncia de una asociación ilícita (art. 295 bis inc. 1 Cp: prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo). Y, por otra parte, según dispone el art. 90 N° 4° circunstancia Tercera Cp, si se quebranta condena, «El condenado a relegación temporal o a destierro sufrirá la de reclusión o prisión por la mitad del tiempo que le falte por cumplir de la pena primitiva».

Sin embargo, como se trata ya de establecer qué fin(es) de la pena contempla el que juzga cuando pune al delincuente y la privativa de libertad mínima legal aplicable por sí expresa la prevención general negativa, ésta, dado su característica, sólo puede inferirse que realmente la tuvo en vista un juez español y chileno al condenar el primero a prisión y el segundo a presidio o reclusión [vid. supra n. 1548] si, atendido el marco legal concreto, siempre, y el parámetro de determinación atingente: gravedad del hecho en España¹⁵⁴⁹ y extensión del mal producido en Chile¹⁵⁵⁰, es o puede advertirse sin dificultad el castigo decretado excesivo¹⁵⁵¹ (por eso, en, p. ej., homicidio, 12 años de

¹⁵⁴⁹ Así MIR PUIG, *ibid.* e *Introducción a las bases del Derecho Penal*, op. cit., pp. 85-86; lo mismo, bajo el CpE 1973, texto refundido y reformas posteriores, en que la «gravedad del hecho» es factor de determinación de la pena en el art. 61.4ª, igual que en el CpE 1995, primero en el art. 66.1ª y después en el 66.1.6ª, LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, op. cit., pp. 43-44, quien señala que «la proporcionalidad que en la mayoría de los delitos guarda la gravedad de la pena con la del injusto (desvalor de la acción y desvalor del resultado) típico, así como la proporción de la concreta cuantía de pena y gravedad del hecho que las disposiciones legales fijan como uno de los principios de la medición de la pena, se deriva de la exigencia de eficacia e idoneidad de la propia intimidación general». Y precisamente, con el CpE 1973, texto refundido y reformas posteriores, en que, como se expuso recién, un factor de determinación de la pena es la gravedad del hecho (art. 61.4ª), y que sigue siéndolo en el CpE 1995 (art. 66.1ª y después 66.1.6ª), por STS, de 29 de septiembre de 1993 (Ponente: José Hermenegildo Moyna Ménguez [Roj N° 6371/1999]), se establece que (F.j. 1) «La gravedad del hecho viene determinada por el grado de malicia y daño causado por el delito [...], sin olvidar la finalidad de prevención general».

Para DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, op. cit., p. 329, «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), es en esencia una exigencia de **proporcionalidad** vinculada al principio de la **culpabilidad por el hecho**». En palabras de BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 135-136, la cláusula legal de gravedad del hecho contiene una exigencia de proporcionalidad que es defendida desde puntos de vistas retributivos, desde posiciones preventivo-generales negativas, a partir de la prevención general positiva y como principio-garantía-límite autónomo del *ius puniendi* o derivado de la consagración de los derechos fundamentales.

¹⁵⁵⁰ Como indica GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., pp. 306-307, «Al juez le corresponde escoger [...] la pena aplicable y su magnitud, considerando la naturaleza y gravedad del hecho típico (fines preventivos generales y su merecimiento); [...]». En la misma idea, van WEEZEL DE LA CRUZ, «Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena», op. cit., pp. 467-468, pues, según señala, el juez, cuando aplica la pena, debe tener en cuenta una serie de circunstancias, las que no prevé la ley explícitamente, que afectan a la mayor o menor gravedad del hecho, y que son susceptibles de generalización, como ser el principio de igualdad o de la jerarquía fundamental de los fines de la pena, y así, por ejemplo, en el sistema chileno el juez no podría en el primer lugar de su valoración situar los efectos preventivos especiales de la pena que va a imponer, porque éstos tienen un rol muy secundario en los fundamentos del ordenamiento penal.

¹⁵⁵¹ En tal sentido, p. ej., ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 59, para quienes, en la práctica, la ilusión de prevención general negativa hace que las agencias políticas eleven los mínimos y máximos de pena y que las judiciales -atemorizadas ante las políticas y de comunicación- impongan penas irracionales a unas pocas personas poco hábiles, las que cargan con todo el mal social. La prevención general negativa, en el plano político y teórico, permite legitimar imponer penas siempre graves, porque jamás se logra la disuasión, como lo demuestra la circunstancia de que se continúan cometiendo crímenes.

prisión podría ser desmedido si el marco es 10 años a 12 años y 6 meses pero no necesariamente si es 10 a 15 años), o bien, de alguna manera, desvela el sentenciador estimar la pena, cualquiera fuere su extensión, ejemplarizante.

Por tanto, aparte del caso más común de ser o poder verse excesivo el castigo, es apreciable que responde la condena a prisión, presidio o reclusión a la prevención general negativa si el Tribunal descubre estimar la sanción, cualquiera sea su medida, suficientemente disuasoria o ejemplar y por ende la decreta declarando algo más que la fórmula legal o redundando en ella, como cuando señala que «[...] es lo suficientemente intensa y grave como para castigar de forma contundente la acción realizada»¹⁵⁵², o revela ya que insta por la más elevada que -imparcialmente- puede, o -con o sin declaración- pune -cualquiera sea la extensión- igual actos similares o dispares juzgables bajo marcos penales concretos coincidentes en parte o, pudiendo resolverse que no concordaran, totalmente (v. gr., en homicidio, en España, un autor con sólo una o dos agravantes y otro con tres [Cp, art. 138 en relación con art. 66.1.3ª y 4ª], en Chile, un autor con sólo una agravante y otro con dos [Cp, art. 391 N° 2 en relación con art. 68 incs. 2 y 4 y art. 69]).

La consideración de la prevención general negativa para condenar y que se deduce de revelar quien juzga apreciar disuasoria o ejemplar la sanción -precedentemente mostrado [STJ Burgos 38/2006, de 29-09, cit. n. 1552]-, se puede manifestar explícitamente y también leerse entre líneas, esto último cuando se declara fundar el *quantum* punitivo yendo sólo poco más allá de la fórmula legal de “gravedad del hecho” o “extensión del mal producido”. Por ejemplo, con castigo dispuesto en el mínimo ineludible: «la pena [...] es lo suficientemente alta como para comprender los [...] desvalores involucrados [...], considerando [...] tanto la importancia del bien jurídico afectados, como la entidad del ataque, [...], sea que se considere al hecho en cuanto tal

¹⁵⁵² STJ Burgos 38/2006, de 29-09 (homicidio, 10 años 1 día prisión) [Anexo I 1.1.1. S 91].

o desde el punto de vista de su significación social. [...]»¹⁵⁵³, «atendida las circunstancias del hecho, las consecuencias del delito y la personalidad de aquél, ella resulta más condigna y proporcionada [...]»¹⁵⁵⁴, y fijado el castigo sobrepasando importantemente el mínimo inexcusable: «[...] se [...] impondrá [...], atendido el mérito de autos, forma en que ocurrieron los hechos y el ilícito investigado por estimarse [...] más condigna con [...] haberse aprovechado [...] de los diversos trastornos de personalidad que padece la víctima»¹⁵⁵⁵, «impondrá la pena [...], en atención a las especiales circunstancias en que ocurrieron los hechos por estimar que esta es más condigna con aquellos a la hora de serle aplicada al enjuiciado»¹⁵⁵⁶, «[...] favorece al enjuiciado una [...] atenuante [...], [...], de manera que la pena no se aplicará en su grado superior, pero atendidas las circunstancias en que se perpetró el delito [...], se elevará la sanción [...] a una que resulte más condigna con el ilícito a castigar»¹⁵⁵⁷, «la pena [...] resulta ajustada a [...] la forma y circunstancias de comisión del delito [...]»¹⁵⁵⁸, «pudiendo [...] recorrer toda la escala [...] al fijar el quantum a imponer [...], atendida la circunstancia mencionada (por mayor disvalor de acción) [...], que agrava la responsabilidad del agente al no haber hesitado en cometer este horroroso crimen [...], el tribunal no impondrá la pena en su límite inferior»¹⁵⁵⁹.

Eso sí, hay que reconocer que la prevención general negativa como exceso punitivo, que razonablemente lo es o pudiere advertirse respecto a la

¹⁵⁵³ STJOP (2°) Santiago, de 13-02-2006, RUC N° 0500360955-5, RIT N° 04-2006 (violación impropia, 10 años 1 día presidio mayor grado medio) [Anexo I 2.2.1. S 27].

¹⁵⁵⁴ STJOP Temuco, de 30-04-2002, RUC N° 0100010463-5, RIT N° 011-2002 (robo con intimidación, 5 años 1 día presidio mayor grado mínimo) [Anexo I 2.3.1. S 13].

¹⁵⁵⁵ SCA Coyhaique, de 14-09-2000, Rol N° 16.779 (violación impropia, 7 años presidio mayor grado mínimo) [Anexo I 2.2.1. S 2].

¹⁵⁵⁶ STJOP Temuco, de 31-08-2001, RUC N° 0100011679-K, RIT N° 009-2001 (violación impropia, 10 años 1 día presidio mayor grado medio) [Anexo I 2.2.1. S 8].

¹⁵⁵⁷ SCA Rancagua, de 30-05-2001, Rol N° 193.375 (homicidio simple, 8 años presidio mayor grado mínimo) [Anexo I 2.1.1. S 7].

¹⁵⁵⁸ SCA Santiago, de 21-09-2004, Rol N° 21.606-2004 (parricidio, 20 años presidio mayor grado máximo) [Anexo I 2.1.4. S 128].

¹⁵⁵⁹ STJOP (5°) Santiago, de 28-01-2009, RUC N° 0700736474-6, RIT N° 135-2008 (parricidio, presidio perpetuo) [Anexo I 2.1.4. S 140].

gravedad del hecho o, en su caso, la extensión del mal producido, muchas veces puede negarse -una muestra los no inusuales votos disidentes en Tribunales colegiados- toda vez que afirmar esa demasía es una valoración que en cuanto recae sobre conceptos jurídicos amplios e indeterminados, gravedad y extensión de mal referidas, atinentes a un suceso ajeno al sentenciador, no puede estar bajo reglas legales que la precisen.

En relación a la prevención especial, que concierne a las circunstancias personales del delincuente¹⁵⁶⁰, reconocido que, como dice CHRISTIE, «Con el encarcelamiento no excluimos la vida en su totalidad, pero excluimos partes de la vida»¹⁵⁶¹ y que la cárcel al infractor en un instante no servirá para resocializarlo sino sólo para neutralizarlo pues, como manifiestan QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS y PRATS CANUT, «es sabido que, a partir de cierta duración, el tiempo de privación de la libertad ya no sirve para nada»¹⁵⁶², siendo necesario imponer, por sí neutralizante,

¹⁵⁶⁰ Así, p. ej., MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., p. 726; CHOCLÁN MONTALVO, *Individualización Judicial de la Pena...*, op. cit., p. 193; DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, op. cit., p. 329; BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Trotta, 2006. En opinión de MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, “La individualización de la pena”, op. cit., p. 918, en: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*, op. cit., actuando la culpabilidad como límite al poder punitivo estatal a nivel de criterios para individualizar la pena, de modo que no puede imponerse una superior a la gravedad de la culpabilidad del autor, la prevención especial se incluye en la expresión utilizada por el legislador de atender a las circunstancias personales del delincuente.

Determinándose la pena atendiendo a la «personalidad del delincuente», así por el art. 61.4ª CpE 1973, texto refundido y reformas posteriores, lo que luego se hace, conforme prevé el CpE 1995 inicialmente en el art. 66.1ª y después en el 66.1.6ª, acorde las «circunstancias personales» del individuo, en las que ciertamente se comprende la aludida “personalidad”, por STS, de 29 de septiembre de 1993 (Ponente: José Hermenegildo Moyna Ménguez [Roj N° 6371/1993]), se resuelve que (F.j. 1) «desde la perspectiva de la culpabilidad, debe ponderarse la personalidad del reo, y en este ámbito considerar sus condiciones personales [...], valorando su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos futuros de ésta sobre su vida dentro de la comunidad social».

¹⁵⁶¹ CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Título original: *A Suitable Amount of Crime* (1ª ed. Editorial Routledge, Londres, 2004). Traducido por ESPELETA, Cecilia; IOSA, Juan. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 154.

¹⁵⁶² QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, op. cit., p. 86.

Como destaca ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 73, la prevención especial positiva es atribuible sólo a penas privativas de libertad de corta duración, ya que una así, indica GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, “Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución....”, op. cit., p. 31, evita la desocialización del delincuente (se reconoce sí, *ibid.* n. n° 1, que «Una minoría significativa del Grupo considera que el límite mínimo de la pena de prisión debería estar en los seis meses») pues el infractor, como exponen CASTRO MORENO, *El por qué y el para qué de las penas...*, op.

prisión, presidio o reclusión [vid. *supra* n. 1548], se opta verdaderamente por la resocialización con alguna perspectiva cierta de reinserción social, sobre todo ingente la privación de derecho fundamental, si se evita al máximo la desocialización a que lleva el encierro, cometido que precisamente sólo se lograría, de ser posible, ya con la sanción mínima exigida por la ley¹⁵⁶³ o casi tal, o sea, debe asumirse, igualmente, que la sentencia que decreta la pena mínima legal aplicable, por último lindante a ésta o muy próxima, obedece a la prevención especial positiva¹⁵⁶⁴. Y efectivamente, siendo la interpretación

cit., 98-99, y BOLDOVA PASAMAR, “Penas privativas de libertad”, *op. cit.*, pp. 102-104, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen, *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.*, en corto período de cárcel no se enmienda, más aún que el encierro puede deteriorar sin reparación la personalidad porque, como hace presente BARATTA, *Criminología crítica...*, *op. cit.*, p. 194, «Exámenes clínicos realizados mediante los clásicos *test* de personalidad han mostrado los efectos negativos del encarcelamiento sobre la psique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de éste», quebranto que comienza, dicen MARCUELLO SERVÓS, Chaime; GARCÍA MARTÍNEZ, Jesús. “La cárcel como espacio de de-socialización ciudadana: ¿fracaso del sistema penitenciario español? *Portularia*. Vol. XI, N° 1 (2011), pp. 49-60, p. 57 [<http://hdl.handle.net/10272/4923> (visitado 20/07/2011)], con condenas de 5 a 10 años, que inhiben de forma efectiva las por sí escasas posibilidades de normalización social de quien delinquirió, admitido ya que sucede, como refieren MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, *op. cit.*, p. 681, y GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, “Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución....”, *op. cit.*, p. 31, después de 15 años.

¹⁵⁶³ Como hace ver MUÑOZ CONDE, Francisco. “Excurso: Incapacitación: La pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado”. En: VV.AA. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (Coord.). *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp.13-24, p. 20, aun cuando se tratara de un infractor penal con alto riesgo de reincidencia, nunca hay que renunciar, como principio, ni siquiera por lejana que aparezca la libertad del condenado, a una política penitenciaria que permita la ayuda reinsertadora a todo tipo de delincuente, aunque para alguno de ellos las posibilidades de reinserción social sean escasas o a muy largo plazo.

Dice ROXIN, “Prevención y determinación de la pena”, *op. cit.*, pp. 139-140, en: ROXIN, Claus, *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*, *op. cit.*, «Si [...] el marco penal en un delito muy grave es de diez a doce años, [...] de quince a cadena perpetua, todas esas magnitudes pueden ser inevitables (por lo menos, en opinión del legislador), desde el punto de vista preventivo general que a veces se esconde detrás de la pena por la culpabilidad. Pero, a pesar de ello, hay una importante diferencia en considerar que el juez está obligado, en virtud de la prevención especial, a imponer, en tales casos, diez (en lugar de doce) o quince años (en lugar de prisión perpetua). Sería cínico, a la vista del destino social y humano del condenado, mantener el criterio de que no importan un par de años más o menos, ya que, de todos modos, la duración de la pena no se justifica por los aspectos de la socialización».

¹⁵⁶⁴ Preferencia por ésta al condenar, entre los autores, en España, p. ej., GARCÍA ARÁN, “La prevención general en la determinación de la pena”, *op. cit.*, pp. 519 y 521-522, quien plantea que el juzgador debe ocuparse de dar cabida a la prevención especial pues al tener la conminación penal finalidad preventivo general negativa, cualquiera fuere la que decrete dentro de los límites del marco penal genérico dispuesto por la ley, siempre estará considerando magnitudes de pena apropiadas al fin preventivo general intimidatorio, esto es, «se está adecuando al programa preventivo general establecido por el legislador», el cual, en tanto mandato dirigido a la comunidad fijando obligaciones de hacer y no hacer, es dudoso que importe obligar al juez conseguir que los ciudadanos se abstengan de delinquir, porque corresponde al funcionario, conforme a la Constitución (art. 117.3), solamente juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, lo que lo circunscribe al asunto específico y los límites de éste «sin que en ello quepa incluir la necesidad de evitar otros del mismo calibre», y, es más, la orden de la Carta (art. 25.2) en cuanto a que la ejecución de pena privativa de libertad se oriente a la reeducación y reinserción social «difícilmente puede[n] perseguirse [...] en la etapa ejecutiva si no se ha[n] tenido en cuenta [...] al elegir la cantidad y clase de pena a imponer. [...]

judicial a través de la sentencia que condena a privación de libertad una actividad práctica porque manda a otros hacer, en la señalada a los funcionarios penitenciarios y para que se verifiquen los términos de la decisión, o sea, la permanencia, temporalmente acotada, de una persona en un lugar que asegure la afección de su libertad ambulatoria, lo que supone una cooperación, a la que también en pro del convicto se deben dichos operadores, por requerirlo la Carta (art. 25.2 CE) o inferirse (art. 1 inc. 4 CCh), específicamente reeducación y reinserción social, que cumple la invulnerabilidad social¹⁵⁶⁵, sucede que, por más que colaboren, el proceso pertinente se realiza, como resalta BARATTA, bajo régimen de carencias que produce consecuencias negativas sobre la personalidad y contrarias al fin educativo del tratamiento, especialmente privaciones relativas a las

mientras que la Constitución no obliga al Juez perseguir el efecto preventivo general, sí le impone tener en cuenta la finalidad preventivo especial, con lo cual [...] ésta pasa a un primer plano»; DEMETRIO CRESPO, *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*, op. cit., p. 331, quien señala que «la pena se prevé y se impone fundamentalmente por motivos de prevención general, pero se individualiza siguiendo criterios de prevención especial»; QUINTERO OLIVARES / MORALES PRATS / PRATS CANUT, *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, op. cit., p. 86, para quienes «la medida de la pena, [...], habrá de ajustarse al ideal de resocialización por difícil de alcanzar que ésta sea, [...]. De no ser así la pena se transforma en una pura «vindicta» legalizada e incompatible con el estadio de civilización política y social que, al menos, nos atribuimos». Ya según expone BESIO HERNÁNDEZ, *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena...*, op. cit., pp. 136-137, de forma absolutamente mayoritaria se acepta que al instante de condenar, la medida de la pena puede fijarse debajo del límite demarcado por la proporcionalidad con la gravedad del hecho, en función de la adecuación de ésta a los criterios político criminales de prevención especial, sosteniéndose, también mayoritariamente, que la proporcionalidad con la gravedad del hecho impone un límite máximo a los intereses de prevención especial, de modo que en ese espacio de pena, que oscila desde el límite máximo del marco proporcional hasta más allá de su límite mínimo, son los criterios de prevención especial los que determinan casi exclusivamente el *quantum* punitivo.

En Chile, donde, como hace notar van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, op. cit., p. 467, las reglas de los arts. 65 a 68 bis y 69 Cp para determinar la pena no aluden directamente a los fines de ésta, no habiendo más que alguna mención excepcional, referida a cuestiones puntuales (v. gr., determinación de la multa), se inclina por la prevención especial positiva a objeto de condena GARRIDO MONTT, *Derecho Penal: Parte General*, t. I, op. cit., p. 307, para quien «el juez ha de tener presente el *principio de [...] culpabilidad* del sujeto en el hecho y sus condiciones individuales para evaluar *las consecuencias que en su vida futura le acarrearán la pena*, las que necesariamente han de ser tomadas en cuenta en la regulación de la sanción»; CURY URZÚA, Enrique. “La prevención especial como límite de la pena”. *ADPCP*. t. XLI, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 685-702, p. 697, quien dice que la consideración preventivo-especial debe conducir en el caso concreto a reducir la pena o, incluso, a excluirla, si con ello no se deteriora la prevención general (en la antípoda, DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”. *Polít. crim.*, vol. 4, Nº 8, 2009, pp. 266-291, pp. 274-275, quien sostiene que el sistema chileno de sanciones como la determinación judicial de la pena tienen clara orientación hacia las teorías absolutas, respondiendo, específicamente, a la retributiva, lo que se explica en que la Comisión encargada de la redacción del Código Penal siguió de cerca las ideas del jurista español Joaquín Francisco Pacheco).

¹⁵⁶⁵ SÁNCHEZ CONCHEIRO, *Para acabar con la prisión...*, op. cit., p. 104.

relaciones heterosexuales, directa e indirectamente, por modo de los medios de satisfacción de las necesidades distribuirse en la comunidad carcelaria en base a relaciones informales de poder y de violencia que la caracterizan¹⁵⁶⁶, incluso, «Los estudios [...] concluyen que “la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a través de una larga pena carcelaria no parece existir”, y que “el instituto penal no puede realizar su objetivo como institución educativa”»¹⁵⁶⁷.

Por lo demás, un obrar judicial de imposición de pena mínima, o a ella lindante o sumamente próxima, por razón de prevención especial positiva, es defendible ante exigencias de prevención general intimidatoria porque por ésta justamente la ley establece el menor y mayor dolor que al trasgresor del pacto social se puede infligir (v. gr., por homicidio, sin modificativa, prisión de 10 a 15 años y, concurriendo sólo una atenuante, prisión de 10 años a 12 años 6 meses¹⁵⁶⁸ [CpE, art. 138 en relación con, respectivamente, arts. 66.1.6ª y 66.1.1ª]).

¹⁵⁶⁶ BARATTA, *Criminología crítica...*, *op. cit.*, p. 194.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*

¹⁵⁶⁸ Ya por la modificación de la LO 15/2003 al art. 70.2 CpE, que rige desde el 1 de octubre de 2004, en este caso y en estricto rigor, se trata de, como mitad inferior de la pena prevista por concurrir sólo una atenuante, de prisión de 10 años a 12 años 5 meses y 29 días, siendo entonces la mitad superior correspondiente prisión de 12 años 6 meses y 1 día a 15 años. Antes del cambio legal referido, sin norma atingente a determinar la mitad inferior y superior de una pena, la mayoría de los Tribunales solapaban el límite máximo de la mitad inferior con el límite mínimo de la superior, lo que a efectos de cálculo es además mucho práctico, por lo cual la mayoría de ellos aún lo hace así [p. ej., STSJ Madrid 6/2011, de 7 de marzo (*infra* Anexo I 1.1.1. S 144)], razón por la que aquí, cuando es del caso, se sigue el mismo derrotero, o sea, ejemplificando ya con pena de 15 a 20 años se entenderá entonces que la mitad inferior va de 15 años a 17 años y 6 meses y la superior de 17 años y 6 meses a 20 años y no, respectivamente, de 15 años a 17 años 5 meses y 29 días y de 17 años 6 meses y 1 día a 20 años. No obstante, como dos mitades de algo son tales en cuanto no tienen punto de coincidencia, previo a regir la LO 15/2003, hubo también Tribunales que determinaron la mitad inferior o superior, y que es lo que procede, prescindiendo de la superposición de que se trata (p. ej., STJ Las Palmas de Gran Canaria 11/2002, de 25 de enero [*infra* Anexo I 1.1.1. S 28], STSJ Cataluña 9/2004, de 27 de mayo [*infra* Anexo I 1.1.1 S 63]).

Precisamente, para BOLDOVA PASAMAR, “Aplicación y determinación de la pena”, *op. cit.*, p. 245, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas...*, *op. cit.* [ed. 2006], y “Aplicación y determinación de la pena”, *op. cit.*, p. 106, en: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas...*, *op. cit.* [4ª ed.], las operaciones aritméticas para la medición legal de la pena (superior en grado, inferior en grado, mitad superior o inferior) son en principio sencillas y pueden realizarse rápidamente con un mínimo impulso de cálculo mental, particularmente solapando los límites de los grados y de las mitades, pero esto último es justamente lo que tras la reforma de 25 de noviembre de 2003 [LO 15/2003] hay que tratar de

Por lo mismo, obedece a la prevención especial positiva toda sentencia que priva de libertad con significación más allá de la mínima legal inexcusable pero sustituye o suspende la pertinente ejecución, situación que hasta podría significar resolver acorde a dicha prevención especial y a la prevención general negativa, que ciertamente decae en términos prácticos, como sería, en Chile, en homicidio simple frustrado sin modificatoria [marco penal concreto presidio menor grado máximo (CpCh, art. 391 N° 2 en relación con arts. 51 y 67 inc. 2)] imponer el máximo de 5 años y otorgar libertad vigilada pudiendo el *quantum*, y atendido el marco de enjuiciamiento, estimarse excesivo respecto a la extensión del mal producido por el delito.

Y claro, por razón práctica, pues hay que listarla en alguna doctrina, siendo estimable que erró el juez, cabe atribuir como respondiendo a la prevención especial positiva toda sentencia -que no son muchas- que determina una pena menor a la de aplicación obligada¹⁵⁶⁹.

A su vez, como toda sanción privativa de libertad neutraliza al delincuente, de modo que en todos los casos analizados (prisión, presidio o reclusión) de por sí se advierte la prevención especial negativa, para ésta poder atribuirle como la consideración que tuvo para condenar un juez penal español y chileno es necesario que se haya dispuesto castigo a ser cumplido efectivamente distante con cierta significación del mínimo ineludible de aplicar, como sería un mes o muy cerca de éste pues tal período acrecienta tanto la separación del cuerpo social inherente a la pena en cuestión como el deterioro de personalidad que acarrea su ejecución mínima o -pensando en una lindante o muy próxima- poco más.

evitar pues el legislador se pronunció expresamente en el sentido de diferenciar los límites de las penas, es decir, de engarzarlas por medio de una unidad penológica de más o de menos, si bien en relación con las mitades lo hizo de modo imperfecto y podrían producirse solapamientos.

¹⁵⁶⁹ Vid. *infra* Anexo I: Sentencias españolas y chilenas muestra de doctrinas de la pena, 1.2.1. S 43 y 1.3.1. SS 26, 31, 33 y 102.

Es decir, al condenar a pena privativa de libertad, en ello por sí retribución y prevención general positiva, el arbitrio de los jueces españoles y chilenos para hacerlo en vista de un fin de la pena -que acá cuál(es) sea(n) se pretende dilucidar- concierne esencialmente a la prevención especial positiva o prevención especial negativa y prevención general negativa.

Teniendo presente que la Carta española (art. 25.2) manda se oriente la ejecución de pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social, designio que no cabe rechazar para Chile por prever su Constitución (art. 1 inc. 4 CCh) que cada uno en la comunidad alcance la mayor realización espiritual y material posible, debiendo contribuir a crear las condiciones el Estado, logro del que no queda fuera quien delinquirió, únicamente debiera preocupar el fallo que, a cumplir efectivamente, denota una exacerbada prevención especial negativa como o ya la prevención general negativa y ésta se representa por *quantum* punitivo dispuesto excesivo o que así pudiere advertirse respecto a la gravedad del hecho o, en su caso, extensión del mal producido, por instrumentalización del infractor pues así punirlo mira a inhibir a potenciales malhechores desplegar conducta como la enjuiciada.

4.2. Metodología

A la tarea emprendida, entendido que, por ejemplo, punidos en una misma resolución tres autores por dos delitos se está ante seis veredictos, se utilizan y examinan, particularmente su narrativa resolutoria, fallos que recaen sobre ilícitos graves y/o de connotación pública, como son los que afectan la vida, la libertad e indemnidad sexual y el patrimonio, cuyas penas privativas de libertad posibilitan advertir adecuadamente las diferentes doctrinas¹⁵⁷⁰.

Las sentencias españolas provienen de la página web del Poder Judicial (www.poderjudicial.es) y las chilenas del Boletín del Ministerio Público - institución hoy Fiscalía de Chile- (www.fiscaliadechile.cl), de Microjuris (www.microjuris.cl), de Legal Publishing (www.legalpublishing.cl) y de la página web LexDefensor de la Defensoría Penal Pública (<http://200.72.22.163/lexdefensor/advancedSearch.do>).

Se presenta sí el problema evidente de ser materialmente imposible acceder a todos los fallos condenatorios pronunciados respecto a los delitos que importan, aparte que en muchos que pudieran recogerse tampoco podría saberse, a falta de expresión otra que no sea la fórmula legal literalmente o redundar en ella, si el juez en realidad consideró, por ejemplo, la prevención especial positiva al decretar la pena mínima aplicable y ésta la requirió el Ministerio Fiscal, y el querellante en su caso, ya que en tal situación el magistrado español debe imponer la sanción solicitada siéndole vedado superarla. O sea, se trabaja con una muestra aleatoria y sesgada que podría llevar a conclusiones erróneas, aparte que recabando un observador o tercero otra(s) sentencia(s) dictada(s) en los períodos indagados ciertamente modifica el resultado derivado, por lo que lo correcto, cual se hace aquí, es sólo hablar

¹⁵⁷⁰ Como dice, para ejemplificar, HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, op. cit., p. 395, «La teoría de la *prevención especial* [...] se ha desarrollado en relación con [...] las penas privativas de libertad [...]».

de, atinente al resultado obtenible del total de resoluciones, “tendencia” de los jueces penales españoles y chilenos.

Entonces, todos los fallos se recogen al azar pero luego con los de España, porque -como se adelantó- el principio acusatorio -en una doctrina ya asentada por el TS con el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de 20 de diciembre de 2006¹⁵⁷¹- impide al Tribunal imponer pena superior a la más grave de las específicamente interesadas por las acusaciones¹⁵⁷², se prescinde de los que aplican la mínima obligada sin indicio de la requerida por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la Acusación Particular, y, siendo factor de determinación la gravedad del hecho, de los que omiten narrar el suceso criminal enjuiciado, salvo que la sanción se haya fijado en el mínimo legal o linda a éste o le es muy próximo o -imputable a error- por debajo de la inexcusable.

Con las de Chile, puesto que el principio acusatorio no limita al magistrado, como lo reconoce la doctrina¹⁵⁷³ y la jurisprudencia¹⁵⁷⁴, hecha la elección no

¹⁵⁷¹ Es posible sí encontrar alguna actuación en contrario, p. ej., SAP Murcia 26/2009, de 18 de mayo, N° Roj: 1106/2009 (Ponente: Miguel Ángel Larrosa Amante), la que, habiéndose requerido por el MF, por delito consumado de homicidio, sin concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, condena a 10 años de prisión, impone 11 años y 6 meses de prisión.

¹⁵⁷² En su momento, críticamente, hace ver MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, t. III, 2001, p. 26, que no cabe hablar de pretensión en sentido estricto en el proceso penal, en el que necesariamente ha de haber una parte acusadora que impute unos hechos a una persona determinada y que pida la apertura del juicio oral, con lo que se está diciendo que alguien tiene que sostener la acción, sólo que ésta no configura una verdadera pretensión determinadora del objeto del proceso, lo que así se entendió claramente en el texto original de la LECr, lo cual después la exageración del llamado principio acusatorio desvirtuó en la regulación del proceso abreviado en la LO 7/1998, de 28 de diciembre, y también en la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, siendo lo más grave el que la jurisprudencia lo está extendiendo al mismo proceso ordinario en contra del tenor literal de la LECr.

¹⁵⁷³ Así, p. ej., CAROCCA PÉREZ, Álex. *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005, pp. 194-195, quien manifiesta que la acusación del fiscal debe presentarse por escrito, conteniendo una serie de requisitos, siendo uno importante de ellos «La pena que de acuerdo con la ley solicita que se aplique al acusado en el caso de ser condenado (art. 259 letra g) CPP), la que lógicamente no es obligatorio para el tribunal».

¹⁵⁷⁴ Así, p. ej., SCA Puerto Montt, de 1 de febrero de 2005, Rol N° 15-2005 R.P.P., que, rechazando recurso de nulidad de la defensa contra STJOP Puerto Montt, de 30 de diciembre de 2004, RUC N° 0400221247, RIT N° 34-2004, por errónea aplicación de derecho, que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, fundado en que se condenó a 8 años de presidio mayor en su grado mínimo y no a los 5 años y 1 día que solicitó la Fiscalía, sin expresar el fallo los motivos de tal aumento, establece que (C.j. 3) «[...] por no concurrir circunstancias [...] que beneficien o perjudiquen al imputado, el tribunal se encuentra facultado para recorrer la pena asignada al delito en toda su extensión, sin que obste para ello que el Ministerio

dirigida, el descarte sólo comprende resoluciones de Juzgados de Garantía que bajo procedimiento abreviado imponen la pena mínima legal aplicable y ésta pidió el Fiscal, y el querellante en su caso, ya que en dicho trámite el legislador instauró el principio acusatorio con la consecuencia que se le da en la jurisdicción penal hispana, o sea, no puede el juez establecer sanción mayor -ni más desfavorable- a la solicitada por el órgano persecutor o el querellante (art. 412 inc. 1 Cpp). Y como objetivamente no son muchas las sentencias condenatorias en relación a los delitos que interesan¹⁵⁷⁵, aparte que muy pocas se publican (p. ej., es casi nulo el registro del Poder Judicial chileno en su página web [www.poderjudicial.cl]), se comprenden varias en las que la comisión delictiva es imperfecta lo mismo que, por ser en ilícitos patrimoniales y sexuales, cuya inclusión se justifica por su repercusión social, las recaídas en otras infracciones (p. ej., robo por sorpresa, abuso sexual propio e impropio) que las que afectan principal y mayormente el bien jurídico de que se trata (p. ej., robo con violencia o intimidación, robo calificado, violación), todo lo que no es necesario con las españolas por haber suficientes a las que acceder.

Identificando el Tribunal, fecha de expedición y otros datos que las individualizan (v. gr., número), detallando el castigo decretado, acorde

Público haya solicitado la aplicación en su mínimo»; SCS, de 15 de septiembre de 2009, Rol N° 3.909-09 (pronunciada por Ministros Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C.; Hugo Dolmestch U. y Abogado Integrante Nelson Pozo S.), rechazando recurso de nulidad de la defensa contra STJOP Puerto Montt, de 30 de mayo de 2009, RUC 0800784091-9, RIT N° 20-2009, que impuso, sin dar razón para ello, reconociendo aún la atenuante de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos, pena superior a la interesada por el MP y el querellante particular, establece que (C.j. 12) «[...], de conformidad al sistema denominado “determinación judicial”, [...], en que se procede por los jueces a tomar en cuenta las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal concurrentes [...], ejercicio que llevará finalmente a fijar [...] la clase y medida de la reacción penal [...], fase que junto con la apreciación de la prueba y la aplicación del precepto jurídico penal a los hechos probados, constituye una tercera función autónoma del juez penal y representa la culminación de su actividad decisoria».

¹⁵⁷⁵ P. ej., de acuerdo al Informe Anual de Justicia del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), en calidad de autor, el 2005, se consignan 321 condenas por homicidio [no distingue entre simple y calificado], 9 por parricidio, 17 por infanticidio, 432 por robo con violencia, 1.007 por robo con intimidación; el 2008, 46 por homicidio simple, 1 por homicidio calificado, 2 por parricidio, 12 por infanticidio, 42 por robo con violencia, 83 por robo con intimidación; el 2010, sin registro de condena por parricidio e infanticidio, 15 por homicidio simple, 6 por homicidio calificado, 96 por robo con violencia [comprende robo calificado (Cp, art. 433 en relación con 432) y extorsión (Cp, art. 438 en relación con 432)] y 18 por robo con intimidación [comprende robo calificado y extorsión].

intervención (siempre autor) y grado de ejecución (generalmente consumado) delictiva, y subtipo (v. gr., «robo con violencia con uso de arma y siendo aquella de menor entidad») y modificativa(s) concurrente(s), en su caso, así como -indicado el marco penal concreto para juzgar- el fin, uno o más, de la pena considerado para condenar -conforme enfoque consignado [Cap. IV 4.1.]-, las resoluciones en cuestión se registran en *Anexo I: Sentencias españolas y chilenas muestra de doctrinas de la pena* (también A I), en el cual a veces -hecho presente al inicio- una es más.

Por lo anterior, determinado el fin de la pena a que obedecen según el correspondiente planteamiento, presupuesto entonces que a retribución y prevención general positiva todas, para establecer cuántas son y la cantidad en que por delito responden a la prevención general negativa, prevención especial negativa, a la prevención especial positiva, con referencia ya a concurrir o no circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, y ser, en su caso, subtipo (p. ej., «violencia e intimidación degradante o vejatoria» [violación] y «uso de arma», «uso de instrumento peligroso», «modalidad atenuada» [robo con violencia]), todas las sentencias se listan en *Anexo II: Las doctrinas de la pena en las sentencias españolas y chilenas* (también A II).

Enseguida, postulado que retribución y prevención general positiva es propio del acto de condenar y para ver la incidencia de la prevención general negativa, prevención especial negativa y prevención especial positiva como consideración para imponer sanción privativa de libertad, las resoluciones se llevan a tablas y gráficos estadísticos, apuntados -una parte en el acápite próximo- en *Anexo III: Estadísticas sentencias muestra de doctrinas de la pena* (también A III), primero España y después Chile, según infracción -no se distingue subtipo en las españolas [puede determinarse con A II]-, abarcando conjuntos, en específico delitos contra la vida y en relación al

segundo país además delitos contra la libertad e indemnidad sexual y honestidad (violación impropia, violación y estupro), la libertad sexual y honestidad (abusos sexuales), y contra la propiedad con peligro de la vida, salud o seguridad (robo con violencia o intimidación, por sorpresa y calificado) y con peligro para las personas (robo en lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias, en lugar no habitado, bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados habitación). Finalmente, se enumeran las resoluciones fundantes de la investigación de que se trata en *Anexo IV: Índice de sentencias muestra de doctrinas de la pena* (también A IV).

Así, los fallos, cuyo examen sustenta la indagación emprendida, de España, en período 2000-2011, son 175 en homicidio y 192 en asesinato, 169 en agresión sexual cualificada y violación y 206 en robo con violencia o intimidación. Y, con el obstáculo dicho de pronunciadas menormente y poca publicación, en Chile, son 94 en homicidio simple (1989, 1998 y 2000-2011), 5 en infanticidio (2000, 2002, 2003-2004 y 2008), 29 en homicidio calificado (1986, 1989, 1997, 1999-2000 y 2002-2010) y 25 en parricidio (1987, 1989, 1997, 2001-2004 y 2006-2010), 40 en violación impropia (2000-2010), 32 en violación (2000-2010), 6 en estupro (2001 y 2009-2010), 9 en abuso sexual propio (2001-2003, 2005, 2008-2011), 32 en abuso sexual impropio (2001-2011), 59 en robo con violencia o intimidación (2001-2007 y 2010-2011), 8 en robo por sorpresa (2001-2003 y 2005-2006), 15 en robo calificado [homicidio o violación] (2003 y 2005-2007), 30 en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o sus dependencias (2001-2006) y 10 en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación (2001-2003 y 2005-2006).

4.3. Resultados de la investigación

Con retribución y prevención general positiva -según enfoque- en todas las sentencias, se observa que, ciñéndose a los correspondientes Anexos I, II, III y IV [*infra*], en España la tendencia es no acoger mayormente el ideario constitucional de cumplirse la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), misión que, prevención especial positiva, ante la inevitabilidad del encierro sólo es pensable poder cabalmente obtener si se decreta la sanción mínima obligada o a ésta lindante o muy próxima (o bien -aunque se da poquísimos y es atribuible a error- es menor a la inexcusable¹⁵⁷⁶).

Ciertamente, en el período inquirido [2000-2011], de acuerdo al total de resoluciones por delito [no se distingue, en su caso, subtipo], responden a la prevención especial positiva [también PEP], en homicidio, de 175 (A IV), pues imponen la pena mínima legal o a ésta lindante¹⁵⁷⁷ (A I), 50 fallos (A II), 28,6% (A III), y en asesinato, de 192 (A IV), por decretar la sanción mínima legal, 57 (A II), 29,7% (A III) -107 en delitos contra la vida, 29,2% (A III)-; en agresión sexual cualificada y violación, de 169 (A IV), por disponer la pena mínima legal o lindante a ella¹⁵⁷⁸ (A I) y aún menor a la obligada¹⁵⁷⁹ (A I), 82 (A II), 48,5% (A III); y en robo con violencia o intimidación, de 206 (A IV), pues imponen la sanción mínima legal o a ella lindante¹⁵⁸⁰ o muy próxima¹⁵⁸¹ (A I) e incluso menor a la mínima¹⁵⁸² (A I), 93 (A II), 45,1% (A III).

¹⁵⁷⁶ Vid. *supra* Cap. IV 4.1. Planteamiento de la investigación párrafo de n. 1569.

¹⁵⁷⁷ SAP Zaragoza, de 20-02-2008, N° 80/2008 (homicidio, atenuante confesión, 10 años y 1 día prisión) [Anexo I 1.1.1. S 110].

¹⁵⁷⁸ SAP Palma de Mallorca, de 01-12-2000, N° 142/2000 (agresión sexual cualificada, sin modificativa, 6 años y 1 día prisión), SAP San Sebastián, de 19-09-2006, N° 304/2006 (violación a víctima especialmente vulnerable, sin modificativa, 12 años y 1 día prisión [además prevención general negativa por declaración del Tribunal]) [Anexo I 1.2.1. SS 13 y 84].

¹⁵⁷⁹ SAP Almería, de 17-06-2003, N° 19/2003 (violación continuada a víctima especialmente vulnerable y con prevalimiento de relación paterno filial, sin modificativa, 14 años prisión) [Anexo I 1.2.1. S 43].

¹⁵⁸⁰ SAP Córdoba, de 30-01-2007, N° 20/2007 (robo con violencia, modalidad atenuada, y agravante reincidencia, 1 año 6 meses y 1 día prisión) [Anexo I 1.3.1. S 91].

Obedecen así a la prevención especial negativa [también PEN], en homicidio 125 sentencias (A II), 71,4% (A III), y en asesinato 135 (A II), 70,3% (A III) -260 en delitos contra la vida, 70,8% (A III)-; en agresión sexual cualificada y violación 87 (A II), 51,5% (A III); y en robo con violencia o intimidación 113 (A II), 54,9% (A III).

A la prevención general negativa [también PGN], responden, en homicidio, de 175 (A IV), 31 fallos (A II), 17,7% (A III), y en asesinato, de 192 (A IV), 46 (A II), 24% (A III) -77 en delitos contra la vida, 21% (A III)-; en agresión sexual cualificada y violación, de 169 (A IV), 27 (A II), 16% (A III); y en robo con violencia o intimidación, de 206 (A IV), 23 (A II), 11,2% (A III).

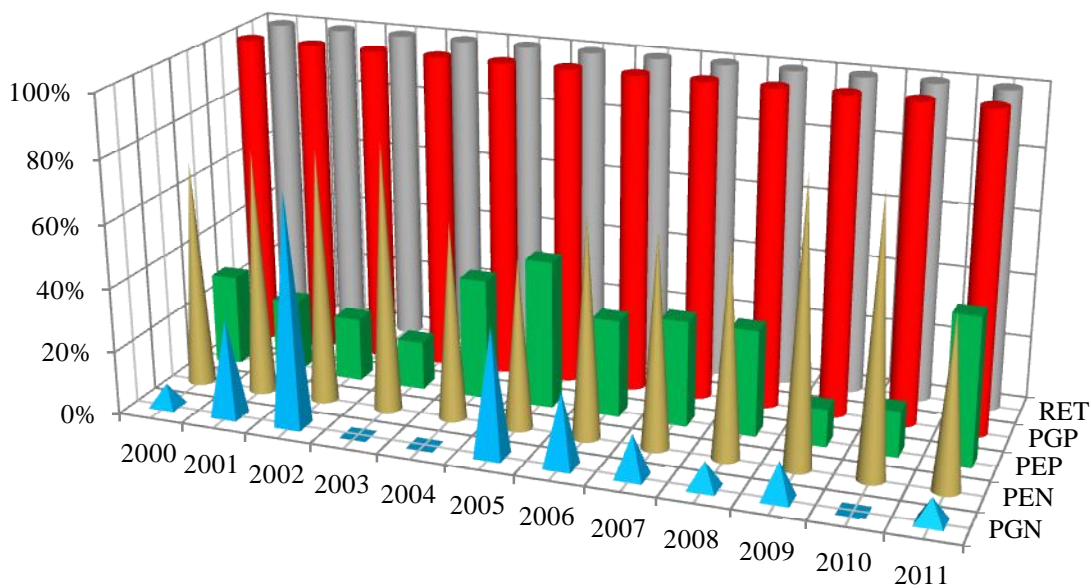
Tablas y gráficos porcentajes anuales doctrinas de la pena sentencias españolas

1. Homicidio	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	7.1%	30.8%	73.3%	0%	0%	40%	23.1%	13.3%	8.3%	11.8%	0%	7.7%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	71.4%	76.9%	80%	84.6%	61.9%	53.3%	69.2%	66.7%	66.7%	88.2%	85.7%	53.8%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	28.6%	23.1%	20%	15.4%	38.1%	46.7%	30.8%	33.3%	33.3%	11.8%	14.3%	46.2%

¹⁵⁸¹ SAP Albacete, de 10-03-2005, N° 22/2005 (robo con intimidación con uso de arma, modalidad atenuada, y agravante reincidencia y atenuantes drogadicción y reparación daño, 1 año 6 meses y 3 días prisión) [Anexo I 1.3.1. S 69].

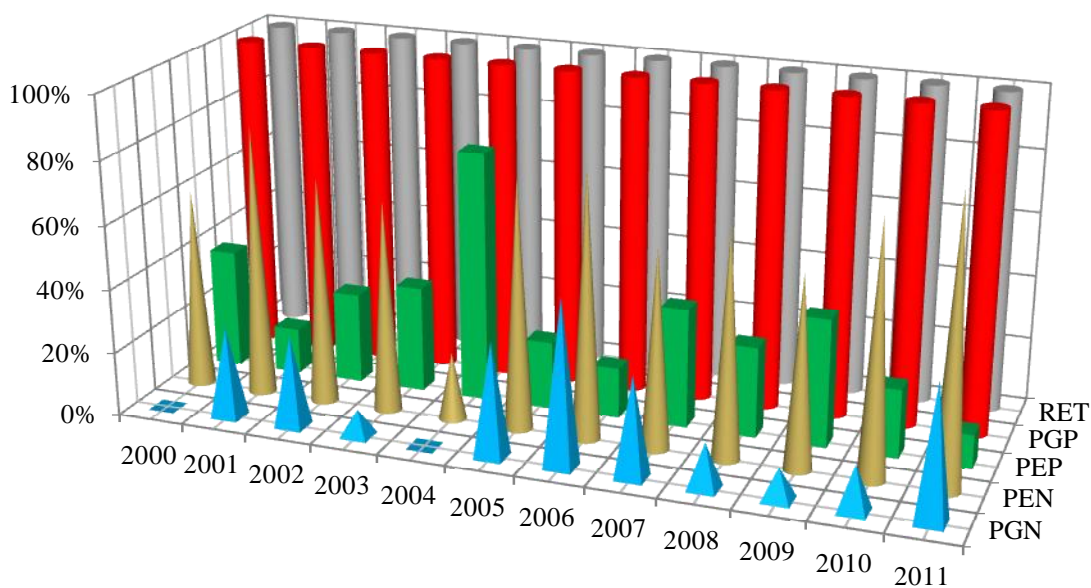
¹⁵⁸² SAP Málaga, de 15-01-2002, N° 1/2002 (robo con violencia con uso de arma, modalidad atenuada, y agravante reincidencia, 1 año y 6 meses prisión [2 SS]), SAP Granada, de 11-05-2002, N° 328/2002 (robo con intimidación, agravantes reincidencia y disfraz, 3 años y 4 meses prisión), SAP Barcelona, de 15-07-2002, N° 693/2002 (robo con intimidación con uso de arma y agravante reincidencia, 4 años prisión [2 SS]), SJP (2°) Santa Cruz de Tenerife, de 03-08-2007 (robo con violencia con uso de instrumento peligroso y agravante reincidencia, 4 años prisión) [Anexo I 1.3.1. SS 26, 31, 33 y 102].

1. Homicidio



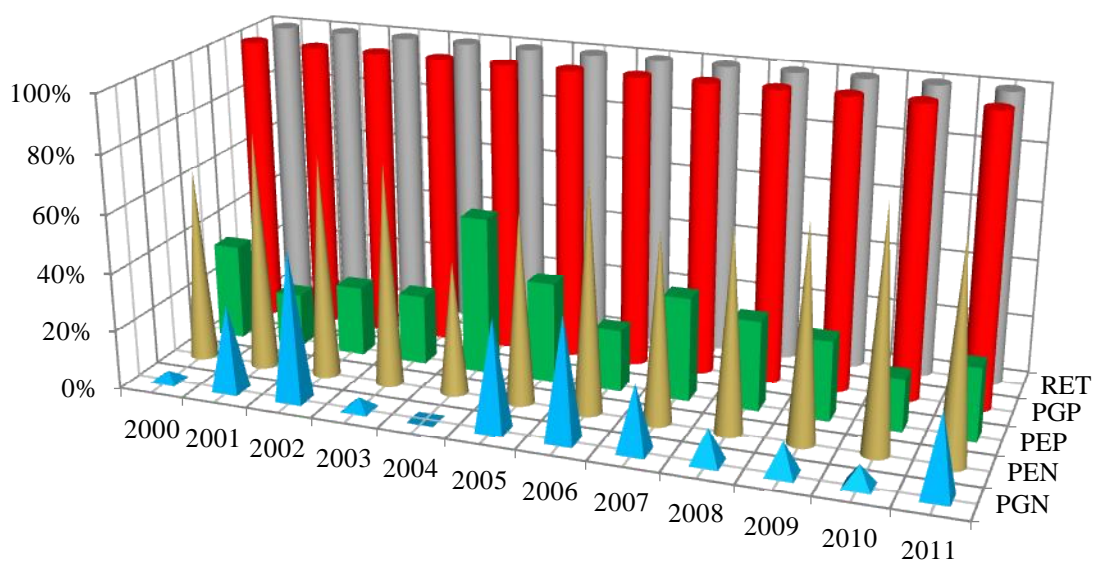
2. Asesinato	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	28.6%	28.6%	8.3%	0%	35.7%	52%	31.3%	14.3%	10%	14.3%	42.1%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	62.5%	85.7%	71.4%	66.7%	21.4%	78.6%	84.0%	62.5%	71.4%	60%	78.6%	89.5%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	37.5%	14.3%	28.6%	33.3%	78.6%	21.4%	16%	37.5%	28.6%	40%	21.4%	10.5%

2. Asesinato



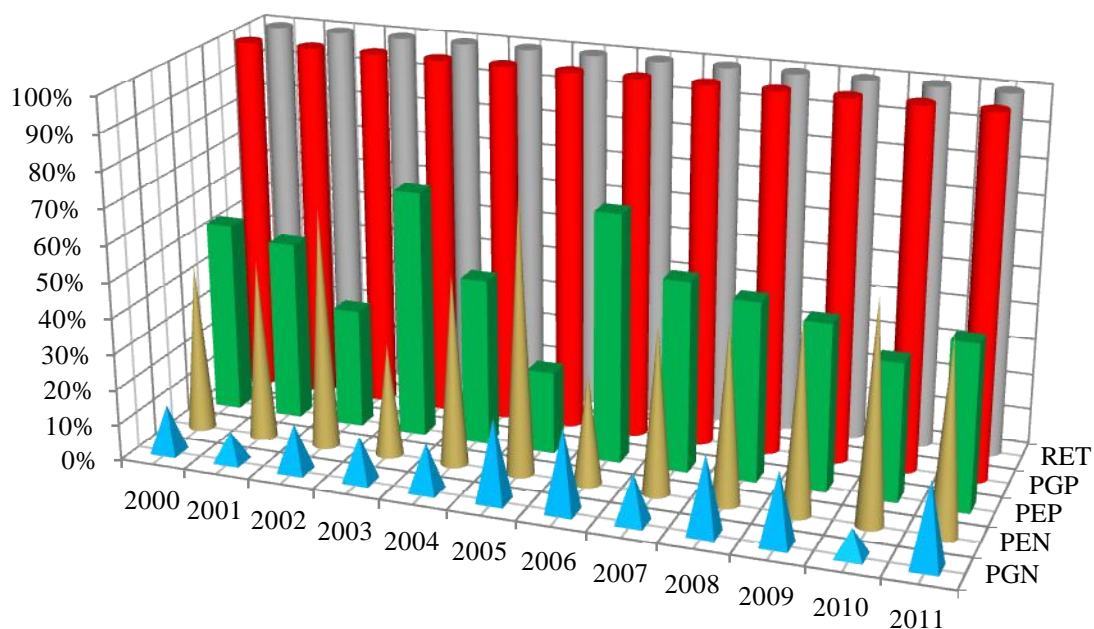
3. Delitos contra la vida	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	3.3%	29.6%	51.7%	4%	0%	37.9%	42.1%	22.6%	11.5%	10.8%	7.1%	28.1%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	66.7%	81.5%	75.9%	76%	45.7%	65.5%	78.9%	64.5%	69.2%	73%	82.1%	75%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	33.3%	18.5%	24.1%	24%	54.3%	34.5%	21.1%	35.5%	30.8%	27%	17.9%	25%

3. Delitos contra la vida



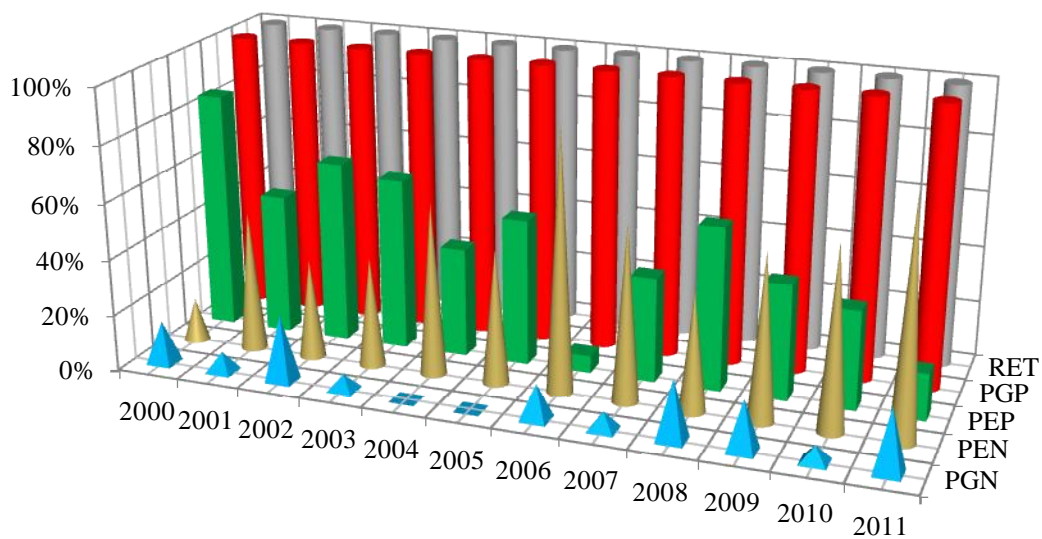
4. Agresión sexual cualificada y violación	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	13.3%	8.3%	13.3%	12.5%	13.3%	23.1%	23.1%	13.3%	21.4%	20%	7.7%	23.1%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	46.7%	50%	66.7%	31.3%	53.3%	76.9%	30.8%	46.7%	50%	53.3%	61.5%	53.8%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	53.3%	50%	33.3%	68.7%	46.7%	23.1%	69.2%	53.3%	50%	46.7%	38.5%	46.2%

4. Agresión sexual cualificada y violación



5. Robo con violencia o intimidación	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	15.4%	7.1%	23.5%	5.6%	0%	0%	12.5%	6.3%	21.1%	17.6%	5.9%	22.2%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	15.4%	50%	35.3%	38.9%	61.1%	47.8%	93.8%	62.5%	42.1%	58.8%	64.7%	83.3%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	84.6%	50%	64.7%	61.1%	38.9%	52.2%	6.2%	37.5%	57.9%	41.2%	35.3%	16.7%

5. Robo con violencia o intimidación



En Chile, deducible del inc. 4 del art. 1 de la Carta que la ejecución de pena privativa de libertad ha de procurar la reeducación y reinserción social, pues la norma prescribe que el Estado «está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías [...]», consecución de la que sin duda no está excluido el delincuente, los jueces en delitos graves y/o de connotación pública tienden a condenar a presidio o reclusión teniendo primordialmente en vista la prevención especial positiva.

En efecto, según el total de sentencias por delito en los períodos respectivos¹⁵⁸³, responden a la prevención especial positiva, en homicidio simple, de 94 (A IV), por decretar la pena mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁸⁴ (A I), 47 fallos (A II), 50% (A III), en infanticidio, de 5 (A IV), por imponer el castigo mínimo legal o más que éste con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁸⁵ (A I), 4 (A II), 80% (A III), en homicidio calificado, de 29 (A IV), por disponer la sanción mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la

¹⁵⁸³ Homicidio simple: 1989,1998, 2000-2011; infanticidio: 2000, 2002-2004 y 2008; homicidio calificado: 1986, 1989, 1997, 1999-2000 y 2002-2010; parricidio: 1987, 1989, 1997, 2001-2004 y 2006-2010; violación impropia: 2000-2010; violación: 2000-2010; estupro: 2001 y 2009-2010; abuso sexual propio: 2001-2003, 2005 y 2008-2011; abuso sexual impropio 2001-2011; robo con violencia o intimidación: 2001-2007 y 2010-2011; robo por sorpresa: 2001-2003 y 2005-2006; robo calificado [homicidio o violación]: 2003 y 2005-2007; robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias: 2001-2006; robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación: 2001-2003 y 2005-2006.

¹⁵⁸⁴ STJOP Temuco, de 11-01-2002, RUC N° 0000000582-7, RIT N° 018-2001 (4 años 6 meses presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SCA San Miguel, de 05-04-2002, Rol N° 3594-97 (3 años presidio menor grado medio, remisión condicional), STJOP Villarrica, de 15-06-2002, RUC N° 0100027171-K, RIT N° 005-2002 (3 años presidio menor grado medio, remisión condicional), STJOP (5°) Santiago, de 24-01-2007, RUC N° 0600562303-9, RIT N° 3-2007 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP (2°) Santiago, de 19-02-2008, RUC N° 0600788123-5, RIT N° 4-2008 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP (7°) Santiago, de 04-03-2008, RUC N° 0700441674-5, RIT N° 13-2008 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SCA Copiapó, de 18-04-2008, Rol N° 71-2008 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP Cañete, de 09-06-2008, RUC N° 0700441674-5, RIT N° 13-2008 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.1.1. SS 11, 13, 16, 51, 62, 63, 66 y 67].

¹⁵⁸⁵ STJOP Villarrica, de 16-08-2002, RUC N° 0100087611-5, RIT N° 008-2002 (4 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.1.2. S 89].

ejecución¹⁵⁸⁶ (A I), 10 (A II), 34,5% (A III), y en parricidio, de 25 (A IV), por decretar la pena mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁸⁷ (A I), 17 (A II), 68% (A III) -78 en delitos contra la vida, 51% (A III)-.

Dan cuenta de la prevención especial positiva [período, *vid. supra* n. 1583], en violación impropia, de 40 (A IV), por imponer el castigo mínimo legal, 24 fallos (A II), 60% (A III), y en violación, de 32 (A IV), por disponer la pena mínima legal, 16 (A II), 50% (A III), y en estupro, de 6 (A II), por decretar la sanción mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁸⁸ (A I), 4 (A II), 66,7% (A III) -44 en el conjunto, 56,4% (A III)-; en abuso sexual propio, de 9 (A IV), por disponer el castigo mínimo legal o más que éste con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁸⁹ (A I), 7 (A II), 77,8% (A III), y en abuso sexual impropio, de 32 (A IV), por decretar la sanción mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁹⁰ (A I), 24 (A II), 75% (A III) -31 en el conjunto, 75,6% (A III)-.

¹⁵⁸⁶ STJOP Antofagasta, de 03-11-2004, RUC N° 0300019922-1, RIT N° 126-2004 ([frustrado] 5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.1.3. S 104].

¹⁵⁸⁷ STJOP Temuco, de 07-12- 2002, RUC N° 0100012732-5, RIT N° 079-2002 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP Viña del Mar, de 13-02-2007, RUC N° 0500698674-0, RIT N° 191-2006 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SCA Santiago, de 05-09-2007, Rol N° 2.753-2007 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP Colina, de 18-12-2007, RUC N° 0700319423-4, RIT N° 57-2007 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.1.4. SS 125, 132, 136 y 138].

¹⁵⁸⁸ SCA Rancagua, de 19-04-2001, Rol N° 191.703 (3 años presidio menor grado medio, remisión condicional), SCS, de 07-10-2009, Rol N° 6.574-2008 (3 años reclusión menor grado medio, remisión condicional), SCA San Miguel, de 31-03-2010, Rol N° 837-2009, 5 años de presidio menor en su grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.2.4. SS 113, 116 y 117].

¹⁵⁸⁹ SCS, de 21-11-2001, Rol N° 2.163-01 (150 días reclusión menor grado mínimo, remisión condicional), SCA Rancagua, de 15-11- 2005, Rol N° 797-2005 (301 días reclusión menor grado mínimo, remisión condicional), STJOP Coyhaique, de 27 de diciembre de 2005, RUC N° 0400370707-0, RIT N° 40-2005 (500 días reclusión menor grado mínimo, remisión condicional) [Anexo I 2.2.3. SS 76, 90, 91].

¹⁵⁹⁰ SCA Puerto Montt, de 02-04-2001, Rol N° 101.131 (3 años presidio menor grado medio, libertad vigilada), STJOP Ovalle, de 28-07-2001, RUC N° 0110001053-0, RIT N° 2-2001 (300 días reclusión menor grado mínimo, remisión condicional), SCA San Miguel, de 06-11-2002, Rol N° 3.136-98 (3 años reclusión menor grado medio, remisión condicional), SCA Rancagua, de 26-10-2004, Rol N° 210.268 (300 días reclusión menor grado mínimo, remisión condicional [2 SS]), SCA Valdivia, de 11-05-2005, Rol N° 349-2005 (3 años reclusión menor grado medio, libertad vigilada), STJOP La Serena, de 14-03-2006, RUC N° 0300165065-2, RIT N° 11-2006 (3 años reclusión menor grado medio, remisión condicional), SCA Rancagua, de 24-05-2007, Rol N° 138-2007 (4 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SCA Temuco, de 24-04-2008, Rol N° 345-2008 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SCS, de

Obedecen también a la prevención especial positiva [período, *vid. supra* n. 1583], en robo con violencia o intimidación, de 59 (A IV), por disponer la pena mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁹¹ (A I), 53 sentencias (A II), 89,8% (A III), en robo por sorpresa, de 8 (A IV), por decretar la sanción mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁹², 7 (A II), 87,5% (A III), y en robo calificado [homicidio o violación], de 15 (A IV), por imponer el castigo mínimo legal, 2 (A II), 13,3% (A III) -62 en el conjunto, 75,6% (A III)-; en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, de 30 (A IV), por disponer la pena mínima legal o más que ésta con significación pero suspendiendo la ejecución¹⁵⁹³ (A I), 26 (A II), 86,7% (A III), y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, de 10 (A IV), porque decretan el castigo mínimo legal o más que éste con significación pero sustituyen¹⁵⁹⁴ o suspenden la ejecución¹⁵⁹⁵, 6 (A II), 60% (A III) -32 en el conjunto, 80% (A III)-.

Por consiguiente, responden a la prevención especial negativa, en homicidio simple 47 sentencias (A II), 50% (A III), en infanticidio 1 (A II), 20% (A III), en homicidio calificado 19 (A II), 65,5% (A III), y en parricidio 8 (A II), 32% (A III) -75 en delitos contra la vida, 49% (A III)-; en violación impropia

14-10-2008, Rol N° 2156-08 (3 años reclusión menor grado medio, remisión condicional) [Anexo I 2.2.3. SS 73, 74, 79, 85, 89, 92, 95, 98, 101].

¹⁵⁹¹ STJOP Villarrica, de 29-12-2001, RUC N° 0100027281-3, RIT N° 005-2001 (600 días presidio menor grado medio, remisión condicional), STJOP Ovalle, de 15-03-2002, RUC N° 0100083721-7, RIT N° 5-2002 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), STJOP Ovalle, de 11-03-2005, RUC N° 0400369166-2, RIT N° 4-2005 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada) [Anexo I 2.3.1. SS 7, 11, 26].

¹⁵⁹² SJLG Taltal, de 23-03-2002, RUC N° 82869-2, RIT N° 109-2002 (950 días presidio menor grado medio, remisión condicional), SJLG Taltal, de 23-03-2002, RUC N° 82869-2, RIT N° 109-2002 (818 días presidio menor grado medio, remisión condicional) [Anexo I 2.3.3. SS 77 y 78].

¹⁵⁹³ STJOP Temuco, de 15-06-2001, RUC N° 0100001101-7, RIT N° 003-2001 (5 años presidio menor grado máximo, libertad vigilada), SJG Loncoche, de 25-04-2003, RUC N° 0100042521-0, RIT N° 676-2001 (3 años presidio menor grado medio, remisión condicional) [Anexo I 2.3.2. SS 54 y 65].

¹⁵⁹⁴ SJG Angol, de 25-03-2002, RUC N° 0100054135-0, RIT N° 2146-2001 ([frustrado] 150 días presidio menor grado mínimo, reclusión nocturna) [Anexo I 2.3.3. S 79].

¹⁵⁹⁵ STJOP Valdivia, de 05-08-2006, RUC N° 0500267155-9, RIT N° 59-2006 (800 días presidio menor grado medio, remisión condicional) [Anexo I 2.3.3. S 91].

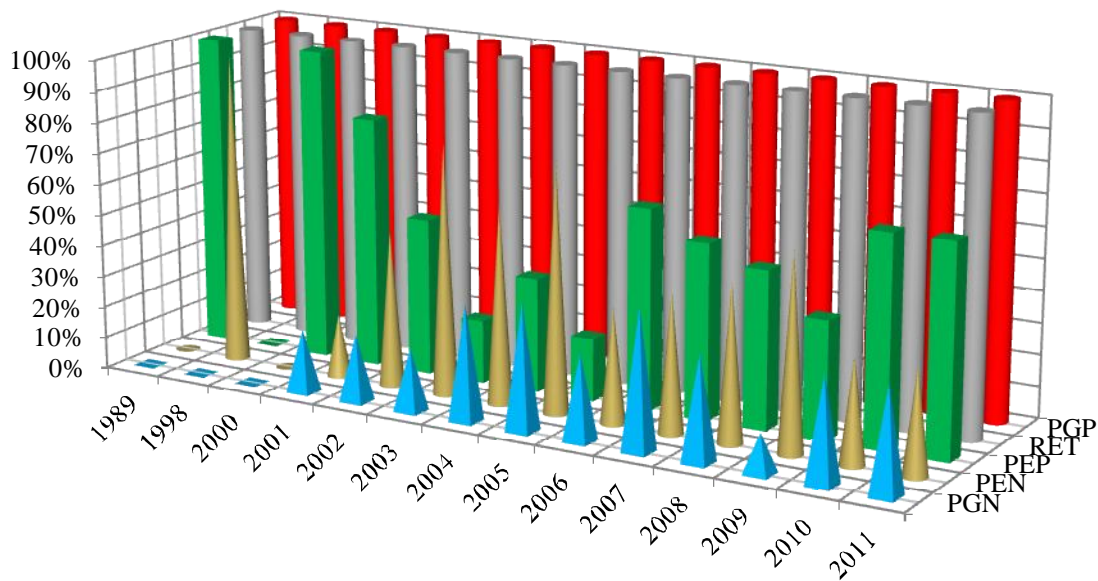
16 (A II), 40% (A III), violación 16 (A II), 50% (A III), y en estupro 2 (A II), 33,3% (A III) -34 en el conjunto, 43,6% (A III)-; en abuso sexual propio 2 (A II), 22,2% (A III) y en abuso sexual impropio 8 (A II), 25% (A III) -10 en el conjunto, 24,4% (A III)-; en robo con violencia o intimidación 6 (A II), 10,2% (A III), robo por sorpresa 1 (A II), 12,5% (A III), y en robo calificado [homicidio o violación] 13 (A II), 86,7% (A III) -20 en el conjunto, 24,4% (A III)-; en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 4 (A II), 13,3% (A III), y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 4 (A II), 40% (A III) -8 en el conjunto, 20% (A III)-.

En cuanto a la prevención general negativa, obedecen a ella en homicidio simple, de 94 (A IV), 26 sentencias (A II), 27,7% (A III), en infanticidio, de 5 (A IV), 1 (A II), 20% (A III), en homicidio calificado, de 29 (A IV), 12 (A II), 41,4% (A III), y en parricidio, de 25 (A IV), 5 (A III), 20% (A III) -44 en delitos contra la vida, 28,8% (A III); en violación impropia, de 40 (A IV), 6 (A II), 15% (A III), en violación, de 32 (A IV), 5 (A II), 15,6% (A III), y en estupro, de 6 (A IV), 2 (A II), 33,3% (A III) -13 en el conjunto, 16,7% (A III); en abuso sexual propio, de 9 (A IV), 4 (A II), 44,4% (A III), y en abuso sexual impropio, de 32 (A IV), 12 (A II), 37,5% (A III) -16 en el conjunto, 39% (A III)-; en robo con violencia o intimidación, de 59 (A IV), 25 (A II), 42,4% (A III), en robo por sorpresa, de 8 (A IV), 6 (A II), 75% (A III), y en robo calificado [homicidio o violación], de 15 (A IV), 11 (A II), 73,3% (A III) -42 en el conjunto, 51,2% (A III)-; en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, de 30 (A IV), 12 (A II), 40% (A III), y en robo en lugar no habitado, bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, de 10 (A IV), 5 (A II), 50% (A III) -17 en el conjunto, 42,5% (A III)-.

Tablas y gráficos porcentajes anuales doctrinas de la pena sentencias chilenas

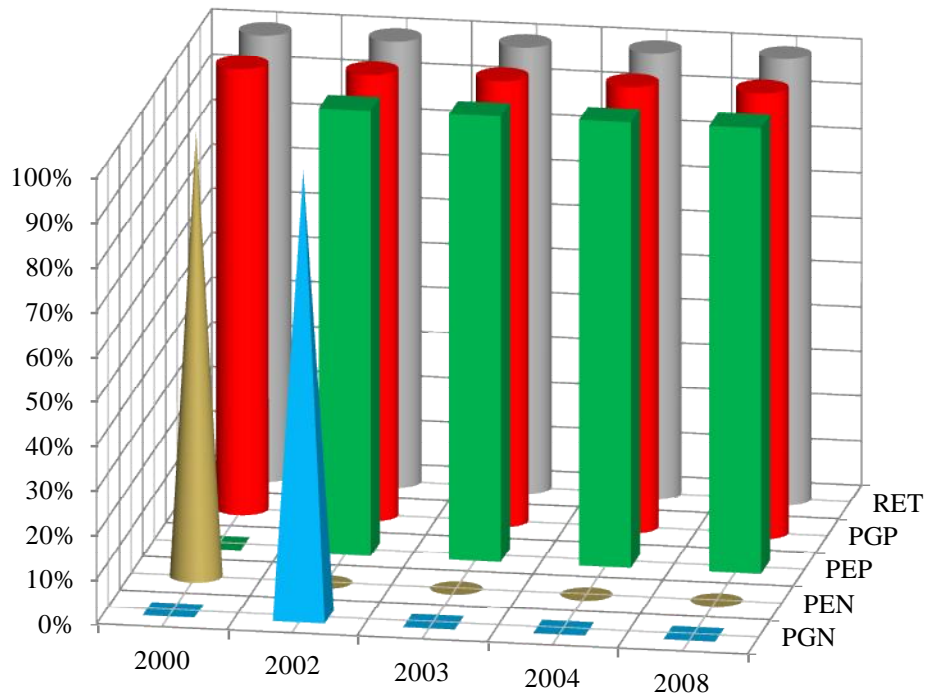
I. Homicidio simple	1989	1998	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCION (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCION GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	0%	0%	20%	21.4%	20%	36.4%	40%	27.3%	44.4%	33.3%	12.5%	33.3%	33.3%
PREVENCION GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCION ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	100%	0%	20%	50%	80%	63.6%	80%	36.4%	44.4%	50%	62.5%	33.3%	33.3%
PREVENCION ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	0%	100%	80%	50%	20%	36.4%	20%	63.6%	55.6%	50%	37.5%	66.7%	66.7%

1. Homicidio simple



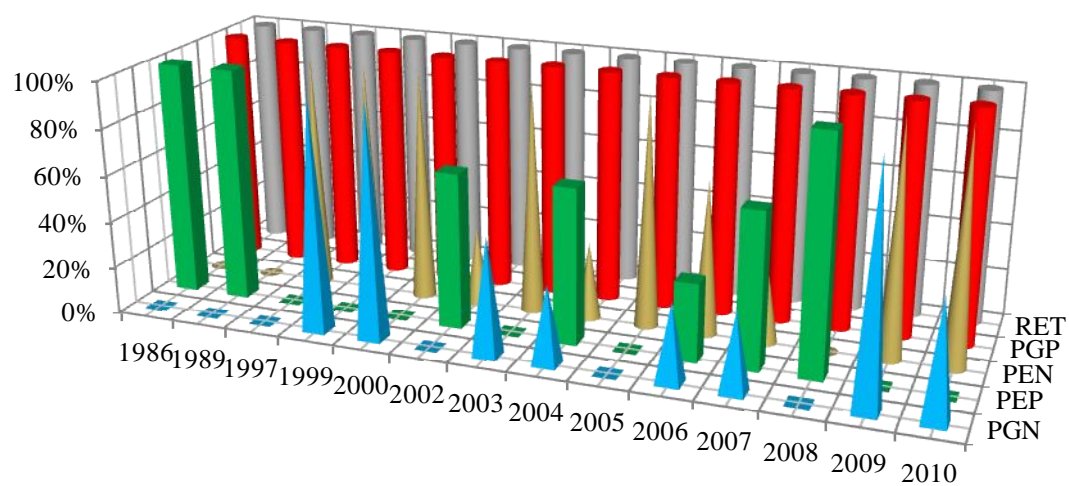
2. Infanticidio	2000	2002	2003	2004	2008
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	100%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	100%	0%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	0%	100%	100%	100%	100%

2. Infanticidio



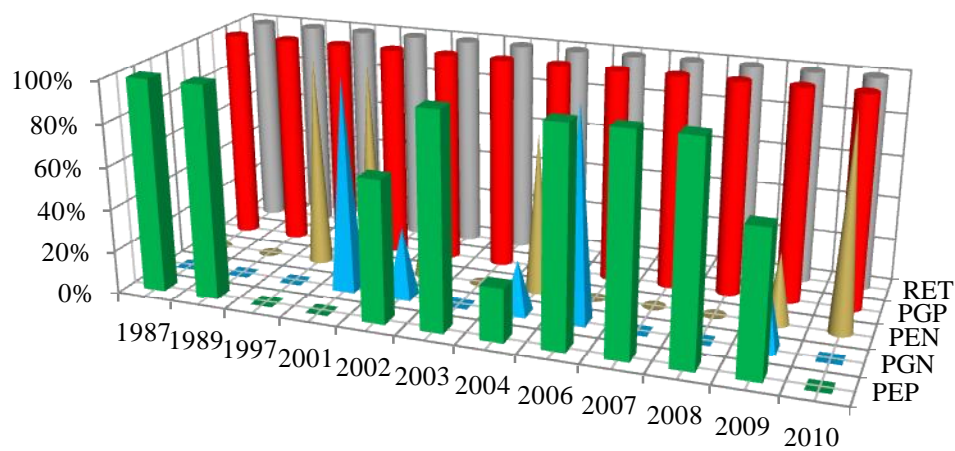
3. Homicidio calificado	1986	1989	1997	1999	2000	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	0%	0%	100%	100%	0%	50%	33.3%	0%	33.3%	33.3%	0%	100%	50.0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	0%	100%	100%	100%	33.3%	100%	33.3%	100%	66.7%	33.3%	0%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	100%	0%	0%	0%	66.7%	0%	66.7%	0%	33.3%	66.7%	100%	0%	0%

3. Homicidio calificado



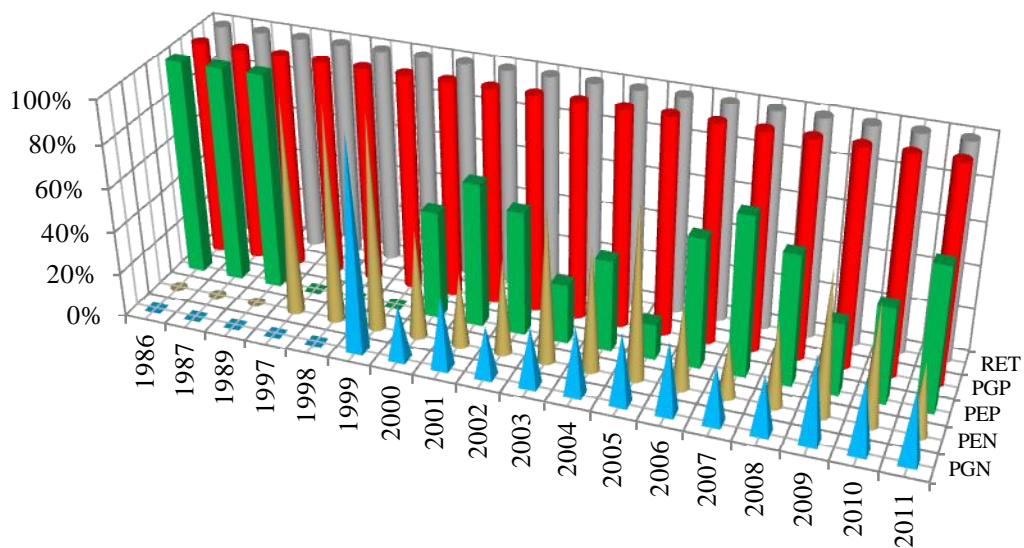
4. Parricidio	1987	1989	1997	2001	2002	2003	2004	2006	2007	2008	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	0%	0%	100%	33.3%	0%	25%	100%	0%	0%	33.3%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	0%	100%	100%	33.3%	0%	75%	0%	0%	0%	33.3%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	100%	0%	0%	66.7%	100%	25%	100%	100%	100%	66.7%	0%

4. Parricidio



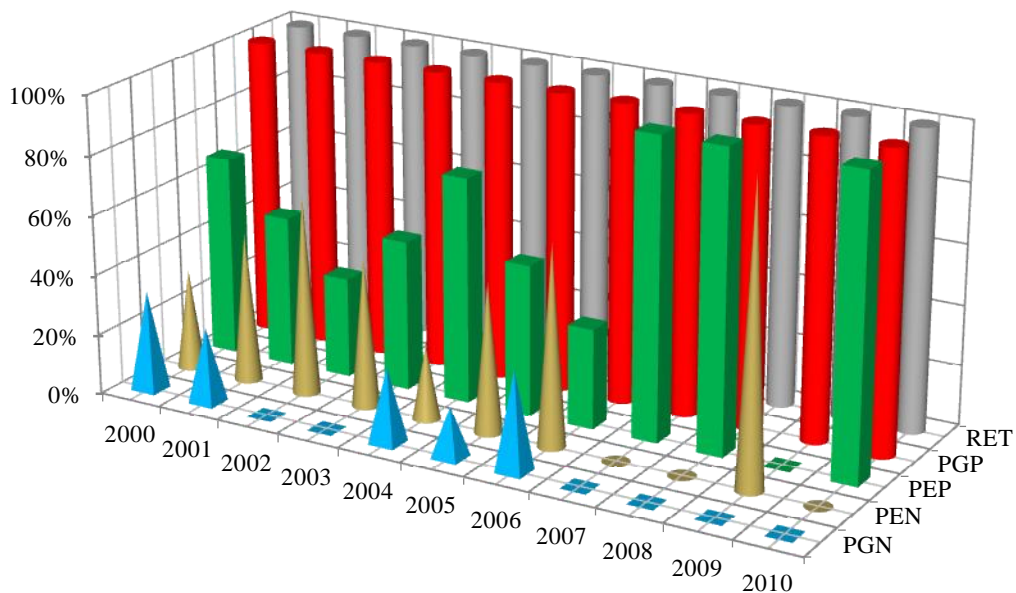
5. Delitos contra la vida	1986	1987	1989	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	0%	0%	0%	0%	100%	25%	33.3%	23.8%	27.3%	31.6%	33.3%	33.3%	26.3%	26.7%	40%	33.3%	33.3%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	0%	0%	100%	100%	100%	50%	33.3%	42.9%	72.7%	57.9%	83.3%	40%	26.3%	40%	66.7%	55.6%	33.3%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	100%	100%	0%	0%	0%	50%	66.7%	57.1%	27.3%	42.1%	16.7%	60%	73.7%	60%	33.3%	44.4%	66.7%

5. Delitos contra la vida



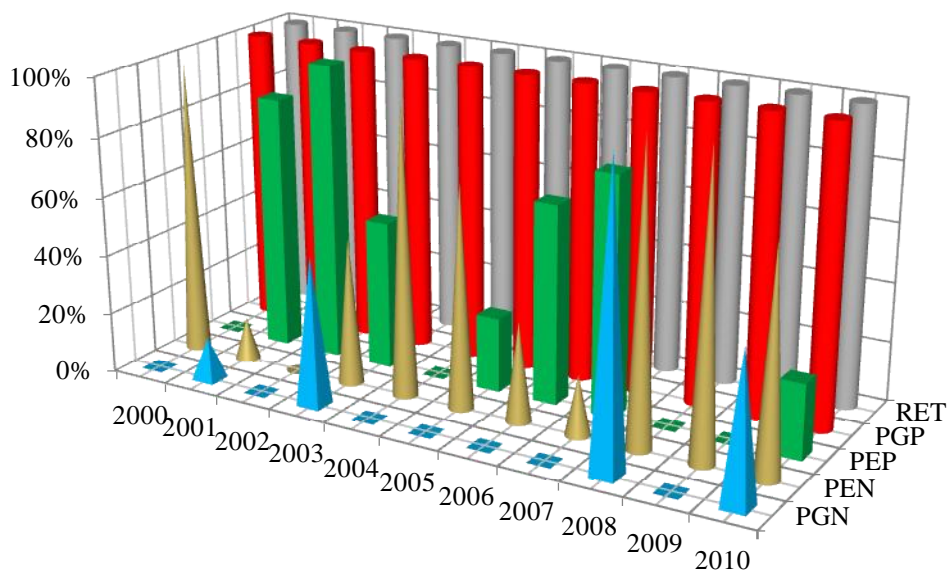
6. Violación impropia	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	33%	25%	0%	0%	25%	16.7%	33.3%	0%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	33.3%	50%	66.7%	50%	25%	50%	66.7%	0%	0%	100%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	66.7%	50%	33.3%	50%	75%	50%	33.3%	100%	100%	0%	100%

6. Violación impropia



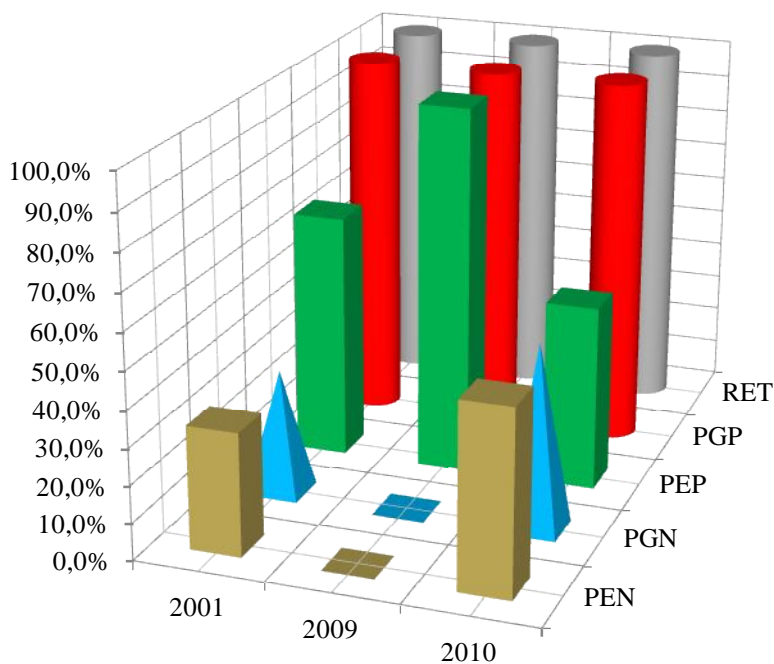
7. Violación	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	14.3%	0%	50%	0%	0%	0%	0%	100%	0%	50%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	100%	14.3%	0%	50%	100%	75%	33.3%	20%	100%	100%	75%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	0%	85.7%	100%	50%	0%	25%	66.7%	80%	0%	0%	25%

7. Violación



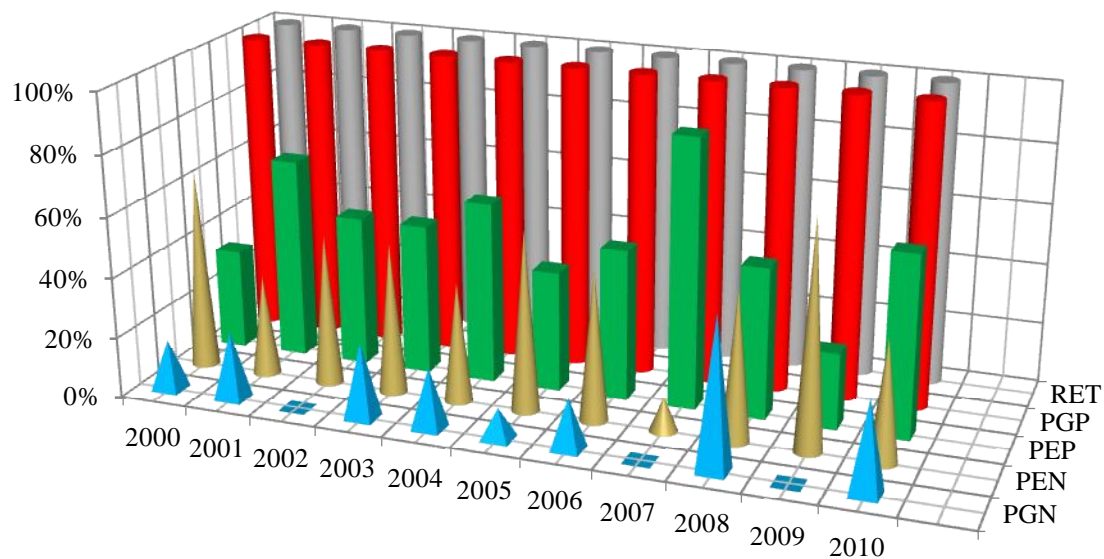
8. Estupro	2001	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	33.3%	0%	50%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	33.3%	0%	50%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	66.7%	100%	50%

8. Estupro



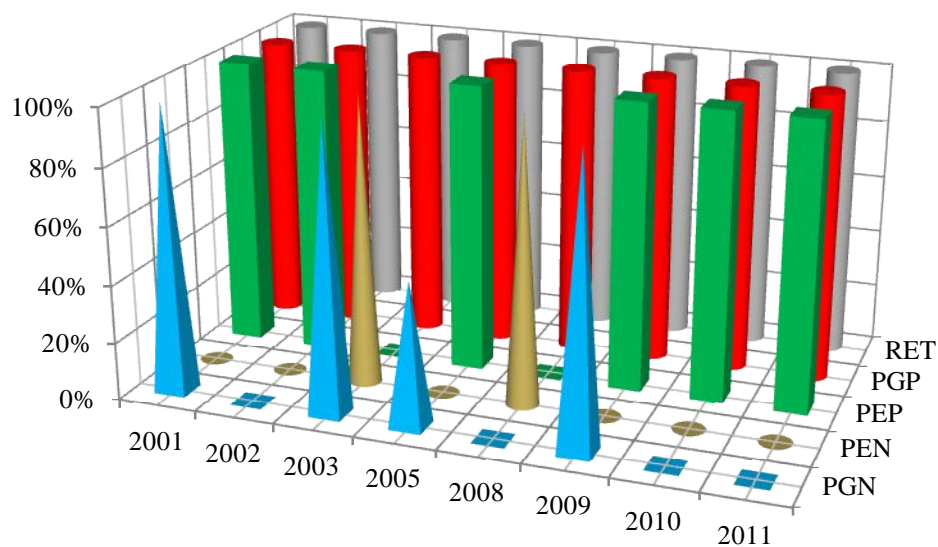
9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y honestidad	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	16.7%	22.2%	0%	25%	20%	10%	16.7%	0%	50%	0%	30%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	66.7%	33.3%	50%	50%	40%	60%	50%	11.1%	50%	75%	40%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	33%	66.7%	50%	50%	60%	40%	50%	88.9%	50%	25%	60%

9. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual y honestidad



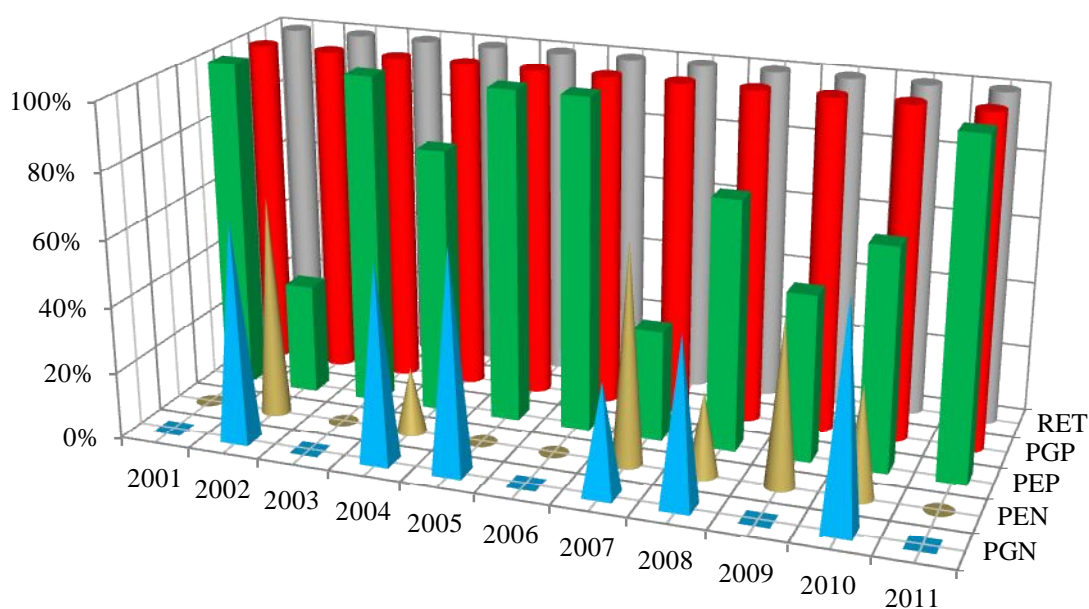
10. Abuso sexual propio	2001	2002	2003	2005	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	100%	0%	100%	50%	0%	100%	0%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	0%	100%	0%	100%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	100%	0%	100%	0%	100%	100%	100%

10. Abuso sexual propio



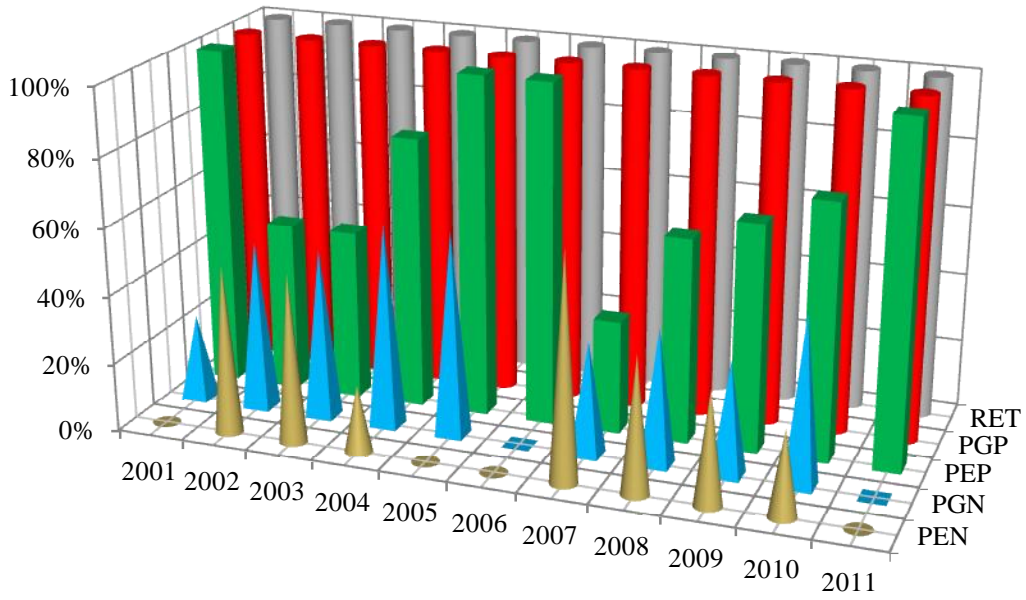
11. Abuso sexual impropio	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	66.7%	0%	60%	66.7%	0%	33.3%	50%	0%	66.7%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	66.7%	0%	20%	0%	0%	66.7%	25%	50%	33.3%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	33.3%	100%	80%	100%	100%	33.3%	75%	50%	66.7%	100%

11. Abuso sexual impropio



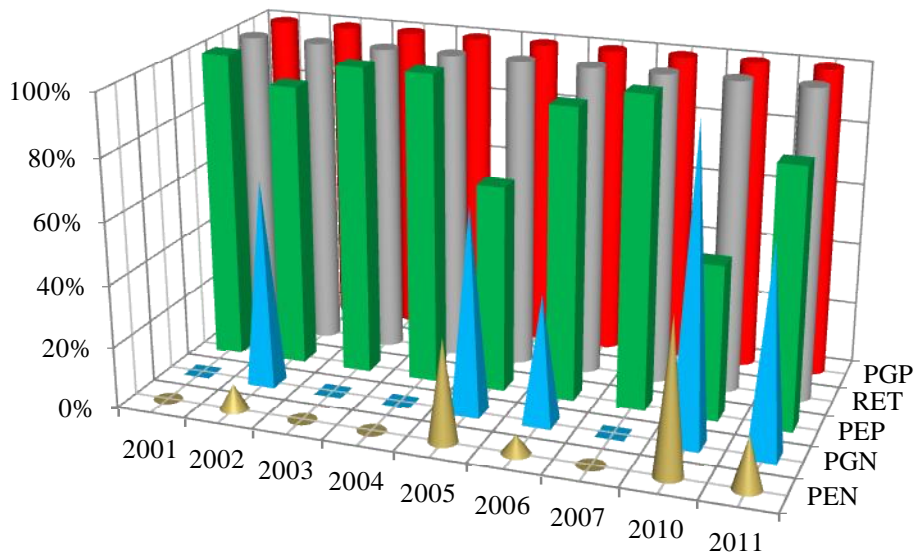
12. Delitos contra la libertad sexual y honestidad	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	25%	50%	50%	60%	60%	0%	33.3%	40%	33.3%	50%	0%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	50%	50%	20%	0%	0%	66.7%	40%	33.3%	25%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	50%	50%	80%	100%	100%	33.3%	60%	66.7%	75%	100%

12. Delitos contra la libertad sexual y honestidad



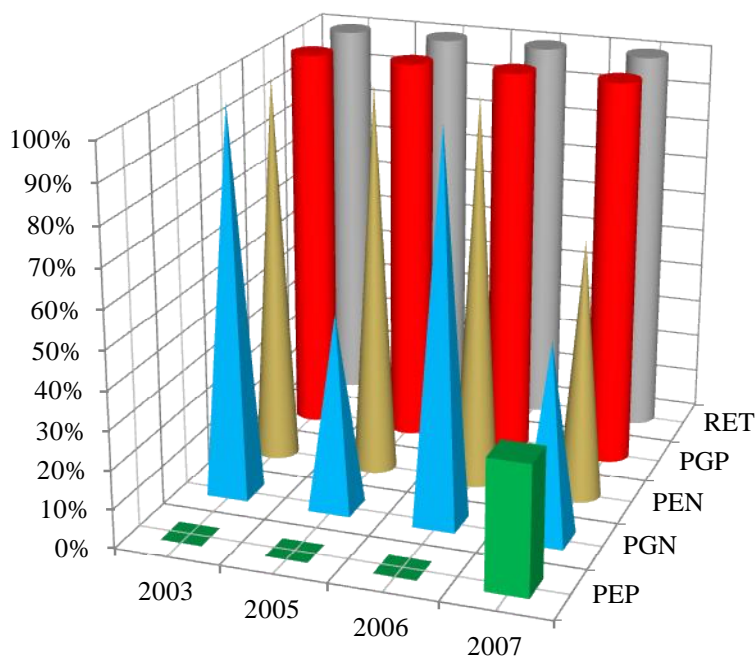
13. Robo con violencia o intimidación	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	66.7%	0%	0%	66.7%	41.2%	0%	100%	66.7%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	8.3%	0%	0%	33.3%	5.9%	0%	50%	16.7%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	91.7%	100%	100%	66.7%	94.1%	100%	50%	83.3%

13. Robo con violencia o intimidación



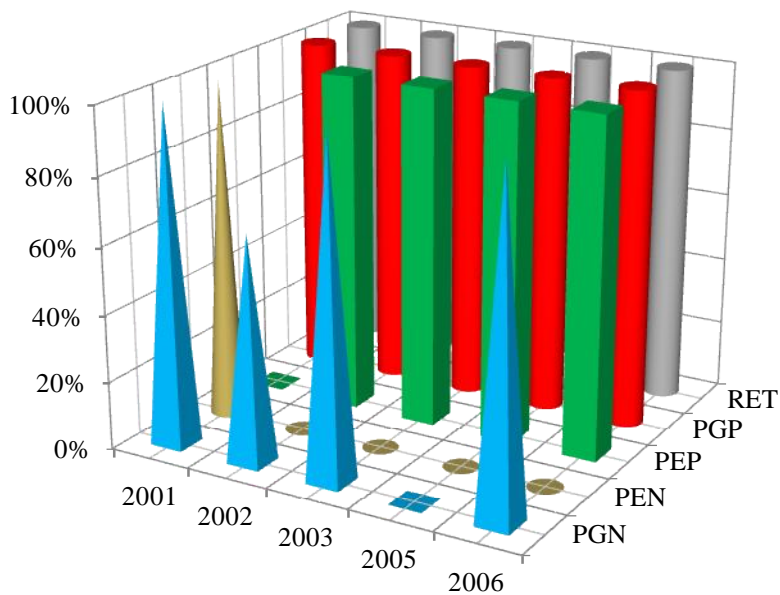
14. Robo calificado [homicidio o violación]	2003	2005	2006	2007
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	100%	50%	100%	50%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	100%	100%	100%	66.7%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	0%	0%	0%	33.3%

14. Robo calificado [homicidio o violación]



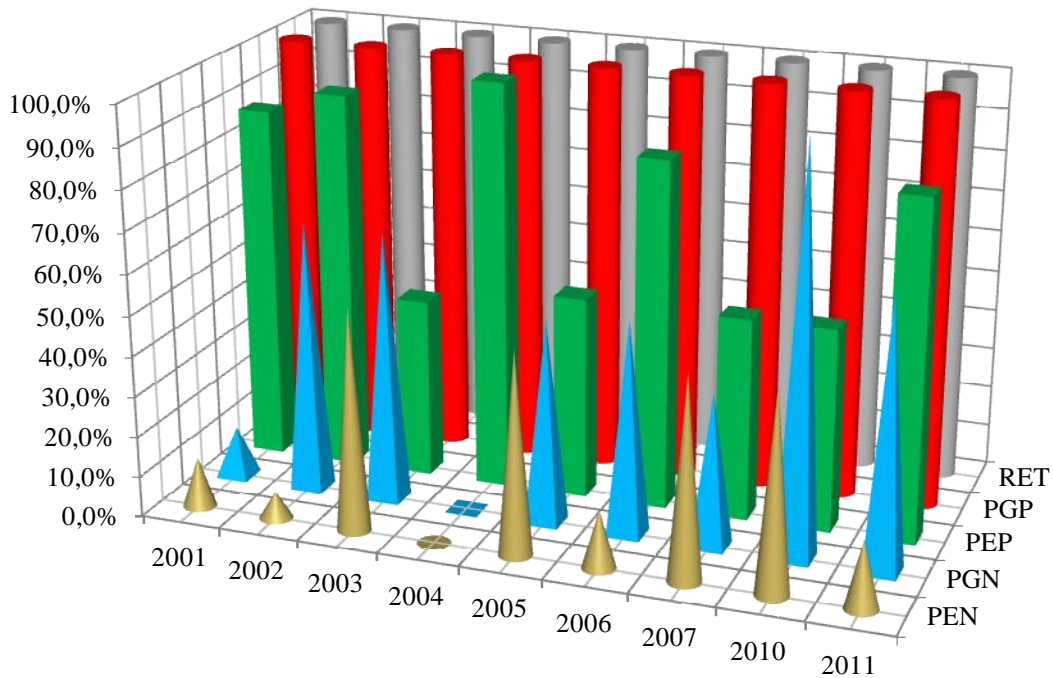
15. Robo por sorpresa	2001	2002	2003	2005	2006
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	100%	66.7%	100%	0%	100%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	100%	0%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	0%	100%	100%	100%	100%

15. Robo por sorpresa



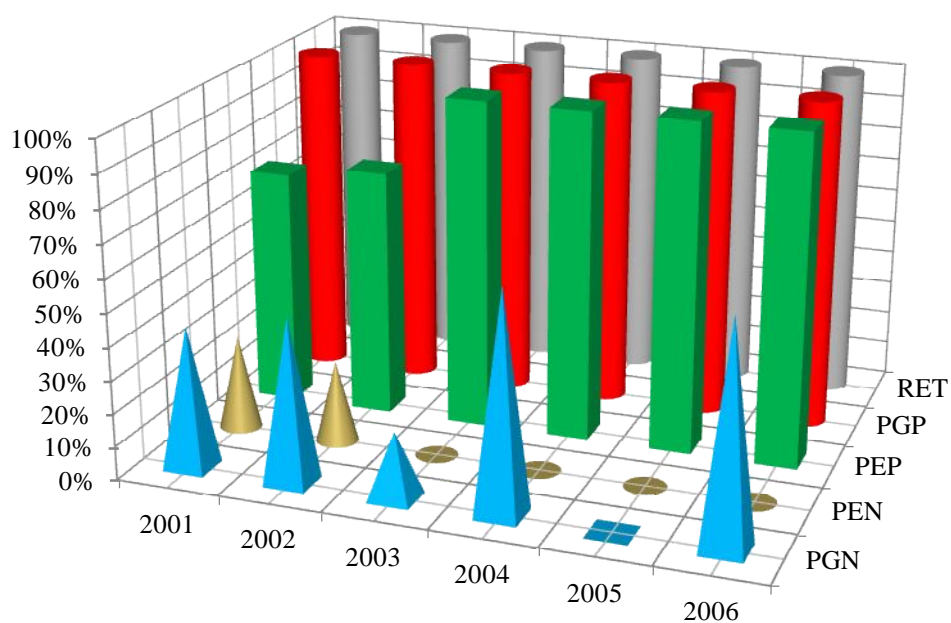
16. Delitos contra la propiedad con peligro de la vida, salud o seguridad	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2010	2011
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	12.5%	66.7%	66.7%	0%	50%	52.4%	37.5%	100%	66.7%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	12.5%	6.7%	55.6%	0%	50%	14.3%	50%	50%	16.7%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	87.5%	93.3%	44.4%	100%	50%	85.7%	50%	50%	83.3%

16. Delitos contra la propiedad con peligro de la vida, salud o seguridad



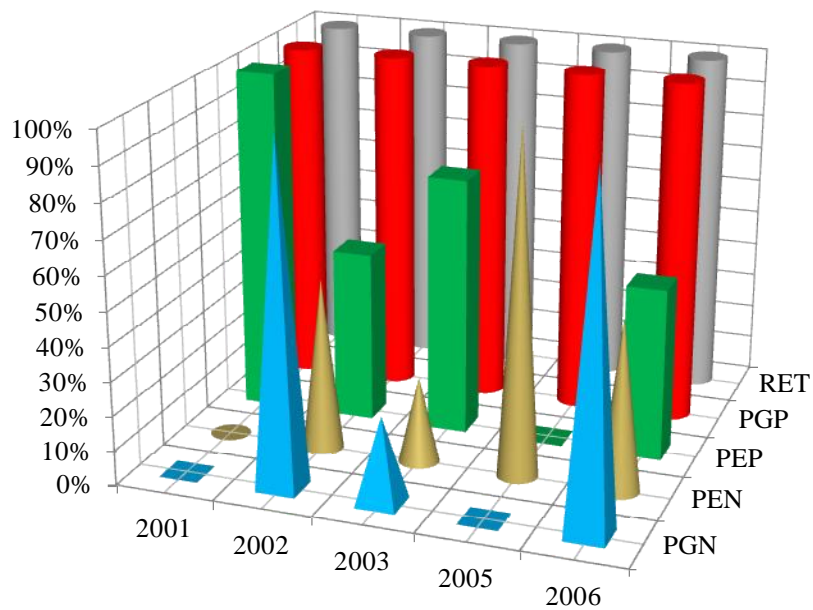
17. Robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias	2001	2002	2003	2004	2005	2006
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	42.9%	50%	20%	66.7%	0%	66.7%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	28.6%	25%	0%	0%	0%	0%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	71.4%	75%	100%	100%	100%	100%

17. Robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias



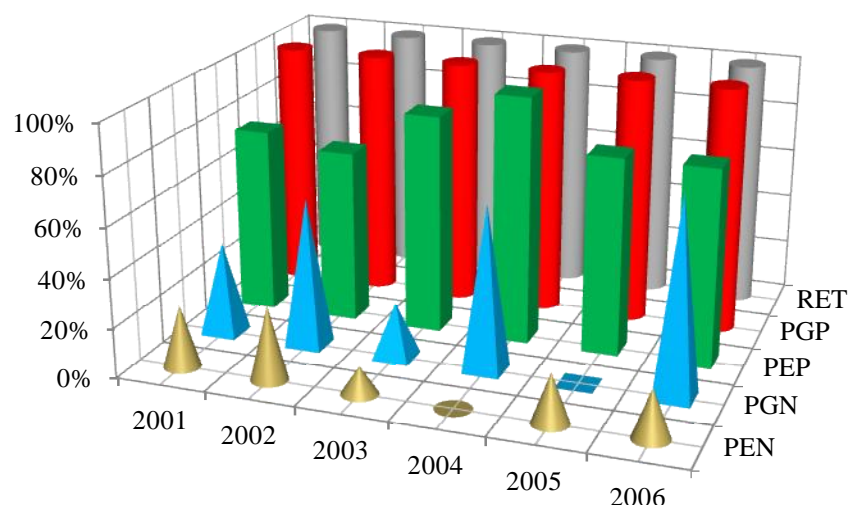
18. Robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación	2001	2002	2003	2005	2006
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	0%	100%	25%	0%	100%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	0%	50%	25%	100%	50%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	100%	50%	75%	0%	50%

18. Robo en lugar no habitado, en bienes nacionales nacionales uso público o en sitios no destinados a la habitación



19. Delitos contra la propiedad con peligro para las personas	2001	2002	2003	2004	2005	2006
RETRIBUCIÓN (RET)	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA (PGN)	37.5%	60%	22.2%	66.7%	0%	80%
PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA (PGP)	100%	100%	100%	100%	100%	100%
PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA (PEN)	25%	30%	11.1%	0%	20%	20%
PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA (PEP)	75%	70%	88.9%	100%	80%	80%

19. Delitos contra la propiedad con peligro para las personas



Mas, como la intimidación aún siendo eficaz no justifica punir en consideración a otro porque no es comprensible justo imponer a alguien un mal para que terceros omitan cometerlo, salvo estimar, contrario ya a la dignidad humana, que para el Ordenamiento el individuo es objeto a disposición de la coacción estatal y material utilizable que no porta valor como persona, la prevención general negativa que debe preocupar es la representada por sanciones a cumplir efectivamente decretadas excesivas o que así pueden advertirse respecto a la gravedad del hecho o la extensión del mal producido, lo que en España y Chile no siempre sucede porque en la situación descrita se encuentra sólo parte de todas las resoluciones identificadas como pronunciadas en vista de la prevención general intimidatoria.

Exactamente, en España, fijada con significación más allá de la mínima inexcusable y revelando el Tribunal estimarla suficientemente ejemplar o disuasoria, no es apreciable o bien aseverable sin discusión desmedida respecto a la gravedad del hecho la pena en 11 fallos de homicidio¹⁵⁹⁶, 29 de

¹⁵⁹⁶ SAP Madrid, de 21-06-2001, N° 65/2001, STJ Barcelona, de 14-02-2002 (3 SS) [PGN también por imposición igualitaria a comportamientos criminales similares o disímiles juzgables bajo marcos penales concretos coincidentes parcialmente], STJ Murcia, de 04-10-2002, N° 4/2002, STJ Sevilla, de 21-10-2002, N° 13/2002, STJ Madrid, de 22-03-2005, N° 133/2005 (2 SS), SAP León, de 22-07-2005, N° 32/2005, SAP

asesinato¹⁵⁹⁷ y en 2 de agresión sexual cualificada y violación¹⁵⁹⁸. A su vez, aún descubriendo quien juzga considerarla bastante ejemplar o disuasoria, la pena es sólo la mínima legal aplicable en 4 fallos de homicidio¹⁵⁹⁹, en 1 de asesinato¹⁶⁰⁰ y 1 de robo con violencia o intimidación¹⁶⁰¹, asimismo, linda la mínima obligada en 1 de homicidio¹⁶⁰² y es menor -achacable a error- a tal mínima en 2 sentencias de robo con violencia o intimidación¹⁶⁰³. Además, impuesta con significación sobre la mínima legal inexcusable y por igual para comportamientos criminales similares o dispares enjuiciables bajo marcos penales concretos coincidentes parcialmente, la pena no es indiscutible de advertir excesiva en relación a la gravedad del hecho en 1 fallo de asesinato¹⁶⁰⁴.

Con la perspectiva que, en términos prácticos, la prevención general negativa que trasciende es la representada por un castigo a cumplir efectivamente dispuesto excesivo o que tal puede estimarse en cuanto a la gravedad del hecho, en España [no se distingue, en su caso, subtipo] la prevención en cuestión, en la forma referida, alcanza en homicidio, de 175 (A IV), a 15 sentencias, 8,6%, y en asesinato, de 192, a 16, 8,3% -31 en delitos contra la vida, 8,4%-; en agresión sexual cualificada y violación, de 169 (A IV), a 25, 14,8%; y en robo con violencia o intimidación, de 206 (A IV), a 20, 9,7%.

Alicante, de 05-04-2006, N° 175/2006 y STJ Las Palmas de Gran Canaria, de 18-09-2007, N° 103/2007 [Anexo I 1.1.1. SS 20, 29, 30 (2), 35, 37, 70 (2), 77, 87 y 103].

¹⁵⁹⁷ STJ Madrid, de 03-02-2002, N° 147/2002, STJ Almería, de 25-10-2005, N° 241/2005 ([3 SS] asesinatos cualificados), STJ León, de 16-11-2005, N° 1/2005, STJ Guipúzcoa, de 07-03-2006, N° 79/2006, STJ Palma de Mallorca, de 04-07-2006, N° 64/2006, SAP Ceuta, de 25-07-2006, N° 184/2006 [8 SS], SAP Melilla, de 22-12-2006, N° 54/2006 ([2 SS] asesinatos cualificados), SAP Ciudad Real, de 09-12-2008, N° 34/2008, SAP Toledo, de 06-07-2009, N° 25-2009, SAP Alicante, de 11-10-2010, N° 651/2010, SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25-10-2010, N° 550/2010, SAP Madrid, de 11-04-2011, N° 145/2011 [4 SS], SAP A Coruña, de 21-06-2011, N° 43/2011 ([4 SS] asesinatos cualificados) [Anexo I 1.1.2. SS 183, 231 (3), 232, 236, 240, 241 (4), 242 (2), 243 (2), 248, 249, 278, 287, 302, 303, 308 (3), 309, 312 (2) y 313 (2)].

¹⁵⁹⁸ SAP Melilla, de 31-05-2005, N° 39/2005, SAP Vitoria-Gasteiz, de 22-02-2006, N° 24/2006 [Anexo I 1.2.1. SS 70 y 78].

¹⁵⁹⁹ STJ Madrid, de 07-10-2002, N° 452/2002, STJ Madrid, de 22-03-2005, N° 133/2005 (2 SS), STJ Madrid, de 12-04-2007, N° 153/2007 [Anexo I 1.1.1. SS 36, 71 (2) y 97].

¹⁶⁰⁰ STJ San Sebastián, de 21-03-2007, N° 79/2007 [Anexo I 1.1.2. S 253].

¹⁶⁰¹ SAP Barcelona, de 21-02-2000 (N° Roj: 1996/2000) [Anexo I 1.3.1. S 3].

¹⁶⁰² STJ Burgos, de 29-09-2006, N° 38/2006 (homicidio, 10 años y 1 día prisión) [Anexo I 1.1.1. S 91].

¹⁶⁰³ SAP Málaga, de 15-01-2002, N° 1/2002 (robo con violencia con uso de arma, modalidad atenuada, agravante reincidencia, 1 año y 6 meses prisión) [Anexo I 1.3.1. S 26 (2)].

¹⁶⁰⁴ STJ Palma de Mallorca, de 16-10-2007 [Anexo I 1.1.2. S 261].

Similar pasa en Chile. Decretada con significación sobre la mínima legal y develando el Tribunal considerarla suficientemente ejemplar o disuasoria, no es o bien no puede afirmarse sin discusión desmedida respecto a la extensión del mal producido la pena en 8 resoluciones de homicidio simple¹⁶⁰⁵, 1 -única PGN- de infanticidio¹⁶⁰⁶, 4 de homicidio calificado¹⁶⁰⁷, 3 de parricidio¹⁶⁰⁸, 1 de violación impropia¹⁶⁰⁹, 2 de violación¹⁶¹⁰, en 3 de abuso sexual impropio¹⁶¹¹ y en 1 de robo con violencia o intimidación¹⁶¹².

Impuesta sobre la mínima inexcusable con relevancia y siendo o pudiendo advertirse excesiva respecto a la extensión del mal producido, la pena no se ejecuta sino que sustituye o suspende en 1 sentencia de homicidio simple¹⁶¹³, 1 de violación¹⁶¹⁴, 1 de abuso sexual propio¹⁶¹⁵, 6 de abuso sexual impropio¹⁶¹⁶, 2 de robo con violencia o intimidación¹⁶¹⁷, 2 de robo en lugar

¹⁶⁰⁵ STJOP Temuco, de 01-02-2003, RUC N° 0200031353-4, RIT N° 075-2002, STJOP (5°) Santiago, de 24-01-2007, RUC N° 0600562303-9, RIT N° 3-2007 (también PEP por libertad vigilada), STJOP Cañete, de 13-07-2007, RUC N° 0600720387-8, RIT N° 22-2007, SCA Santiago, de 08-08-2007, Rol N° 1.716-07, STJOP (2°) Santiago, de 19-02-2008, RUC N° 0600788123-5, RIT N° 4-2008 (también PEP por libertad vigilada), SCA Antofagasta, de 06-03-2008, Rol N° 17-2008-RPP, STJOP (5°) Santiago, de 01-07-2008, RUC N° 0700653096-0, RIT N° 45-2008, STJOP (2°) Santiago, de 17-11-2009, RUC N° 0700803630-0, RIT N° 132-2009 [Anexo I 2.1.1. SS 26, 51, 53, 54, 62, 64, 68 y 78].

¹⁶⁰⁶ STJOP Villarrica, de 16-08-2002, RUC N° 0100087611-5, RIT N° 008-2002 [Anexo I 2.1.2. S 89].

¹⁶⁰⁷ STJOP Antofagasta, de 03-11-2004, RUC N° 0300019922-1, RIT N° 126-2004 (también PEP por libertad vigilada), SJCr Viña del Mar, de 27-11-2006, Rol N° 108.078, STJOP Viña del Mar, de 16-10-2007, RUC N° 0600893347-0, RIT N° 147-2007, STJOP (2°) Santiago, de 20-01-2009, RUC N° 0700745036-7, RIT N° 176-2008 [Anexo I 2.1.3. SS 104, 109, 111 y 113].

¹⁶⁰⁸ STJOP Temuco, de 07-12-2002, RUC N° 0100012732-5, RIT N° 079-2002 (también PEP por libertad vigilada), SCA Santiago, de 21-09-2004, Rol N° 21.606-2004, STJOP (5°) Santiago, de 28-01-2009, RUC N° 0700736474-6, RIT N° 135-2008 [Anexo I 2.1.4. SS 125, 128 y 140].

¹⁶⁰⁹ SCA Coyhaique, de 14-09-2000, Rol N° 16.779 [Anexo I 2.2.1. S 2].

¹⁶¹⁰ SCA Puerto Montt, de 03-09-2003, Rol N° 117.702-2003, STJOP (2°) Santiago, de 30-06-2010, RUC N° 0600858828-5, RIT N° 62-2010 [Anexo I 2.2.2. SS 53 y 70].

¹⁶¹¹ STJOP Temuco, de 25-01-2002, RUC N° 0100007236-9, RIT N° 021-2001, SCA Rancagua, de 29-04-2004, Rol N° 219.713, STJOP (2°) Santiago, de 30-06-2010, RUC N° 0600858828-5, RIT N° 62-2010 [Anexo I 2.2.3. SS 77, 83 y 108].

¹⁶¹² STJOP (2°) Santiago, de 28-02-2011, RUC N° 0901210045-8, RIT N° 219-2010 [Anexo I 2.3.1. S 49].

¹⁶¹³ SCA Copiapó, de 18-04-2008, Rol N° 71-2008 (libertad vigilada) [Anexo I 2.1.1. S 66].

¹⁶¹⁴ SCS, de 21-11-2001, Rol N° 2.163-01 (libertad vigilada) [Anexo I 2.2.2. S 50].

¹⁶¹⁵ SCS, de 21-11-2001, Rol N° 2.163-01 (remisión condicional) [Anexo I 2.2.3. S 76].

¹⁶¹⁶ SCA San Miguel, de 06-11-2002, Rol N° 3.136-98 (remisión condicional), SCA Rancagua, de 26-10-2004, Rol N° 210.268 ([2 SS] remisión condicional), SCA Valdivia, de 11-05-2005, Rol N° 349-2005 (libertad vigilada), SCA Rancagua, de 24-05-2007, Rol N° 138-2007 (libertad vigilada), SCS de 14-10-2008, Rol N° 2156-08 (remisión condicional) [Anexo I 2.2.3. SS 79, 85 (2), 89, 95 y 101].

¹⁶¹⁷ STJOP Ovalle, de 15-03-2002, RUC N° 0100083721-7, RIT N° 5-2002 (libertad vigilada), STJOP Ovalle, de 11-03-2005, RUC N° 0400369166-2, RIT N° 4-2005 (libertad vigilada) [Anexo I 2.3.1. SS 11 y 25].

habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias¹⁶¹⁸, en 2 de robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación¹⁶¹⁹ y en 2 de robo por sorpresa¹⁶²⁰. Fijada en la forma antedicha pero además mostrando el Tribunal considerarla suficientemente ejemplar o disuasoria, la pena se suspende en su ejecución en 1 fallo de abuso sexual propio¹⁶²¹ y en 2 de abuso sexual impropio¹⁶²².

Y, revelando el juzgador apreciarla bastante disuasoria o ejemplar, la pena solamente es la mínima legal aplicable en 1 sentencia de homicidio simple¹⁶²³, 1 de parricidio¹⁶²⁴, 1 de violación impropia¹⁶²⁵, 1 de violación¹⁶²⁶, 1 de abuso sexual propio¹⁶²⁷, en 1 de abuso sexual impropio¹⁶²⁸ y en 13 de robo con violencia o intimidación, 6 de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias y 1 de robo por sorpresa¹⁶²⁹.

¹⁶¹⁸ STJOP Temuco, de 15-06-2001, RUC N° 0100001101-7, RUC N° 003-2001 (libertad vigilada), SJG Loncoche, de 25-04-2003, RUC N° 0100042521-0, RIT N° 676-2001 (remisión condicional) [Anexo I 2.3.2. SS 54 y 65].

¹⁶¹⁹ SJG Angol, de 25-03-2002, RUC N° 0100054135, RIT N° 2146-2001 (reclusión nocturna), STJOP Valdivia, de 05-08-2006, RUC N° 0500267155-9, RIT N° 59-2006 (remisión condicional) [Anexo I 2.3.3. SS 79 y 91].

¹⁶²⁰ SJLG Taltal, de 23-03-2002, RUC N° 82869-2, RIT N° 109-2002 ([2 SS] remisión condicional) [Anexo I 2.3.3. SS 77 y 78].

¹⁶²¹ STJOP Coyhaique, de 27-12-2005, RUC N° 04003707007-0, RIT N° 40-2005 (remisión condicional) [Anexo I 2.2.3. S 91].

¹⁶²² SCA Rancagua, de 12-04-2005, Rol N° 222.083-2004 (remisión condicional), SCA Temuco, de 24-04-2008, Rol N° 345-2008 (libertad vigilada) [Anexo I 2.2.3. SS 88 y 98].

¹⁶²³ STJOP (2°) Santiago, de 20-05-2010, RUC N° 0900010676-0, RIT N° 43-2010 [Anexo I 2.1.1. S 79].

¹⁶²⁴ STJOP (4°) Santiago, de 14-11-2006, RUC N° 0600000093-9, RIT N° 73-2006 [Anexo I 2.1.4. S 132].

¹⁶²⁵ STJOP (2°) Santiago, de 13-02-2006, RUC N° 0500360955-5, RIT N° 04-2006 [Anexo I 2.2.1. S 27].

¹⁶²⁶ STJOP (2°) Santiago, de 08-11-2010, RUC N° 0900793441-3, RIT N° 160-2010 [Anexo I 2.2.2. S 72].

¹⁶²⁷ STJOP Osorno, de 26-10-2009, RUC N° 0800112853-2, RIT N° 70-2009 (se concede además libertad vigilada) [Anexo I 2.2.3. S 105].

¹⁶²⁸ STJOP (2°) Santiago, de 09-04-2010, RUC N° 0500436568-4, RIT N° 166-2009 [Anexo I 2.2.3. S 107].

¹⁶²⁹ En robo con violencia o intimidación STJOP Temuco, de 22-02-2002, RUC N° 0100044545-9, RIT N° 002-2002, STJOP Temuco, de 30-04-2002, RUC N° 0100010463-5, RIT N° 011-2002, STJOP Temuco, de 10-05-2002, RUC N° 0100023399-0, RIT N° 012-2002, STJOP Calama, de 28-06-2002, RUC N° 000004103-6, RIT N° 5-2002 (2 SS), STJOP Antofagasta, de 28-12-2002, RUC N° 0200039433-8, RIT N° 62-2002, STJOP (4°) Santiago, de 05-07-2006, RUC N° 0500695820-8, RIT N° 32-2006 (2 SS), STJOP (2°) Santiago, de 25-06-2010, RUC N° 0900710047-4, RIT N° 66-2010 (2 SS), STJOP (2°) Santiago, de 28-02-2011, RUC N° 0901210045-8, RIT N° 219-2010 (2 SS), STJOP (2°) Santiago, de 25-07-2011, RUC N° 1000949351-K, RIT N° 96-2011 [Anexo I 2.3.1. SS 9, 13, 14, 16 (2), 17, 32 (2), 45, 46, 50 (2) y 51]. En robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias STJOP Antofagasta, de 27-07-2002, RUC N° 0100080348-7, RIT N° 11-2002 (2 SS), STJOP Antofagasta, de 27-12-2004, RUC N° 0400300208-5, RIT N° 166-2004 (2 SS) y STJOP Coyhaique, de 01-06-2006, RUC N° 0500515182-3, RIT N° 26-2006 (2 SS) [Anexo I 2.3.2 SS 60, 69 y 73]. En robo por sorpresa STJOP Antofagasta, de 08-11-2003, RUC N° 0300110450-K, RIT N° 109-2003 [Anexo I 2.3.2. S 85].

Impuesta con significación sobre la mínima legal ineludible y por igual bajo marcos legales concretos coincidentes parcial o totalmente, la pena no es indiscutible de advertir desmedida respecto a la extensión del mal producido en 4 fallos de homicidio simple¹⁶³⁰ y 2 de homicidio calificado¹⁶³¹. Fijada ya igualitariamente bajo marcos penales concretos coincidentes total o parcialmente, la pena es solamente la mínima legal aplicable en 4 sentencias de robo con violencia o intimidación¹⁶³² y en 2 de robo por sorpresa¹⁶³³.

Importante la prevención general intimidatoria representada por un castigo a cumplir efectivamente decretado desmesurado o que tal puede advertirse respecto a la extensión del mal producido, en Chile dicha prevención (no varía en estupro y robo calificado), en la forma descrita, alcanza en homicidio simple, de 94 (A IV), a 12 sentencias, 12,8%, en infanticidio, de 5 (A IV), 0, 0%, en homicidio calificado, de 29 (A IV), 6, 20,7%, en parricidio, de 25 (A IV), 1, 4% -19 en delitos contra la vida, 12,4%-; en violación impropia, de 40 (A IV), 4, 10%, y en violación, de 32 (A IV), 1, 3,1% -7 en el conjunto, incluido estupro, 9%-; en abuso sexual propio, de 9 (A IV), 1, 11,1%, y en abuso sexual impropio, de 32 (A IV), 0, 0% -1 en el conjunto, 2,4%-; en robo con violencia o intimidación, de 59 (A IV), 5, 8,5%, en robo por sorpresa, de 8 (A IV), 1, 12,5% -17 en el conjunto, incluido robo calificado, 20,7%-; y en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, de 30 (A IV), 4, 13,3%, y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación, de 10 (A IV), 3, 30% -7 en el conjunto, 17,5% -.

¹⁶³⁰ STJOP Punta Arenas, de 21-11-2004, RUC N° 0400126356-5, RIT N° 63-2004 [Anexo I 2.1.1. SS 33 (2) y 34 (2)].

¹⁶³¹ STJOP San Antonio, de 26-03-2009, RUC N° 0810003835-9, RIT N° 04-2009 [Anexo I 2.1.3. SS 115 y 116].

¹⁶³² STJOP (4°) Santiago, de 10-10-2006, RUC N° 0600045526-1, RIT N° 59-2006 ([2 SS], robo con intimidación), STJOP (4°) Santiago, de 25-11-2006, RUC N° 0600207517-0, RIT N° 79-2006 ([2 SS], robo con intimidación [el Tribunal deja ver estimar suficientemente disuasoria la sanción]) [Anexo I 2.3.1. SS 37, 38, 40 y 41].

¹⁶³³ STJOP Puerto Montt, de 05-07-2006, RUC N° 0600046242-8, RIT N° 28-2006 ([2 SS] se otorga además remisión condicional y reclusión nocturna) [Anexo I 2.3.3. SS 88 y 89].

Conclusión del Capítulo

Al condenar se castiga por delinquir y se refuerza la confianza del colectivo social en el Ordenamiento jurídico por lo que toda pena siempre y necesariamente responde, respectivamente, a la retribución y a la prevención general positiva, de lo que se deduce que la consideración del juez español y chileno para imponer sanción privativa de libertad atañe esencialmente a la prevención especial positiva o prevención especial negativa y prevención general negativa.

Siendo extremadamente inadecuadas las condiciones de cárcel para una resocialización con perspectiva cierta de reinserción en la comunidad, sólo puede inferirse que un juez español y chileno tuvo en vista la prevención especial positiva si maximiza la evitación de la desocialización, aplicando la sanción mínima obligada o a ésta lindante o muy próxima o ya distante con significación de la legalmente exigida pero acuerda sustituir o suspender la ejecución.

Impidiendo al máximo la pena privativa de libertad mínima legal aplicable la desocialización del delincuente a la vez que lo neutraliza, más aún que la sanción así dispuesta lo es en la práctica meramente referida a la fórmula legal de decisión, sólo puede colegirse que un juez español y chileno condenó en consideración a la prevención especial negativa si contraría la optimización punitiva a efectos de resocialización, disponiendo castigo de cumplimiento efectivo que dista con cierta significación del mínimo imponible, como ser un mes o muy cerca de éste pues tal período acrecienta tanto la separación del colectivo social inherente a la pena en cuestión como el deterioro de personalidad que acarrea su ejecución mínima o -pensando en una lindante o sumamente próxima- poco más.

Establecida la pena por el legislador con fin de prevención general negativa, ésta entonces de por sí presente en toda condena, dicha prevención, dado su carácter, sólo puede inferirse que un juez español y chileno la tuvo verdaderamente en vista al imponer sanción privativa de libertad si, atendido el marco legal concreto, siempre, y el parámetro de determinación atingente: gravedad del hecho (España) y extensión del mal producido (Chile), es o puede advertirse sin dificultad excesivo el castigo decretado, o bien el sentenciador, de algún modo, desvela estimar la pena, cualquiera fuere su extensión, ejemplarizante y la dispone declarando algo más que la fórmula legal o redundando en ella, o revela ya instar por la más elevada que - imparcialmente- puede, o -con o sin declaración- pune -cualquiera sea la medida- igual actos similares o dispares juzgables bajo marcos penales concretos coincidentes en parte o, pudiendo resolverse que no concordaran, totalmente.

Como la intimidación por eficaz que sea no justifica condenar en consideración a otro porque no es comprensible justo imponer a alguien un mal para que terceros omitan cometerlo, salvo estimar, lo que va contra la dignidad humana, que para el Ordenamiento todo individuo está a disposición de la coacción estatal y es material utilizable no portador de un valor como persona, la prevención general negativa que realmente debe preocupar es la representada por penas privativas de libertad efectivamente a cumplir dispuestas excesivas o que tal pueden advertirse respecto a la gravedad del hecho o, en su caso, la extensión del mal producido, sin perjuicio que la mentada demasía, y con ello la prevención en comento, puede muchas veces negarse -una muestra los no inusuales votos disidentes en Tribunales colegiados- pues afirmarla es una valoración que recae sobre conceptos jurídicos amplios e indeterminados y no puede entonces estar bajo reglas legales que la precisen.

Al tenor de las sentencias consultadas, en delitos graves y/o de connotación pública, en España la tendencia mayor es condenar contrariando el ideario constitucional de cumplirse la pena privativa de libertad orientada a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), objetivo cabalmente lograble, prevención especial positiva, si se decreta la sanción mínima legal o a ésta lindante o muy próxima o ya sobre tal mínima con significación pero se sustituye o suspende la ejecución, pues las resoluciones que satisfacen alguno de estos supuestos sólo alcanzan en homicidio 28,6%, en asesinato 29,7% -delitos contra la vida 29,2%-, en agresión sexual cualificada y violación 48,5% y en robo con violencia o intimidación 45,1%.

Es decir, en delitos graves y/o de connotación pública en España la tendencia principal es condenar a prisión en consideración a la prevención especial negativa ya que ésta, penas a ser efectivamente cumplidas dispuestas con significación sobre la mínima legal aplicable, alcanza en homicidio 71,4% y en asesinato 70,3% -delitos contra la vida 70,8%-, en agresión sexual cualificada y violación 51,5% y en robo con violencia o intimidación 54,9%.

En Chile, en delitos graves y/o de connotación pública la tendencia mayoritaria es condenar a sanción privativa de libertad en vista de la prevención especial positiva pues ésta -en los términos ya descritos- alcanza en homicidio simple 50%, infanticidio 80%, homicidio calificado 34,5% y en parricidio 68% -delitos contra la vida 51%-; en violación impropia 60%, violación 50% y en estupro 66,7% -conjunto 56,4%-, en abuso sexual propio 77,8% y en abuso sexual impropio 75% -conjunto 75,6%-; en robo con violencia o intimidación 89,8%, robo por sorpresa 87,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 13,3% - conjunto 75,6%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 86,7% y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 60% -conjunto 80%-.

O sea, en Chile en delitos graves y/o de connotación pública es muy menor la tendencia a condenar a pena privativa de libertad atendiendo a la prevención especial negativa porque ésta -en los términos ya manifestados- sólo alcanza en homicidio simple 50%, infanticidio 20%, homicidio calificado 65,5% y en parricidio 32% -delitos contra la vida 49%-; en violación impropia 40%, violación 50% y en estupro 33,3% -conjunto 43,6%-, en abuso sexual propio 22,2% y en abuso sexual impropio 25% -conjunto 24,4%-; en robo con violencia o intimidación 10,2%, robo por sorpresa 12,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 86,7% -conjunto 24,4%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 13,3% y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 40% -conjunto 20%-.

Relevante la prevención general negativa representada por una sanción privativa de libertad a cumplirse efectivamente dispuesta excesiva o que tal pudiere advertirse en cuanto a la gravedad del hecho, porque instrumentaliza al delincuente ya que punirlo de esa manera mira a inhibir a potenciales malhechores realizar la conducta enjuiciada, tal prevención, en delitos graves y/o de connotación pública, en España no es una tendencia que resalte en tanto sólo alcanza en homicidio 8,6%, en asesinato 8,3% -delitos contra la vida 8,4%-, en agresión sexual cualificada y violación 14,8% y en robo con violencia o intimidación 9,7%.

En Chile la prevención general negativa representada por pena privativa de libertad a cumplirse efectivamente decretada excesiva o que así puede advertirse respecto de la extensión del mal producido, en delitos graves y/o de connotación pública, tampoco es una tendencia sobresaliente ya que sólo alcanza en homicidio simple 12,8%, infanticidio 0%, homicidio calificado 20,7% y en parricidio 4% -delitos contra la vida 12,4%-; en violación impropia 10%, violación 3,1% y en estupro 33,3% -conjunto 9%-, en abuso

sexual propio 11,1% y abuso sexual impropio 0% -conjunto 2,4%-; en robo con violencia o intimidación 8,5%, robo por sorpresa 12,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 73,3% -conjunto 20,7%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 13,3% y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 30% -conjunto 17,5%-.

En Chile, aparte de los delitos contra la vida, en que es notable su estimación (50% homicidio simple, 80% infanticidio, 34,5% homicidio calificado y 68% parricidio, 51% conjunto), la primordial consideración de la prevención especial positiva por los jueces para condenar imponiendo sanción privativa de libertad en infracciones tales como violación impropia (60%), violación (50%), robo con violencia o intimidación (89,8%) y robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en su dependencias (86,7%), podría explicarse en que la alta penalidad de ellos, que supera la del homicidio simple (violación impropia y robo con violencia o intimidación), o la iguala (violación) o corresponde al grado de castigo más bajo establecido al crimen contra vida (robo en lugar habitado, destinado a habitación o dependencias), exige que la conducta delictiva despunte en su lesividad, como sería en robo con violencia o intimidación el que sea idónea para afectar la seguridad más esencial de las personas, esto es, poner en riesgo la vida, salud o integridad corporal.

Conclusiones

I. Siendo para el Estado un instrumento necesario para enfrentar ataques considerados socialmente intolerables, la pena se vincula directamente con la política criminal, la que está sujeta al influjo de la situación específica de cada sociedad, por lo que las doctrinas de la pena se pueden reafirmar o recrear bajo nuevas perspectivas.

II. Por medio de la pena se logran diversos fines, pero entre éstos pueden producirse antinomias, lo que se nota con más claridad en las sanciones privativas de libertad, diferentes de otras que por su naturaleza permiten una mayor conciliación de los fines, cual acontece con la multa, que posibilita tanto retribución como prevención general, incluso prevención especial positiva.

III. En pro de antes que reprimir evitar o reducir la perpetración de delitos, el legislador prevé la pena con carácter esencialmente preventivo general negativo.

IV. La disonancia de fines es dable entre prevención general y prevención especial. La retribución es inherente a toda pena, se presupone en la clase y extensión de ésta fijada por ley, porque retribuir equivale a pago merecido al injusto, unido a la idea de reproche, importa castigar con buena conciencia, sólo da cuenta de la justicia conmutativa, la que no se ajusta a la justicia distributiva ni a la correctiva.

V. Toda imposición de pena participa al cuerpo social que la norma instaurada para protegerlo rige, o sea, denota la prevención general positiva.

VI. La ley debe prever fórmulas que permitan conciliar los fines de la pena para que en aras de inhibir o reducir la comisión delictiva -prevención general negativa- no sea ilusoria la resocialización -prevención especial positiva-. Por ello, más todavía presto a un proceso rehabilitador el condenado, en España y Chile hay que reducir los plazos de procedencia de la libertad condicional y permitirse que desde un comienzo la sanción privativa de libertad pueda ser cumplida en régimen semi-abierto.

VII. El legislador, si bien establece la pena según la gravedad del delito, debe, al mismo tiempo, procurar que la que priva de libertad no impida la resocialización. Por ende, han de suprimirse las penas superiores a 15 años, ya que más allá de este tiempo la personalidad del convicto puede estar irremediabilmente deteriorada, lo que contradice orientar la pertinente ejecución a la reeducación y reinserción social.

O sea, en Chile cabe eliminar el presidio perpetuo “simple” y calificado como también reducir, que implica hacerlo con los grados mínimo y medio del mismo, la extensión del presidio mayor en su grado máximo, que integra la penalidad de varios ilícitos (v. gr., violación impropia, parricidio, homicidio calificado, robo calificado, robo con violencia o intimidación). En España toca rebajar, entre otras, la penalidad del asesinato, asesinato cualificado, delito terrorista (muerte o lesiones arts. 149 y 150 Cp o secuestro), ya del genocidio (muerte o agresión sexual), lo que exige, por proporcionalidad, disminuir, por ejemplo, la de homicidio.

VIII. Es indispensable armonizar la prevención general negativa con la prevención especial positiva pues la *reincidencia*, que no es infrecuente, puede explicarse por características del sujeto (v. gr., impulsividad, bajo control o poca habilidad para resolver conflictos) pero también por haber antes él cumplido pena privativa de libertad sin capacitarse para participar en

la vida social con conciencia de la responsabilidad, habilitación muy difícil lograr -sobre todo con infractor primerizo- con sanción como la señalada, cuya duración -aun mínima- pudiere acarrear la destrucción irreparable de la personalidad del condenado. Debe la ley establecer proceda, en cualquier tiempo, y más allá de motivos humanitarios (v. gr., muerte de familiar, enfermedad grave e incurable), alterarse el régimen normal de ejecución de la prisión [presidio o reclusión] impuesta (v. gr., visita extraordinaria sentimental íntima, salida con custodia).

IX. Conciliar los fines de la pena es necesario porque todas las teorías presentan falencias: Que la retribución compense la culpabilidad humana no autoriza al Estado retribuir con pena pues muchos se hacen culpables y no por eso se les castiga. La culpabilidad se puede asumir con una consecuencia distinta a la pena, como indemnizar. El presupuesto, el libre albedrío, es indemostrable científicamente. La prevención general, si no es delimitada por el principio de culpabilidad, carece del baremo para la medida de la pena porque son las más justas y no las más graves posibles las que mayor impresión causan en la conciencia jurídica social. La eficacia de la prevención general puede depender, más que de la gravedad de la prevista, de imponerse y ejecutarse la pena. La amenaza mediante la pena no siempre surte efecto, ejemplo de ello los delincuentes profesionales, por convicción e impulsivos ocasionales. No se justifica intimidar a uno para que otros se abstengan de delinquir porque ello es contrario a la dignidad humana. La prevención especial permitiría aplicar la pena hasta que se corrija el infractor, quien, por ser reincidente en hechos menores, podría ser sometido a drásticas medidas terapéuticas o de seguridad. A la par, al culpable que no presenta peligro de reiteración sería posible imponerle sanción bajo el mínimo y dejar impune al que delinque gravemente una sola vez y después, por muchos años, hace una vida absolutamente normal y no muestra compromiso delictual.

X. Por la resocialización, evidenciando las modernas investigaciones criminológicas producirse consecuencias nocivas con el corto encierro, debe prescindirse en España de la prisión con inicio en 3 meses y en Chile del presidio y reclusión menor en su grado mínimo con comienzo en 61 días, debiendo fijarse el principio del castigo en 1 año o al menos 6 meses.

Por lo mismo, en el Código penal chileno, a más de subir el límite mínimo del presidio o reclusión menor, cabe eliminar la prisión en cualquiera de sus grados (1-20, 21-40 y 41-60 días) para la falta de perjurio y en su grado mínimo a medio para la falta de hurto así como en su grado máximo como sanción mínima del simple delito de omisión de denuncia de una asociación ilícita.

XI. Consiguientemente, en la legislación chilena tiene que ampliarse la aplicación de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, sólo dispuesta para infractores adolescentes (art. 6 e) L 20.084), siendo ya un avance que próximamente sea por último un sustitutivo, aunque únicamente a falta de otras, de pena privativa o restrictiva de libertad igual o inferior a 300 días, como también de pena de multa en caso de impago y para que por tal motivo no se haga efectiva vía sustitución y apremio la pena de reclusión.

XII. En España y en Chile debe introducirse, como tercera vía de consecuencia jurídica del delito, si bien respecto de infracciones menores, la reparación, pues, lo que precisamente justifica su inserción, quien delinque voluntariamente puede reconocer que generó un resultado que es necesario remediar, admisión que supone que él desapueba lo realizado (prevención especial), además que envuelve un reproche de la comunidad (prevención general) y al asumir su responsabilidad satisface la culpabilidad que fundamenta la pena (retribución).

XIII. Al determinar e imponer sanción privativa de libertad de verse incompatibles prevención general y prevención especial habría que optar por la primera, prevaleciendo sus exigencias mínimas sobre las de la segunda que aconsejarían reducir al máximo el castigo, ya que, si fracasa el fin de la última o no es necesaria la ejecución por no requerirla el convicto, el conflicto originado atañe sólo al infractor y no a quienes pueden devenir en tal por sacrificarse la eficacia de la prevención general y disminuir las barreras inhibitoras frente a la generalidad.

La discordancia en realidad puede ser aparente porque, estableciendo la ley la pena privativa de libertad con carácter preventivo general negativo para evitar o disminuir la comisión delictiva, lo que para esto basta, que podría ser justamente la sanción mínima legal aplicable, es suficiente también para confirmar la vigencia del Derecho (prevención general positiva) así como, en dicha extensión, aparte de neutralizar al condenado (prevención especial negativa), la única forma viable de si no impedir al menos mitigar la desocialización propia del encierro (prevención especial positiva).

XIV. Entendida como la doctrina que mana de los fallos de los Tribunales, sentido amplio, o el criterio constante y uniforme de aplicar el derecho que muestran las sentencias del máximo Tribunal, sentido estricto, la jurisprudencia tiene un innegable rol como fuente material del Derecho en cuanto es seguro que influirá en las futuras decisiones del Tribunal que la formó y, en su caso, en las posteriores de los inferiores en jerarquía, no configurándose como fuente formal del Derecho únicamente por la ausencia de obligatoriedad de ella para los jueces.

XV. Diferentes *precedente* y *jurisprudencia* cuantitativamente, pues aquél es la decisión sobre un caso particular y ésta una pluralidad, especialmente amplia, de decisiones sobre varios y distintos asuntos concretos,

diferenciándose a su vez cualitativamente, porque el precedente establece una norma (universal) susceptible de aplicar como criterio de decisión al caso sucesivo en función de la identidad o -que es la regla- de la analogía entre los hechos del primer y del segundo proceso y en la jurisprudencia el análisis comparativo de los hechos es deficiente la mayoría de las veces, constituida ya la judicatura jerárquicamente, los precedentes más relevantes son, sin duda, los del máximo Tribunal, el llamado *precedente vertical*, sin perjuicio, como mínima racionalidad exigible, de la fuerza inherente del *autoprecedente*, que surge de deber todo órgano jurisdiccional fallar del mismo modo los casos sustancialmente iguales, o sea, autovinculación de cada juez o Tribunal a sus propias decisiones.

XVI. No obstante propio del sistema anglosajón o judicialista, en el que su obligatoriedad atañe al razonamiento necesario por el cual el Tribunal del que emana llegó a la decisión (*ratio decidendi*) y no a los argumentos circunstanciales (*obiter dictum*) que ayudan a formarla y que sólo tienen fuerza para el caso anterior resuelto, se justificaría que jueces españoles y chilenos fallaran acorde precedente por razón de *autoridad*, *ejemplo*, *pragmatismo* y de *justicia formal*, aunque en la *praxis* de estas judicaturas, a más del *autoprecedente*, opera un *precedente persuasivo*.

XVII. Bajo sistemas distintos pero con algunos parámetros idénticos (v. gr., pena asignada por la ley al delito, causas de eficacia extraordinaria, autoría y participación, etc.), motivo para que un juez penal español y chileno condene sin considerar cómo otro de igual o mayor jerarquía antes resolvió análoga materia, no sujeto entonces al precedente, ni horizontal (en éste quizás al autoprecedente por cuestión de coherencia) ni vertical, es en España no reformar -propuesto en un momento- el recurso de casación en orden a fundarse en la “contradicción de la sentencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo” y en Chile la CS pudiendo “imponer” su doctrina si hay

interpretaciones contradictorias -caso del *ex art. 395 Cpp*- privilegiar que cada magistrado falle con total independencia, lo que importa que los Tribunales inferiores sigan la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior exclusivamente por persuasión.

XVIII. No reconocida la jurisprudencia como fuente formal del Derecho, la valoración del sentenciador es esencial para la decisión, pudiendo suceder que sobre la conciencia jurídica formal, actitud moral y profesional de obediencia arraigada al Derecho, prime la conciencia jurídica material, visión de la ley habitualmente como manifestación de los ideales, actitudes, patrones que constituyen la tradición cultural. Se pretende que la resolución se acepte como correcta y ajustada o socialmente deseable, lo que hace posible -excepcional ciertamente- que el juez origine derecho.

XIX. En el sistema español, es dable estimar que el magistrado dispone la sanción acorde la teoría del espacio de juego pues actúa dentro de un marco penal -cuya extensión final puede quedar determinada por circunstancias modificativas de responsabilidad criminal genéricas- que permite precisamente operar según necesidades preventivas juntamente con la gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto dentro del a la vez más amplio marco penal típico, pudiendo sostenerse que, por ahora antes atenderse a las circunstancias personales del delincuente que a la gravedad del hecho, tiene mayor peso relativo la prevención especial.

XX. En el sistema chileno, también es estimable que el juez dispone la sanción conforme la teoría del espacio de juego ya que opera dentro de un marco penal -cuya extensión final igual es posible que quede determinada por circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal genéricas- en el que ciertamente puede considerar necesidades preventivas junto con la

gravedad de la culpabilidad dentro de un marco de juego más reducido fijado por el grado de injusto dentro del a su vez más amplio marco penal típico, siendo posible además, ante el silencio de la ley, y que sería lo adecuado para no transgredir el principio *ne bis in idem* y en tanto el grado de pena se determina en base a la medida de la culpabilidad, hacer efectivo criterios eminentemente preventivos especiales positivos.

XXI. Los sistemas de penas español y chileno son de determinación relativa, en ambos la correspondiente individualización se realiza partiendo de un marco legal genérico, acorde un conjunto de reglas (v. gr., forma de intervención delictual, circunstancias modificativas), lo que hace de la condena un acto discrecional jurídicamente fundado. En España, con el Código penal de 1995, desdoblándose la pena en sí y por sí, cualquiera sea el marco legal concreto, la sanción en su contenido nunca varía mientras que en Chile es factible que ello ocurra porque la mayoría de penas se dividen en grados y fijan según escalas graduales, cuya aplicación mecánica justamente puede llevar a un castigo de otra clase que el inicial previsto (caso de pena superior en uno o más grados a una determinada y en la escala gradual no hay pena superior), incluso podría aplicarse la sanción establecida y otra (mismo caso anterior) o una a aquélla distinta y más extensa temporalmente (caso de pena inferior en grado a relegación menor en su grado mínimo, que va de 61 a 540 días, que es destierro en su grado máximo, que va de 3 años y 1 día a 5 años).

XXII. Con la condena se castiga por delinquir y se refuerza la confianza del cuerpo social en el Ordenamiento jurídico, por lo que toda pena siempre y necesariamente responde, respectivamente, a la retribución y a la prevención general positiva, de lo que se deduce que, constreñidos a un marco legal concreto que determina el mínimo y máximo posible decretar según la medida de la culpabilidad y parámetros de decisión, la consideración de los

jueces españoles y chilenos para imponer sanción privativa de libertad atañe esencialmente a la prevención especial positiva o prevención especial negativa y prevención general negativa.

XXIII. En los casos en que es necesario imponer una pena privativa de libertad, dado el impacto negativo de la cárcel en quien la padece, sólo puede inferirse que un juez español y chileno tuvo en vista la prevención especial positiva si maximiza la evitación de la desocialización, aplicando la sanción mínima obligada o a ésta lindante o muy próxima. El juez atiende también a razones de prevención especial positiva si acuerda sustituir o suspender la ejecución.

XXIV. Como la pena privativa de libertad mínima legal aplicable impide al máximo la desocialización del delincuente simultáneamente que lo neutraliza, más aún que en la práctica la sanción dispuesta lo es meramente referida a la fórmula legal de decisión, sólo puede colegirse que un juez español y chileno condenó en consideración a la prevención especial negativa si contraría la optimización punitiva a efectos de resocialización, disponiendo castigo a cumplir efectivamente que dista con cierta significación del mínimo imponible, como ser un mes o muy cerca de éste pues tal período acrecienta tanto la separación del colectivo social inherente a la pena en cuestión como el deterioro de personalidad que acarrea su ejecución mínima o -pensando en una lindante o sumamente próxima- poco más.

XXV. La prevención general negativa, siendo el fin con el que el legislador establece la pena y por tanto tal prevención por sí presente en cualquier condena, sólo puede inferirse, atendido su carácter, que realmente un juez español o chileno la tuvo en vista para imponer sanción privativa de libertad si, considerado el marco legal concreto, siempre, y el parámetro de

determinación atingente: gravedad del hecho (España) y extensión del mal producido (Chile), es o puede advertirse sin dificultad excesivo el castigo decretado, o bien de algún modo el sentenciador desvela estimar la pena, cualquiera sea su medida, ejemplarizante y la dispone declarando algo más que la fórmula legal o redundándola, o revela ya instar por la más elevada que -imparcialmente- puede, o -con o sin declaración- pune -cualquiera sea el *quantum*- igual actos símiles o dispar juzgables bajo marcos penales concretos coincidentes parcial o, pudiendo resolverse que no concordaran, totalmente.

XXVI. No justificando la intimidación aún siendo eficaz condenar en consideración a otro porque no es comprensible justo imponer a alguien un mal para que terceros omitan cometerlo, salvo estimar, contrario ya la dignidad humana, que para el Ordenamiento todo individuo está a disposición de la coacción estatal y es material utilizable no portador de un valor como persona, la prevención general negativa que verdaderamente ha de preocupar es la representada por sanciones privativas de libertad a ser cumplidas efectivamente decretadas excesivas o que pueden así advertirse respecto a la gravedad del hecho o, en su caso, la extensión del mal producido, sin perjuicio que tal demasía, y con ello la prevención en comento, podría muchas veces negarse pues afirmarla es una valoración que en cuanto recae sobre conceptos jurídicos amplios e indeterminados no puede estar bajo reglas legales que la precisen.

XXVII. En delitos graves y/o de connotación pública, en España la tendencia mayoritaria es contradecir el ideario constitucional de orientarse el cumplimiento de pena privativa de libertad a la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), objetivo lograble a cabalidad, prevención especial positiva, si se dispone la sanción mínima legal o a ella lindante o muy próxima o ya sobre tal mínima con significación pero se sustituye o suspende

la ejecución, pues las sentencias que satisfacen alguno de estos supuestos sólo alcanzan en homicidio 28,6%, en asesinato 29,7% -delitos contra la vida 29,2%-, en agresión sexual cualificada y violación 48,5% y en robo con violencia o intimidación 45,1%.

XXVIII. Por tanto, en España los jueces tienden primordialmente a condenar a prisión en delitos graves y/o de connotación pública considerando la prevención especial negativa ya que ésta, penas efectivamente a cumplir fijadas con significación sobre la mínima legal aplicable, alcanza en homicidio 71,4%, asesinato 70,3% -delitos contra la vida 70,8%-, en agresión sexual cualificada y violación 51,5% y en robo con violencia o intimidación 54,9%.

XXIX. En Chile la tendencia mayoritaria de los jueces en delitos graves y/o de connotación pública es condenar a sanción privativa de libertad considerando la prevención especial positiva pues ésta -en los términos ya descritos- es en homicidio simple 50%, infanticidio 80%, homicidio calificado 34,5% y parricidio 68% -delitos contra la vida 51%-; en violación impropia 60%, violación 50% y en estupro 66,7% -conjunto 56,4%-, en abuso sexual propio 77,8% y en abuso sexual impropio 75% -conjunto 75,6%-; en robo con violencia o intimidación 89,8%, robo por sorpresa 87,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 13,3% -conjunto 75,6%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 86,7% y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 60% -conjunto 80%-.

XXX. Por ende, en Chile en delitos graves y/o de connotación pública es muy menor la tendencia a condenar a pena privativa de libertad en base a la prevención especial negativa pues ésta -en los términos ya manifestados- es sólo en homicidio simple 50%, infanticidio 20%, homicidio calificado 65,5%

y en parricidio 32% -delitos contra la vida 49%-; en violación impropia 40%, violación 50% y en estupro 33,3% -conjunto 43,6%-, en abuso sexual propio 22,2% y en abuso sexual impropio 25% -conjunto 24,4%-; en robo con violencia o intimidación 10,2%, robo por sorpresa 12,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 86,7% -conjunto 24,4%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 13,3% y en robo en lugar no habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 40% -conjunto 20%-.

XXXI. Relevante la prevención general negativa representada por una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo dispuesta excesiva o que tal puede advertirse respecto a la gravedad del hecho, ya que instrumentaliza al infractor pues punirlo así apunta a inhibir a potenciales delincuentes realizar la conducta enjuiciada, dicha prevención general en España en delitos graves y/o de connotación pública no es una tendencia descolante pues alcanza únicamente en homicidio 8,6%, en asesinato 8,3% -delitos contra la vida 8,4%-, en agresión sexual cualificada y violación 14,8% y en robo con violencia o intimidación 9,7%.

XXXII. En Chile la prevención general negativa representada por sanción privativa de libertad de cumplimiento efectivo decretada excesiva o que así puede advertirse respecto a la extensión del mal producido, en delitos graves y/o de connotación pública, tampoco es una tendencia sobresaliente ya que alcanza en homicidio simple sólo 12,8%, infanticidio 0%, homicidio calificado 20,7% y en parricidio 4% -delitos contra la vida 12,4%-; en violación impropia 10%, violación 3,1% y en estupro 33,3% -conjunto 9%-, en abuso sexual propio 11,1% y en abuso sexual impropio 0% -conjunto 2,4%-; en robo con violencia o intimidación 8,5%, robo por sorpresa 12,5% y en robo calificado [homicidio o violación] 73,3% -conjunto 20,7%-, en robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias 13,3% y en robo en lugar no

habitado, en bienes nacionales de uso público o en sitios no destinados a la habitación 30% -conjunto 17,5%-.

XXXIII. En Chile, aparte de los delitos contra la vida en que es notable su estimación, la primordial consideración de la prevención especial positiva por los jueces para condenar en infracciones graves y/o de connotación pública como violación impropia (60%), violación (50%), robo con violencia o intimidación (89,8%) y robo en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias (86,7%), podría explicarse en que la alta penalidad prevista para ellos, que supera la del homicidio simple (violación impropia y robo con violencia o intimidación), la iguala (violación) o corresponde al grado de castigo más bajo dispuesto al crimen contra vida (robo en lugar habitado, destinado a habitación o dependencias), exige que el obrar criminal sea altamente lesivo, como sería en el robo violento que fuere idóneo para afectar la seguridad más esencial de las personas, esto es, ponga en riesgo la vida, salud o integridad corporal.

XXXIV. No indicado si para fijar la pena priman más las circunstancias personales del delincuente que la gravedad del hecho o al revés, siendo la tendencia mayoritaria imponer prisión considerando la prevención especial negativa, muchas veces sin concurrir modificativa o bien sólo haber atenuante, con lo que se estimaría más dicha gravedad que las indicadas circunstancias o ya éstas -a la par o no con aquélla- negativas, atendido el efecto dañino y fijador de roles desviados de la cárcel y necesario resguardo de los derechos fundamentales del culpable, de *lege ferenda*, debe el Código penal español establecer (art. 66.1.6ª) se condene (semejante a § 46 StGB) en vista de las consecuencias futuras que para el individuo son esperables de la pena, lo que hace de la privativa de libertad impuesta ser la que mejor podría cumplirse orientada a la reeducación y reinserción social.

XXXV. Acorde la resocialización, con un Código penal que la restringe por algunas sanciones excesivas *ab initio*, además con graves distorsiones penológicas (v. gr., se punen igual la violación impropia y el robo con violencia o intimidación y éstos más que el homicidio simple), en Chile, de *lege ferenda*, el presidio y la reclusión -uno u otro eliminable-, siendo menor, debiera tener grado mínimo de 1 año 1 día a 2 años 4 meses [tope de minimum 1 año 8 meses], grado medio de 2 años 4 meses 1 día a 3 años 8 meses [tope de minimum 3 años] y grado máximo de 3 años 8 meses 1 día a 5 años [tope de minimum 4 años 4 meses], y, siendo mayor, grado mínimo de 5 años 1 día a 8 años 4 meses [tope de minimum 6 años 8 meses], grado medio de 8 años 4 meses 1 día a 11 años 8 meses [tope de minimum 10 años] y grado máximo de 11 años 8 meses 1 día a 15 años [tope de minimum 13 años 4 meses].

Correspondería también, junto con suprimir las anacrónicas penas restrictivas de libertad de confinamiento, extrañamiento, destierro y relegación, pudiendo incorporarse, por ejemplo, la prohibición de acudir a determinados lugares, prever -próximamente un sustitutivo- la reclusión parcial así como descatalogar la pena privativa de libertad para infracciones varias de índole económica de poca gravedad y no violentas (v. gr., hurto), cuya responsabilidad puede perseguirse con sanción pecuniaria u otra, como ser -ya propuesta como pena- trabajos en beneficio de la comunidad.

Asimismo, debe contemplarse una atenuante “analógica”, lo que permite encajar las circunstancias del caso en alguna de las expresamente previstas, y disminuir las agravantes, inconexas e iterativas, cuyo excesivo número (21) amplía la probabilidad de estrechar el marco penal concreto a costa de elevarse su límite mínimo o ya que dicho marco sea superior.

XXXVI. En Chile, pudiendo entenderse la prevención especial positiva consideración mayoritaria en las condenas por delitos tales como violación

impropia, violación, robo violento, por su alta penalidad, que supera o alcanza la del homicidio simple, pero a la vez éste y demás contra la vida también mayormente punidos acorde tal prevención, lo que igualmente podría explicarse por su alta penalidad (infanticidio y homicidio simple idéntica sanción y homicidio calificado presidio mayor grado medio a presidio perpetuo y parricidio/femicidio presidio mayor grado máximo a presidio perpetuo calificado), sin norma que explicita la resocialización como fin de la pena y presente un legislador que propende a aumentar algunas existentes, aparte que en algún momento tendrán que corregirse las distorsiones penológicas existentes, de *lege ferenda*, el texto punitivo debe ya contemplar (art. 69) que se condene teniendo en cuenta las secuelas que a futuro la sanción penal puede significar en la vida del individuo.

XXXVII. La pena privativa de libertad es irrenunciable como respuesta a delitos graves y parece distante el día de aceptar se purgue aquélla en sitio(s) otro(s) que la cárcel en base al uso de tecnología que permite en todo momento saber la ubicación exacta de alguien (v. gr., brazaletes electrónicos [después, quizás, chips subcutáneos]). Sin embargo, dado los efectos negativos de la cárcel, de *lege ferenda*, los Códigos penales español y chileno han de prever que en situación de existir mientras se cumple prisión [presidio o reclusión] riesgo cierto de ruptura definitiva de la invulnerabilidad social, así debidamente acreditado por equipo multidisciplinario, deberá, por el tiempo restante para extinguir la responsabilidad criminal, según el caso, sustituirse, total o parcialmente, o suspenderse la ejecución en curso.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, Aulis. *Lo Racional como Razonable: Un tratado sobre la justificación jurídica*. Título original: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (D. Reidel Publishing Company, 1987). Versión castellana de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABEL SOUTO, Miguel. *Teorías de la pena y límites al ius puniendi desde el Estado democrático*. Madrid: Dilex, s.f. (f.a. 2006).

ACALE SÁNCHEZ, María. “Víctimas de la violencia de género y consecuencias jurídicas del delito para el agresor”. En: VV.AA. CERVILLA GARZÓN, María Dolores; FUENTES RODRÍGUEZ, Francisca (Coords.). *Mujer, violencia y derecho*. 1ª ed. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, pp. 93-122.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Ejecución de penas y tratamiento postdelictual del maltratador”. En: VV.AA. DE HOYOS SANCHO, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 65-106.

ACALE SÁNCHEZ, María. “Libertad Vigilada”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 147-158.

ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. “El precedente judicial en la cultura jurídica chilena”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica Social*, n° 20, 2002, Valparaíso: Edeval, pp. 559-582.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La Reparación en el sistema de consecuencias jurídicas de naturaleza penal*. Tesis Doctoral (CEREZO MIR, José [Dir.]). Universidad de Zaragoza, 1998.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La Reparación a la Víctima en el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del Derecho penal: Una aproximación desde la filosofía política*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Título original: *Theorie der juristischen argumentation: Die theorie des rationalen diskurses*

als theorie der juristischen begründung (Editado por Suhrkamp). Traducción de ATIENZA, Manuel; ESPEJO, Isabel. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Título original: *Theorie der grundrechte* (Suhrkam-Verlag 1986). Traducido por GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Traducción de SEÑA, Jorge M. 2ª ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Principio de legalidad y resoluciones judiciales”. *Jueces para la Democracia*, nº 8, diciembre 1989, pp. 13-14.

ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*. Granada: Comares, 2001.

AMOR Y NEVEIRO, Constante. *Examen crítico de las nuevas Escuelas de Derecho Penal*. Madrid: Imprenta del Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, 1899 (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2007).

ANDRÉS-PUEYO, Antonio; ECHEBURÚA, Enrique. “Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación”. *Psicothema*, vol. 22, nº 3, 2010, pp. 403-409 (disponible en: <http://www.psicothema.com/pdf/3744.pdf>).

ANTÓN ONECA, José. *Obras*. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, t. II, 2002.

APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. “Algunas consideraciones sobre la justicia Constitucional”. *Revista Jurídica de Catalunya*, Nº 4, 1983, pp. 935-968.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Traducido por CALVO MARTÍNEZ, José Luis. 2ª reimpresión de 1ª ed. 2001. Madrid: Alianza Editorial, 2003.

ARJONA SEBASTIÁ, César. “Estudio preliminar a los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes”. En: *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*. Estudio preliminar y traducción ARJONA SEBASTIÁ, César. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2006, pp. 11-45.

ARZAMENA SIERRA, Jerónimo. “Las Garantías Judiciales en la jurisprudencia constitucional”. *Poder Judicial*, 2ª época, núm. 35, septiembre 1994, Consejo General del Poder Judicial, pp. 21-42.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Introducción al Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 1985.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. “¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial?”. En: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 248-262.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2000.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *El Derecho como argumentación: Concepciones de la argumentación*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 2006.

AYUSO VIVANCOS, Alejandro. *Visión crítica de la reeducación penitenciaria en España*. Valencia: Nau Llibres, 2003.

AZCUTIA, Manuel. *La Ley Penal: Estudios prácticos sobre la interpretación, inteligencia y aplicación del Código de 1870, en su relación con los de 1848 y 1850, con nuestras antiguas leyes patrias y con las principales legislaciones extranjeras*. Madrid: Librerías de A. de San Martín, 1876.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. En: VV.AA. *Reforma penal: Personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*. Cuadernos penales José María Lidón (nº 8). Bilbao: Universidad de Deusto, 2011, pp. 15-38.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios constitucionales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho penal: Parte general*. 2ª ed. totalmente renovada y ampliada. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “Principio de culpabilidad e individualización de la pena”. En: VV.AA. CEREZO MIR, José; SUÁREZ MONTES, Rodrigo F.; BERISTAIN IPIÑA, Antonio; ROMEO CASABONA, Carlos M. (Eds.). *El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos* (Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López). Granada: Comares, 1999, pp. 33-48.

BADENES GASSET, Ramón. *Metodología del Derecho*. Reimpresión de 1ª ed. 1959. Barcelona: Bosch, 2000.

BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. “Observaciones Metodológicas sobre la construcción de la Teoría del Delito”. *Anales de Jurisprudencia*, t. 248, Sexta época Segunda Etapa, Noviembre-Diciembre 2000, México D. F.: Dirección General de Análisis de Jurisprudencia y Boletín Judicial, pp. 233-287.

BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Título original: *Criminologia critica e critica del diritto penale, introduzione alla sociologia giuridico-penale* (1ª ed., 1982. Società editrice il mulino, Bolonia). Traducción de BÚNSTER, Álvaro. 4ª ed. en español. México D. F.: Siglo Veintiuno Editores, 1993.

BARBERO SANTOS, Marino. *Estudios de Criminología y Derecho Penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1972.

BARBERO SANTOS, Marino. “¿Responsabilidad penal de la empresa?”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; TIEDEMANN, Klaus (Eds.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 25-42.

BAUCELLS I LLADÓS, Joan. *La delincuencia por convicción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BECCARIA, Cesare. *Tratado de los Delitos y de las Penas*. Título original: *Trattato dei Delitti e delle Pene*. Traducción de DE LAS CASAS, Juan Antonio. Madrid: Por D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., MDCCLXXIV (reimpresión, Valladolid: Maxtor, 2004).

BENTHAM, Jeremías. *Compendio de los Tratados de Legislación Civil y Penal* (con notas de ESCRICHE, J.). 2ª ed. Madrid: Librería de la Viuda de Calleja e Hijos, t. I, 1839.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de Legislación Civil y Penal*. Traducido por SALAS, Ramón. Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1821, t. I (Edición preparada por RODRÍGUEZ GIL, Magdalena. Madrid: Editora Nacional, 1981).

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio *et al.* *Curso de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2004.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. “Nuevo proceso penal desde las víctimas”. En: VV.AA. MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés

(Compiladores). *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 17-33.

BESIO HERNÁNDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena: Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

BETTI, Emilio. *Diritto, Metodo, Ermeneutica. Scritti scelti (Teoria generale e dogmatica)* (Milán, Giuffrè, [1949] 1971). En: BETTI, Emilio. *La Interpretación Jurídica: Páginas escogidas*. Prólogo de CRIFÒ, Giuliano. Compilación y traducción de VERGARA BLANCO, Alejandro. Santiago de Chile: LexisNexis, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Penal y Procesal: Curso de lecciones para estudiantes de Ciencias Políticas*. Título original: *Istituzioni di Diritto e Procedura Penale* (CEDAM, Casa Editrice-Padova, 1973 [1ª ed., Padua, 1966]). Traducción de GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, Faustino. 2ª ed. (italiana, de 1973, traducida al español). Barcelona: Bosch, 1977.

BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

BIX, Brian H. *Diccionario de teoría jurídica*. Traducción de RODRÍGUEZ TRUJANO, Enrique; VILLARREAL LIZÁRRAGA, Pedro A. 1ª ed. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Derecho Penal Español: El Sistema de la Parte General*. Barcelona: Bosch, t. I, 2004.

BLANCO LOZANO, Carlos. *Tratado de Política criminal: Fundamentos científicos y metodológicos de la lucha contra el delito*. Barcelona: Bosch, t. 1, 2007.

BLASCÓ GASCÓ, Francisco de P. *La Norma Jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

BLAY GIL, Ester. *La pena de trabajo en beneficio de la comunidad*. Tesis Doctoral (LARRAURI PIJOAN, Elena [Dir.]). Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2006 (disponible en: <http://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/5084/ebg1de1.pdf?sequence=1>).

BOBBIO, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Traducción y edición a cargo de RUIZ MIGUEL, Alfonso. Valencia: Fernando Torres-Editor, 1980.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl. *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982.

BODENHEIMER, Edgar. *Teoría del Derecho*. Título original: *Jurisprudence* (1940, McGraw-Hill Book Company, Inc., Nueva Cork). 8ª reimpresión de 1ª ed. en español 1942. México D. F.: 1983.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Penas privativas de libertad”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 89-120.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Penas privativas de derechos”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 121-165.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Aplicación y determinación de la pena”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 223-286.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. “La Responsabilidad de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español”. En: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk*. Dordrecht; Heidelberg; London; New York: Springer, 2011, pp. 271-288.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Aplicación y determinación de la pena”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito: El sistema de penas, de*

medidas de seguridad, de consecuencias accesorias y de responsabilidad civil derivada del delito. 4ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, pp. 99-130.

BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del injusto)*. Tesis Doctoral (GARCÍA ARÁN, Mercedes [Dir.]). Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1997.

BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Título original: *Introduction à l'étude du droit* (Librairie du Recueil Sirey [Paris]). Traducción de GUERRERO R., Jorge (de 2ª ed. francesa 1931). 2ª ed. Bogotá: Temis, 1982.

BRODY, David C; ACKER, James R. *Criminal Law*. 2ª ed. Boston; Toronto; London; Singapore: Jones and Bartlett Publishers, 2010.

BRUGER, Walter. *Diccionario de Filosofía*. Título original: *Philosophisches Wörterbuch* (Verlag & Herder & Co. de Friburgo de Brisgovia [Alemania]). Traducción de VÉLEZ CANTARELL, José María. 9ª ed. ampliada. Barcelona: Herder, 1978.

BUENO ARÚS, Francisco. “El sistema de penas en el Derecho penal español desde la Guerra Civil hasta la democracia”. En: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos: IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005*. *sine data*: Dykinson (f.a. 2006), pp. 139-194.

BULNES ALDUNATE, Luz. “El Recurso de Inaplicabilidad en la Constitución de 1980”. En: *Recursos de Rango Constitucional* (Colección Seminarios N° 5). Santiago de Chile: Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1983, pp. 25-46.

BÜLLESBACH, Alfred. “Enfoque de Teoría de Sistemas”. Traducción de GARCÍA AMADO, Juan Antonio. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 311-332.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Fundamentos del sistema penal, esquema de la*

teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena. Madrid: Trotta, vol. I, 1997.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Madrid: Trotta, vol. II, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Madrid: Trotta, 2006.

CACHÓN VILLAR, Pablo. “La Ubicación del Poder Judicial entre los Poderes del Estado”. *Estudios de Derecho Judicial*, N° 10, 1998 (ejemplar dedicado a: *Escuela de verano del Poder Judicial: Galicia 1988*), pp. 325-380.

CADOPPI, Alberto. *Il valore del precedente nel diritto penale: Uno studio sulla dimensione in action della legalità*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1999.

CALVO GARCÍA, Manuel. *Teoría del Derecho*. 2ª ed. revisada y aumentada. Madrid: Tecnos, 2000.

CAMARGO HERNÁNDEZ, César. “Estudios sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [ADPCP]*, t. XII, fasc. I, Enero-Abril 1959, pp. 63-71.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Título original: *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien* (publicado en revista *Juristenzeitung*, 1993, pp. 377-391). 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)*. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs*. En: JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. 1ª ed. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, 2006, pp. 15-81.

CAPELLA, Juan Ramón. *Elementos de análisis jurídico*. Madrid: Trotta, 1999.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2ª ed. adaptada al Código Penal de 1995. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos; MORALES PRATS, Fermín. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 55-86.

CARD, Richard; CROSS, Rupert; JONES, Philip Asterley. *Criminal Law*. 14ª ed. London; Edinburgh; Dublin: Butterworths, 1998.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. “Arts. 32-60”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 138-184.

CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. “Arts. 80-108”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 213-264.

CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I). Consideraciones generales sobre el Título VIII, Libro II del Código Penal. Agresiones y abusos sexuales”. En: VV.AA. COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español: Parte Especial*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 240-286. [en Anexo I]

CARMONA SALGADO, Concepción. “Delitos contra la seguridad del tráfico”. En: VV.AA. COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español: Parte Especial*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 791-815.

CAROCCA PÉREZ, Álex. *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*. 3ª ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2005.

CARRARA, Francesco. *Programa del Curso de Derecho Criminal: Parte General*. Título original: *Programma del Corso di Diritto Criminale*. Traducción, hecha directamente de la 11ª ed. italiana, bajo la dirección de SOLER, Sebastián y con la colaboración de GAVIER, Ernesto R. y NUÑEZ, Ricardo C. Buenos Aires: Depalma, vol. I, 1944.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Poder Judicial e independencia judicial*. Nueva edición revisada y aumentada. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951.

CASTÁN TOBEÑAS, José. “Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental”. En: CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN VÁSQUEZ, Roberto; LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 15-142.

CASTIGNONE, Silvana. *La máquina del derecho: La escuela del realismo jurídico en Suecia (Axel Hägerström, Karl Olivercrona [sic] y Vilhelm Lundstedt)*. Traducido por MORENO CRUZ, Pablo Andrés. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

CASTRO MORENO, Abraham. *El por qué y el para qué de las penas (Análisis crítico sobre los fines de la pena)*. Madrid: Dykinson, 2008.

CEA EGAÑA, José Luis. “Hermenéutica Constitucional, Soberanía Legal y Discrecionalidad Administración”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 11, N° 1, 1984, pp. 7-16.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español: Parte General*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, t. I, 2004.

CEREZO MIR, José. “La actual orientación político-criminal del Código Penal Español”. En: VV.AA. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (Coords.). *Panorama internacional sobre justicia penal: Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal*. 1ª ed. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pp. 519-545.

CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Título original: *A Suitable Amount of Crime* (1ª ed. Editorial Routledge, Londres, 2004). Traducido por ESPELETA, Cecilia; IOSA, Juan. 1ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. corregida, aumentada y actualizada. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COING, Helmut. *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Título original: *Grundzuge der Rechtsphilosophie*. Traducción de MAURI, Juan Manuel. Barcelona: Ariel, 1961.

Constitución Política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Cádiz: Imprenta Real, s.f.

“Constitución Política. Promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812”. En: *Las Constituciones Españolas en el siglo XIX* (publicadas por la Redacción del Boletín Diplomático). Madrid: Imprenta de F. López Vizcaino, 1869, pp. 16-49.

COTTA, Sergio. *¿Qué es el Derecho?* Título original: *Perché il diritto*. Traducción de BLASCO, José Joaquín. 3ª ed. Madrid: Rialp, 2000.

COTTERRELL, Roger. *The Politics of Jurisprudence: A critical introduction to legal Philosophy*. 2ª ed. (1ª ed., London: Butterworths, 1989) Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno: Parte General*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1975.

COUSO SALAS, Jaime. *Fundamentos del Derecho Penal de culpabilidad: Historia, teoría y metodología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

COUSO SALAS, Jaime. “El uso de precedentes en materia penal: Retórica y realidad en perspectiva”. *Revista General de Derecho Penal [RGDP]*, N° 5 (2006), pp. 1-48.

COUSO SALAS, Jaime. “El rol uniformador de la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema: Anatomía de un fracaso”. *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), vol. 20, N° 2, Diciembre 2007, pp. 147-172.

COVER, Robert. *Derecho, narración y violencia: Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Título original: «*Nomos and narrative*» y «*Violence and the word*», publicados en *Narrative, violence and the law* (University of Michigan 1993). Traducción de COURTIS, Christian. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2002.

CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 1992.

CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal (Parte General)*. 18ª ed. Barcelona: Bosch, t. I, vol. 2º, 1981.

CUERDA ARNAU, María Luisa. *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior, Centro de Publicaciones, 1995.

CURY URZÚA, Enrique. “La prevención especial como límite de la pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [ADPCP]*. t. XLI, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1988, pp. 685-702.

CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. ampliada. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

CHAIGNEAUX DEL CAMPO, Alberto. “La Corte Suprema y sus competencias”. *Ius et Praxis*. Año 4, n° 1, 1998, pp. 235-242.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. “Teoría de la Pena”. En: CALDERÓN CERESO, Ángel; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. actualizada a marzo de 2001, Barcelona: Bosch, t. I, 2001, pp. 443-466.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización Judicial de la Pena: Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal*. Madrid: Colex, 1997.

DALY, Kathleen. *Gender, crime, and punishment*. Connecticut-New Haven; London: Yale University Press, 1994.

DANNECKER, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". Traducido por RODRÍGUEZ YAGÜE, Ana Cristina. *Revista Penal [RP]*. n° 7 (2001), pp. 40-54 (disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/download/97/92>).

DE ASÍS ROIG, Rafael. *Jueces y normas: La decisión judicial desde el Ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

DE ASÍS ROIG, Rafael. “Sobre el razonamiento jurídico correcto”. *Revista de Ciencias Sociales* (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso), n° 45, Primer y Segundo Semestre 2000, Valparaíso: Edeval, pp. 153-167.

DE ASÍS ROIG, Rafael. *El Juez y la motivación en el Derecho*. Madrid: Dykinson, 2005.

DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas (1782)*. Edición de MORENO MENGÍBAR, Andrés. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2001.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. JUANES PECES, Ángel (Dir.); ALBA FIGUERO, María del Carmen (Coord.). *Reforma del Código Penal: Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Situación Jurídico-Penal del Empresario*. 1ª ed. Madrid: El Derecho, 2010, pp. 67-89.

DE LA VEGA BENAYAS, Carlos. *Introducción al Derecho Judicial*. Madrid: Editorial Montecorvos, 1970.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*. 3ª reimpresión de 2ª ed. 1988. Barcelona: Ariel, 1993.

DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. “Comentario preliminar al Código Penal”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dir.); MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 17-47.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; MONTAÑÉS, Juan; RECHEA ALBEROLA, Cristina (Coords.). *Estudios de Criminología II*. 1ª ed. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1999, pp. 217-251.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

DEL VALLE SIERRA LÓPEZ, María. *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Prevención General e Individualización Judicial de la pena*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1999.

DÍAZ COLORADO, Fernando. “La expansión del Sistema Penal ante el nuevo milenio”. En: VV.AA. MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores). *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*, Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 81-85.

DÍAZ SAMPEDRO, Braulio. “La motivación de las sentencias: Una doble equivalencia de garantía jurídica”. *Foro*, num. 5 (2007), pp. 59-85.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 147-172.

Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella. Cádiz: Tormentaria, 1812.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: VV.AA. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.* (Dir.). MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli; VENTURA PÜSCHEL, Arturo (Coords.). *Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*. 3ª ed. (Corregida y adaptada a la LO 5/2010, de 22 de junio). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 285-298.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Responsabilidad de personas jurídicas”. En: VV.AA. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (Coord.). *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010 (Actualizado a julio 2010)*. Madrid: Editorial Francis y Taylor, 2010, pp. 11-38.

DONNA, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la pena: fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad*. 2ª ed. ampliada y actualizada. Buenos Aires: Astrea, t. I, 1996.

D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro. *Una Introducción al Estudio del Derecho*. 2ª ed. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (Universidad Católica de Valparaíso-Chile), 1976.

DUCCI CLARO, Carlos. *Derecho Civil: Parte General*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1984.

DUEÑAS RUIZ, Oscar José. *Lecciones de hermenéutica jurídica*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* [Polít. crim.]. vol. 4, Nº 8, 2009, pp. 266-291 (disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_04/n_08/Vol4N8A1.pdf).

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Título original: *Taking Rights Seriously* (Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres). Traducido por GUASTAVINO, Marta. 4ª reimpresión de 1ª ed. 1984. Barcelona: Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia: De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Título original: *Law’s Empire* (Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1986). Traducción de FERRARI, Claudia. 2ª reimpresión de 1ª ed. 1988. Barcelona: Gedisa, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introducción al pensamiento jurídico*. Traducción de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Granada: Comares, 2001.

EHRlich, Eugen. “Libre investigación del Derecho y Ciencia del Derecho Libre” (*Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*). En: EHRlich, Eugen. *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*. Traducción, notas y estudios preliminares de GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, MUÑOZ DE BAENA, José Luis, ROBLES MORCHÓN, Gregorio. Colección dirigida por ORDÓÑEZ, José María. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005.

ESPÍN TEMPLADO, Eduardo. “Derecho Constitucional”. En: VV.AA. PRIETO SANCHÍS, Luis (Coord.). *Introducción al Derecho*. 1ª reimpresión. Cuenca: Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, 1997, pp. 31-45.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 1998.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 1998.

ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, *Derecho Penal: Parte Especial*. Reimpresión 3ª ed. revisada y actualizada 1997. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. III, 2004. [en Anexo I]

FALCÓN TELLA, María José; FALCÓN TELLA, Fernando. *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?* Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FARALDO CABANA, Patricia. *Las causas de levantamiento de la pena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid: Colex, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Retribución y prevención general”. En: VV.AA. CUERDA RIEZU, Antonio (Dir.). ALCÁCER GUIRAO, Rafael *et al.* (Coords.). *La respuesta del Derecho penal ante los nuevos retos (IX Jornadas de profesores y estudiantes de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebradas en la Universidad Rey Juan Carlos los días 8, 9 y 10 de marzo de 2005)*. *sine data*: Dykinson (f.a. 2006), pp. 97-114.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Título original: *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Traducido por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés *et al.* 7ª ed. Madrid: Trotta, 2005.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de Filosofía Abreviado*. 27ª reimpresión de 1ª ed. 1976 (1ª ed. 1962, Editorial Sudamericana). Barcelona: Edhasa, 2004.

FERRERES COMELLA, Víctor. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002.

FERRI, Enrico. *Nuevos estudios de Antropología Criminal (La Escuela Criminalista Positiva: A los estudiantes de la Universidad de Nápoles)*. Madrid: La España Moderna, sf. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2005).

FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica: Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*. Título original: *Fundamentals of Legal Argumentation* (Kluwer Academic Publishers, 1999). Traducido por SUPELANO, Alberto. 1ª ed. en español. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

Von FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter. *Tratado de derecho penal común vigente en Alemania*. Título original: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen, 1801). Traducción, de la 14ª edición alemana (Giessen, 1847), por ZAFFARONI, Eugenio Raúl; HAGEMEIER, Irma. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FIERRO, Guillermo J. *Legalidad y retroactividad de las normas penales: Fuentes del derecho. Legalidad en el Derecho tributario, procesal penal y aduanero*. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

FIGUERAS PÀMIES, Montserrat. *Filosofia del dret o nova teoria del dret?* Lleida: Edicions de la Universitat de Lleida, 2004, p.151.

FONTAN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal: Introducción y Parte General*. Actualizado por LEDESMA, Guillermo A. C. 16ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *La Filosofía del Derecho*. Título original en alemán: *Die Philosophie des Rechts in Historischer Perspektive* (1ª ed., 1955, Springer-Verlag, de Berlín, Gotinga y Heidelberg, para su Enzyklopädie der Rechts und Staats-Wissenschaft). 4ª reimpresión de 1ª ed. en español aumentada 1964. México Fondo de Cultura Económica, 1988.

FRISCH PHILIPP, Walter; GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. *Metodología Jurídica en Jurisprudencia y Legislación*. México D. F.: Porrúa, 1992.

FRISCH, Wolfgang. “Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal: Clasificación de las teorías de la pena, configuración material y exigencias en el Estado de Derecho”. *InDret*. 3/2007, pp. 1-52 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/450_es.pdf).

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. Título original: *Juger en Amérique et en France* (Odile Jacob, 2003). 1ª ed. en español. Bogotá: Legis, 2006.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [RECPC]. 2007, núm. 09-11, pp. 11:1-11:28 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>).

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “La prevención general en la determinación de la pena”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* [ADPCP]. t. XXXIV, fascículos II y III, Mayo-Diciembre 1981, pp. 511-522.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*. Barcelona: Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982.

GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Despenalización y privatización: ¿Tendencias contrarias? En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 191-200.

GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1981.

GARCÍA-BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa. “La controversia sobre el precedente judicial: Un clásico del Derecho en constante renovación”. *Foro*, núm. 4 (2006), pp. 127-152.

GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, Fernando. “Penas, distinciones y recompensas: Nuevas reflexiones en torno al Derecho Premial”. *Emblemata Revista Aragonesa de Emblemática* [ERAE], vol. XVI, N° 16 (2010), pp. 203-235.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3ª ed. actualizada, corregida y aumentada. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4ª ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. “El problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas: Una aproximación desde la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy”. En: VV.AA. OBANDO CABEZAS, Arístides (Compilador). *Problemas de Filosofía del Derecho: Hermenéutica y Argumentación*. Santiago de Cali: Universidad Libre, 2005, pp. 48-82.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del Juicio Jurídico*. México; Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1955.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. 23ª ed. revisada. México D. F.: Porrúa, 1974.

GARCÍA PÉREZ, Octavio. *La punibilidad en el Derecho Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

GARCÍA RIVAS, Nicolás. *El Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.

GARCÍA RUIZ, María del Pilar. “El Tribunal Supremo como mero órgano unificador de doctrina: la posible afectación de su garantía institucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 82, enero-abril 2008, pp. 119-179.

GAROFALO, Rafael. *Indemnización a las víctimas del delito*. Título original: *Riparazione alle vittime del delitto* (opúsculo, 1887). Traducción y estudio crítico de DORADO MONTERO, Pedro. Madrid: La España Moderna, s.f. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2002).

GAROFALO, Rafael. *El delito como fenómeno social*. Traducción LOMBARDÍA SÁNCHEZ, F. Madrid: La España Moderna, sf. (reimpresión, Pamplona (Navarra): Analecta-Editorial, 2004).

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; STANGELAND UTNE, Per; REDONDO ILLESCAS, Santiago. *Principios de Criminología*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARRIDO GENOVÉS, Vicente; ANYELA MORALES, Luz. *Psicópatas y otros delincuentes violentos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARRIDO MONTT, Mario. *El homicidio y sus figuras penales*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Conosur, 1994.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2001.

GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2003.

GARRIDO MONTT, Luis. *Derecho penal: Parte Especial*. 2ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. IV, 2002. [en Anexo I]

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos, 1993.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. “Igualdad y respeto al precedente”. *Derecho y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Año 1, n° 2, 1993-1994, pp. 211-228.

GASCÓN ABELLÁN, Marina Felicia. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales (enero-julio de 1992)”. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año 1, n° 1, 1993, pp. 445-460.

GEIGER, Theodor. *Estudios de Sociología del Derecho*. Título original: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (1964, Hermann Luchterhand Verlag GmbH., Neuwied am Rhein). Traducción de CAMACHO, Arturo; HIRATA, Guillermo; OROZCO, Ricardo. 1ª ed. en español. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1983.

GIL GIL, Alicia. “Prevención general positiva y función ético-social del derecho penal”. En: VV.AA. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 1ª ed. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 9-36.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “Valoraciones globales sobre el nuevo Código Penal”. En: VV.AA. ASÚA BATARRITA, Adela (ed.). *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995 (Celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996)*. *sine data*: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (f.a. 1997), pp. 17-30.

GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, Esther. “La mediación penal en dret comparat”. En: VV.AA. *La Mediación Penal*. 1ª ed. s.l.: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1999, pp. 87-106.

GINER, Salvador. *Sociología*. 1ª ed. (Nueva versión revisada y ampliada) [1ª ed. en Ediciones de Bolsillo, febrero de 1969]. Barcelona: Nexos, 1985.

GÓMEZ ADANERO, Mercedes. “El marco jurídico-político de las teorías contemporáneas de la justicia: El tránsito del Estado liberal al Estado social y la crisis de éste”. En: VV.AA. MUINELO COBO, José Carlos; MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, José Luis (Coords.). *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. 1ª ed. Madrid: 2006, pp. 89-107.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. *Teoría jurídica del delito: Derecho Penal: Parte General*. Reimpresión de Primera edición 1984. Madrid: Civitas, 1992.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [RECPC]*. 2006, núm. 08-05, pp. 05:1-05:27 (disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>).

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Actualización de la obra de Santiago Mir Puig *Derecho Penal, Parte General*, 8.ª edición, 2008, a la L.O. 5/2010, de modificación del Código Penal, que entra en vigor el 23-12-2010”. Barcelona: Reppertor, 2010, pp. 1-70.

GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar. “Fundamentación del arresto de fin de semana: Una valoración conceptual”. En: PÉREZ DEL VALLE, Carlos; GONZÁLEZ-RIVERO, Pilar; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *El arresto de fin de semana en la legislación española: Problemas de fundamentación en una perspectiva práctica y alternativas a la situación actual*. Madrid: Dykinson, 2002, pp. 43-58 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Nº 15).

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. 1ª ed. Valencia: Tiran lo Blanch, 2010, pp. 39-44.

GONZÁLEZ RUZ, Juan José. “Formas de homicidio (2): Asesinato, inducción y cooperación al suicidio y homicidio a petición, la eutanasia”. En: VV.AA. COBO DEL ROSAL, Manuel (Coord.). *Derecho Penal Español: Parte Especial*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las últimas reformas. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 93-120. [en Anexo I]

GONZÁLEZ TAPIA, María Isabel. *La prescripción en el Derecho Penal*. Madrid: Dykinson, 2003.

GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. “La pena de localización permanente (art. 37)”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ

CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 95-99.

GRACIA MARTÍN, Luis. “El Sistema de Penas”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 55-88.

GRACIA MARTÍN, Luis. “La pena de multa”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 167-221.

GRACIA MARTÍN, Luis; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. “Suspensión de la ejecución y sustitución de las penas privativas de libertad (II)”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 323-348.

GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “Extinción de la responsabilidad penal”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 385-426.

GRACIA MARTÍN, Luis. “Las medidas de seguridad y reinserción social”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes*

Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 427-490.

GRACIA MARTÍN, Luis. “Las consecuencias accesorias”. En: GRACIA MARTÍN, Luis (Coordinación). GRACIA MARTÍN, Luis; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. *Tratado de las Consecuencias Jurídicas del Delito: Adaptado a las Leyes Orgánicas 7/2003, de 30 de junio, 11/2003, de 29 de septiembre, 15/2003, de 25 de noviembre, y 1/2004, de 28 de diciembre; con un Anexo legislativo y documental sobre el sistema de consecuencias jurídicas del delito en el Derecho español.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 531-588.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Fundamentos de dogmática penal: Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal.* Barcelona: Atelier, 2006.

GRANERIS, Giuseppe. *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas.* Título original: *La Filosofia del Diritto nella sua storia e nei suoi problemi* (Desclee & C. Editori Pontifici, 1961). Traducción de WILLIAMS BENAVENTE, Jaime. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL. *Una propuesta alternativa al sistema de penas y su ejecución, y a las medidas cautelares personales.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Ana. “Penas privativas de derechos”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 101-106.

GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. “Artículos 93 a 105”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno.* 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 433-487. [en Anexo I]

HART, Herbert L. A. *El Concepto de Derecho.* Título original: *The Concept of Law* (Oxford University Press, 1961). Traducido por CARRIÓ, Genaro R. Reimpresión de 1ª ed. 1963. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

HART, Herbert L. A. *Post scriptum al concepto del derecho.* Título original: *Postscript* (Oxford University Press, 1994). Traducción de TAMAYO Y

SALMORÁN, Rolando. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción y notas de ZAPATERO ARROYO, Luis (pp. 1 a 215); MUÑOZ CONDE, Francisco (pp. 215 a 402). Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. “Sistema Jurídico y Codificación: La vinculación del Juez a la Ley”. Traducción de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 197-217.

HECK, *El problema de la creación del Derecho*. Título original: *Das problem der rechtsgewinnung*. Versión castellana de ENTENZA, Manuel. Prólogo de PUIG BRUTAU, José. Granada: Comares, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Rasgos fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Título original: *Grundlinien de Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Gruñidse*. Traducción de VÁSQUEZ, Eduardo. Madrid: Biblioteca Nueva, 2000.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Título original: *Staatslehre* (1934, A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. M., Leiden). Traducción de TOBÍO, Luis. 4ª reimpresión argentina de 1ª ed. en español 1942. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales* [Polít. crim.]. vol. 5, n° 9 (julio 2010), A. 5, pp. 207-236 (disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf).

HERRERO HERRERO, César. “La Prevención, principal vía realizadora de la Política Criminal”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco; KURY, Helmut; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*:

Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1237-1251.

Von HIRSCH, Andrew. *Censurar y Castigar*. Título original: *Censure and Sanctions* (Oxford University Press, 1993). Traducido por LARRAURI, Elena. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

Von HIRSCH, Andrew. “Retribución y prevención como elementos de justificación de la Pena”. En: VV.AA. ARROYO ZAPATERO, Luis; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adrián (Coords.). *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. 1ª ed. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp. 125-145.

Von HIRSCH, Andrew. “La prolongación de la pena para los delincuentes peligrosos”. En VV.AA. CID, José; LARRAURI, Elena (Coords.). *La delincuencia violenta ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 191-210.

HIRSCH, Hans Joachim. “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [ADPCP]*. t. XLVI, fasc. III, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 1099-1124.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la Pena y Culpabilidad: Notas sobre la Teoría de la Determinación de la Pena en Alemania*. Traducción de MARTÍNEZ, Santiago. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2003.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. “La fuerza vinculante del precedente judicial”. *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre 2006, pp. 193-205.

IGARTUA SALAVERRÍA, Ignacio. “El sometimiento del juez sólo a la ley (Por un enfoque post-positivista)”. En: VV.AA. RAMOS PASCUA, José Antonio; RODILLA GONZÁLEZ, Miguel Ángel (Eds.). *El Positivismo Jurídico a Examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*. 1ª ed. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2006, pp. 581-597.

Von IHERING, Rudolf. *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Traducción del alemán por BANZHAF, Tomás A. Concordada con la decimotercera edición alemana por SANTIAGO LUQUE, Mariano. Índices, analítico y onomástico, de MARTÍNEZ, Marcos G. Introducción de VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1987.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1995.

ITURRALDE SESMA, Victoria. *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 18-19.

JAÉN VALLEJO, Manuel. *Cuestiones básicas del derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Título original: *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipien*. Oder: *Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996 (Cuadernos de conferencias y artículos, N° 13).

JAKOBS, Günther. *Sobre la teoría de la pena*. Título original: *Zur Straftheorie* (manuscrito). Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. 1ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996 (Cuadernos de conferencias y artículos, N° 16).

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General: Fundamentos y teoría de la imputación*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (2ª ed., 1991, Walter de Gruyter & Co., Berlín). Traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis. 2ª ed. corregida. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo". Título original: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel. En: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del enemigo*. 1ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pp. 19-56.

JAKOBS, Günther. *La Pena Estatal: Significado y Finalidad*. 1ª ed. Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, 2006, pp. 83-182.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. completamente aumentada y corregida. Traducida por MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. Granada: Comares, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Título original: *Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker u. Humblot, 1996). Traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel. 5ª ed. renovada y ampliada. Granada: Comares, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito*. Reimpresión de 3ª ed. 1958. Buenos Aires: Abeledo-Perrot; Editorial Sudamericana, 1997.

JORGE BARREIRO, Agustín. “El sistema de sanciones: Las medidas de seguridad”. En: VV.AA. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann* Castelló de la Pana: Publicacions de la Universitat Jaume I, 1997.

KALINOWSKI, Georges. *Introducción a la lógica jurídica: Elementos de semiótica jurídica, lógica de las normas y lógica jurídica*. Título original: *Introduction a la logique juridique* (Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965). Traducido por CASAUBON, Juan A. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

KANT, Immanuel. *La Metafísica de las Costumbres*. 4ª ed. Traducción y notas de CORTINA ORTS, Adela; CONILL SANCHO, Jesús. Madrid: Tecnos, 2005.

KANT, Immanuel. *Teoría y Práctica: En torno al tópico: «Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la practica»*. Título original: *Über den Gemeinspruch: Das Mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793). Traducción de PÉREZ LÓPEZ, M. Francisco; RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto (traducido directamente de *Kant's gesammelte Schriften*, herausgegeben von der Königlich Preussischen Acadèmie der Wissenschaften, Walter de Gruyter, Berlín u. Leipzig, 1923, vol. VIII, pp. 273-313). En: KANT, Immanuel. *Teoría y Práctica*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 3-60.

KAUFMANN, Arthur. “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho”. Traducción de MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia; ROBLES MORCHÓN, Gregorio. En: VV.AA. KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Eds.); ROBLES, Gregorio (Ed. [ed. española]). *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Título original: *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* (C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg). 1ª ed. Madrid: Editorial Debate, 1992, pp. 47-141.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*. Traducido por VILLAR BORDA, Luis; MONTOYA, Ana María. Reimpresión de 1ª edición castellana 1999. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Título original: *Reine Rechtslehre* (zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien, 1960).

Traducción del original en alemán de VERNENGO, Roberto J. 1ª ed. en español. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1979.

KLUG, Ulrich. “Despedida de Kant y Hegel (*Una crítica jusfilosófica básica*)”. En: KLUG, Ulrich. *Problemas de la Filosofía y de la Pragmática del Derecho*. Traducción de MALEM SEÑA, Jorge. 1ª ed. Barcelona; Caracas: Editorial Alfa, 1989, pp. 29-34.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. *Culpabilidad y pena*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001.

KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos. “Artículos 12 y 13”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 187-227.

LABBÉE, Xavier. *Les critères de la norme juridique*. s.l: Presses Universitaires de Lille, 1994.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. *El nuevo Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

LAPORTA, Francisco J. “La fuerza vinculante de la jurisprudencia y la lógica del precedente”. En: FERRERES COMELLA, Víctor; XIOL RÍOS, Juan Antonio. *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 1ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

LATORRE, Ángel. *Introducción al Derecho*. 11ª ed. Barcelona: Ariel, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Título original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del Derecho*. 3ª ed. revisada y aumentada. Barcelona: Bosch, 1972.

LESCH, Heiko Hartmut. *La función de la pena*. Traducción de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. Madrid: Dykinson, 1999 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 4).

LEYRET, Henry. *Las sentencias del Magistrado Magnaud*. Versión castellana, prólogo y notas, DÍEZ ENRÍQUEZ, Dionisio. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1909.

Von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por SALDAÑA, Quintiliano. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, t. I, s.f.

Von LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Traducido de la 20ª edición alemana por JÍMENEZ DE ASÚA, Luis, y adicionado con el Derecho Penal en España por SALDAÑA, Quintiliano. 3ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, t. II, s.f.

Von LISZT, Franz. *La idea de fin en el Derecho penal*. 1ª reimpresión (1ª ed. EDEVAL, Valparaíso (Chile): 1984). México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

LOMBROSO, César. *Los criminales*. Bogotá: Leyer, s.f. (f.a. 2005).

LÓPEZ GUERRA, Luis. “La legitimidad democrática del juez. *Cuadernos de Derecho Público*, N° 1, Mayo-Agosto 1997, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, pp. 43-76.

LUZÓN CUESTA, José María. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Madrid: Dykinson, 1992.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Medición de la pena y sustitutivos penales*. Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979.

LLORCA ORTEGA, José. *Manual de determinación de la pena*. 6ª ed. corregida y aumentada con las leyes reformadoras del Código Penal y la doctrina jurisprudencial emitida hasta 1 de mayo de 2004. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

MADLENER, Kart. “La Reparación del daño sufrido por la víctima y el Derecho Penal”. En: VV.AA. *Estudios de Derecho Penal y Criminología (En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa)*. 1ª ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, t. II, 1989, pp. 9-32.

MAGARIÑOS, Mario. “Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena”. En: VV.AA. *Determinación judicial de la pena*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1983, pp. 71-86.

MALEM SEÑA, Jorge F. *El error judicial y la formación de los jueces*. 1ª ed. Barcelona: Gedisa, 2008.

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias

atenuantes de la responsabilidad penal?: Informe en Derecho 02-2009, Santiago de Chile: Defensoría Penal Pública Departamento de Estudios, 2009, pp. 1-46 (disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/3767-2.pdf>). [en Anexo I]

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español*. Barcelona: Bosch, 1983.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Teoría de la pena”. En: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, pp. 29-57.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 4ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, 2005.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. “Las penas accesorias o la accesoriedad punitiva”. *Revista de Estudios Penitenciarios [REP]. Extra* (2006), pp. 59-74.

MAQUEDA ABREU, María Luisa. “1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”. En: VV.AA. DE HOYOS SANTOS, Monserrat (Dir.). *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2009, pp. 39-52.

MARCUELLO SERVÓS, Chaime; GARCÍA MARTÍNEZ, Jesús. “La cárcel como espacio de de-socialización ciudadana: ¿fracaso del sistema penitenciario español? *Portularia*. Vol. XI, N° 1 (2011), pp. 49-60 (disponible en: <http://hdl.handle.net/10272/4923>).

MARIN CASTÁN, María Luisa. “La figura del juez en el Sistema Jurídico inglés”. En: VV.AA. LÓPEZ MORENO, Ángeles (coord.). *Teoría y práctica en la aplicación e interpretación del Derecho*. Madrid: Colex, 1999, pp. 171-191.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, Elena B. “La individualización de la pena. Extinción de la responsabilidad criminal. Otras consecuencias jurídicas derivadas del delito”. En: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las recientes reformas penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 901-927.

MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Notas sobre la tutela provisional en el Derecho inglés: Especial referencia a la freezing o mareva injunction”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XIII, diciembre 2002, pp. 207-223 (disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revi/der/v13/art13.pdf>).

MÁRQUEZ PIÑEIRO, Rafael. *El Sistema Jurídico de los Estados Unidos de América*. 1ª ed. México Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

MARTÍN OVIEDO, José María. *Formación y Aplicación del Derecho (Aspectos actuales)*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1972.

MARTÍNEZ GUERRA, Amparo. *Nuevas tendencias políticocriminales en la función de las medidas de seguridad: Su repercusión en la regulación española* Madrid: Dykinson, 2004 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 22).

MARTÍNEZ PARDO, Vicente José. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Internauta de Práctica Jurídica [RIPJ]*. núm. 26 (2011), pp. 61-78 (disponible en: http://www.ripi.com/art_jcos/art_jcos/num26/26-3-vicpar.pdf).

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Presente y futuro del sistema de penas chileno”. *Cuadernos Judiciales*, N° 6, 2002, pp. 30-59.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre; van WEEZEL, Alex. “Artículos 50 a 73”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 323-382.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Artículos 74 a 78”. En: VV.AA. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; ORTIZ QUIROGA, Luis (Dirs.). MATUS ACUÑA, Jean Pierre (Coord.). *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*. 1ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2003, pp. 383-407.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Informe sobre el proyecto de ley que establece la responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica, mensaje N° 018-357/”. *Ius et Praxis*. vol. 15, núm. 2, 2009, pp. 285-306.

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Ensayo sobre el sentido y finalidad de las penas privativas de libertad”. *Diritto Penale Contemporaneo [DPC]*. 1/2002, pp. 32-42.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general: Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband 1, *Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* (C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heildelberg, 7. Auflage, 1987). Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge; AIMONE GIBSON, Enrique. Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994.

MELÉNDEZ SÁNCHEZ, Felipe Luis. “El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de género”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco; KURY, Helmut; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dir.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1253-1259.

MERA FIGUEROA, Jorge. “Convicciones de los jueces y precedentes: La ardua tarea en la construcción de estándares para la uniforme aplicación del Derecho Penal”. En: MERA FIGUEROA, Jorge; CASTRO M., Álvaro. *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema*. 3ª ed. Santiago de Chile: Lexis Nexis, 2007, pp. 1-96 (prólogo).

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: Parte General. (Libro de Estudio)*. Título original: *Strafrecht - Ein Studienbuch*. Traducido de la 6ª ed. alemana 1955 por FINZI, Conrado. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. 1ª ed., Barcelona: Ariel, 1994.

MIR PUIG, Santiago. “Principio de Proporcionalidad y fines del Derecho Penal”. En: VV.AA. ECHANO BASALDÚA, Juan I. (Coord.). *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 349-366.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2004.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2ª ed. (reimpresión). Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, Pena y Delito*. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2006.

MOCCIA, Sergio. *El Derecho Penal entre Ser y Valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Título original: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione Della pena e sistematica teleologica* (Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992). Traducción de BONNANO, Antonio. 1ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003.

MODUGNO, Franco. *Teoría de la Interpretación Jurídica*. Título original: *Appunti dalle lezioni di Teoria dell'Interpretazione* (1ª ed., 1998, Casa Editrice Dott). 1ª ed. México D. F.: Fundap, 2004.

MONCLÚS MASÓ, Marta. “Hacia una política criminal diferenciada para los extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”. En: VV.AA. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 330-348.

MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel. “El quebrantamiento de penas o medidas de protección a las víctimas de la violencia doméstica. ¿Responsabilidad penal de la mujer que colabora o provoca el quebrantamiento?”. *InDret*. 4/2007, pp. 1-26 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/477_es.pdf).

MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional*. 10ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, t. III, 2001.

MONTERO SOLER, Alberto; TORRES LÓPEZ, Juan. *La economía del delito y de las penas. Un análisis crítico*. Granada: Comares, 1998.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *El Espíritu de las Leyes*. Traducido por GARCÍA DEL MAZO, Siro. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1906.

MORAL SORIANO, Leonor. *El precedente judicial*. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2002.

MORINEAU, Marta. *Una Introducción al Common Law*. 2ª reimpresión de 1ª ed. 1998. México Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2004.

MORRIS, Charles G. *Psicología: Un Nuevo Enfoque*. Título original: *Psychology an Introduction* (1990, Prentice-Hall Inc.) Traducción (de la séptima edición en inglés) por CUEVAS MESA, Guillermina. 2ª ed. en español. México D. F.: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1992.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal y Control Social*. Jerez: Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Excurso: Incapacitación: La pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado”. En: VV.AA. DE LEÓN VILLALBA, Francisco Javier (Coord.). *Derecho y prisiones hoy*. Cuenca: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha, 2003, pp.13-24.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal: Parte General*. 7ª ed. revisada y puesta al día. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

NEUMAN, Elías. “Cárcel, Derechos Humanos y Neoliberalismo”. En: VV.AA. MESSUTI, Ana; SAMPEDRO ARRUBLA, Julio Andrés (Compiladores). *La Administración de Justicia: En los albores del Tercer Milenio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2001, pp. 187-211.

NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal”. En: VV.AA. NIETO MARTÍN, Adán; MEJÍA PATIÑO, Omar A. (Eds.). *Estudios de Derecho Penal Económico*. Ibagué: Universidad de Ibagué, Universidad de Castilla-La Mancha, 2009, pp. 171-204.

NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. *Revista Xurídica Galega*. n° 63 (2009), pp. 44-70.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 12ª reimpresión de 2ª ed. ampliada y revisada 1980, Buenos Aires: Astrea, 2003.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “La sentencia constitucional en Chile: aspectos fundamentales sobre su fuerza vinculante”. *Estudios Constitucionales*, Año 4, n° 1, 2006, pp. 97-124.

NOVALVOS Y PÉREZ-ACEVEDO, Manuel. *Elementos prácticos para una Teoría General del Derecho*. Madrid, 1979.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2005.

NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, t. II, 2005.

NUÑEZ, Ricardo C. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. Actualizada. Córdoba: Marcos Lerner Editora Córdoba, 1999.

OLLERO TASSARA, Andrés. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

OVALLE FAVELA, José. “Tradiciones jurídicas y proceso civil: sentencia, precedente y Jurisprudencia”. En: VV.AA. CORREA RESTREPO, Lorenza (Ed.). *Nuevas tendencias del Derecho procesal constitucional y legal*. 1ª ed. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín, 2005, pp. 43-70.

PACHECO, Joaquín Francisco. *El Código Penal: Concordado y comentado*. 5ª ed. corregida y aumentada. Madrid: Imprenta y fundición de Manuel Tello, t. I, 1881.

PACHECO GÓMEZ, Máximo. *Teoría del Derecho*. 5ª ed. actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y razón*. Versión castellana de GARZÓN VALDÉS, Ernesto. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2000. México D.F.: Fontamara, 2003.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. 1ª ed. Lund: Springer, 2008.

PEGORARO, Lucio; RINELLA, Angelo. *Las fuentes en el Derecho comparado (con especial referencia al ordenamiento constitucional)*. Título original: *Le fonti nel diritto comparato* (G. Giappichelli Editore-Torino, 2000). Traducido por LEÓN, Marta (Prefacio); BERZOSA, Daniel (caps. I, II y supervisión), DELGADO, Jhoana (cap. III). 1ª ed. Lima: Grijley, 2003.

PERELMAN, Chaim. *De la Justicia*. Título original: *De la Justice* (Université Libre de Bruxelles, 1945). Traducción de GUERRA, Ricardo. 1ª ed. en español. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado de la Argumentación: La nueva Retórica*. Título original: *Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique* (5ª ed. [Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruselas, 1989]). Traducción de SEVILLA MUÑOZ, Julia. Madrid: Gredos, 1989.

PERELMAN, Chaim. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Título original: *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique* (Jurisprudence Generale Dalloz, París, 1976). Traducción de DÍEZ-PICAZO, Luis. Reimpresión de 1ª ed. 1979. Madrid: Civitas, 1988.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Estudios sobre los fundamentos del Derecho penal*. Madrid: Dykinson, 2007 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 30).

PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación*

subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1988.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. “Fundamento y fines del Derecho Penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia”. *InDret*. 1/2011, pp. 1-40 (disponible en: <http://www.indret.com/pdf/818.pdf>).

PERLMAN, Daniel; COZBY, P. Chris. *Psicología Social*. Título original: *Social Psychology* (1983, by Holt, Rinehart and Winston). Traducción y adaptación de la primera edición en inglés de SOTO SUÁREZ, Julia Norma. 1ª ed. en español. México Interamericana, 1988.

PETIT, Eugène. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducido de la Novena edición Francesa por RODRÍGUEZ CARRASCO, Manuel. Buenos Aires: Editorial Araujo, 1943.

PICA URRUTIA, René. *Reglas para la aplicación de las penas*. 3ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 1997.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. “La medida de seguridad: concepto, fundamento y fines”. En: SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos (Coord.). SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos; JUDEL PRIETO, Ángel; PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 3ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson-Civitas, t. I, 2005, pp. 493-510.

PITT, Gwyneth. “La aplicación de la Ley dentro de la tradición del Common Law”. Título original: *Law application in the Common Law tradition*. En: VV.AA. *La crisis del Derecho y sus alternativas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 37-69.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Metódica Jurisprudencial en el Derecho Penal”. En: POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Estudios Penales* (Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Sección Delegada de la Universidad de Córdoba, Colección Estudios Criminológicos, Serie Minor, nº 6), 1988, Córdoba: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, pp. 17-52.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho penal: Parte general*. 5ª ed. actualizada. Barcelona: Bosch, t. I, 2004.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre; RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal: Parte Especial*. 2ª ed. actualizada. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005. [en Anexo I]

POPPER, Karl R. “El principio de racionalidad” (1967). En: POPPER, Karl R. *Escritos Selectos*. Título original: *Popper Selections* [publicado antes como *A Pocket Popper*, Fontana Paperbacks. Londres, 1983]. Traducción de MADERO BÁEZ, Sergio René. MILLER, David (Compilador). 1ª ed. en español. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 384-392.

POUND, Roscoe. *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Título original: *Interpretation of Legal History*. Traducción y estudio preliminar, de la edición americana de 1946, de PUIG BRUTAU, José. Barcelona: Ariel, 1950.

PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Las consecuencias jurídicas del delito (Análisis de la doctrina Tribunal Constitucional)*. Madrid: Dykinson, 2003 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 16).

PRAT WESTERLINDH, Carlos. *Alternativas a la prisión: Comentarios a las reformas introducidas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 11/2003 y 7/2003* Madrid: Dykinson, 2004 (Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, N° 20).

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*. Lima: Palestra; Bogotá: Temis, 2005.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Nauta, t. I, vol. I, 1959.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal: Parte General*. 5ª ed. Barcelona: Ediciones Nauta, t. II, vol. II, 1959.

QUERALT, Joan J. “El nuevo derecho penal vial: generalidades críticas”. En: VV.AA. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.). CARDENAL MONTRAVETA, Sergi (Coord.). *Seguridad Vial y Derecho penal: Análisis de la LO 15/2007, que modifica el Código penal en materia de Seguridad Vial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 63-71.

QUIJANO FERNÁNDEZ, Álvaro. *La jurisprudencia ante la Constitución: El precedente judicial*. Santiago de Chile: Editorial Alfonso X, 2000.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “Economía e instrumentos represivos”. *Papers: Revista de Sociología*, n° 13 (1980), pp. 197-214 (disponible en: <http://ddd.uab.cat/pub/papers/02102862n13/02102862n13p197.pdf>).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín; PRATS CANUT, Miguel. *Curso de Derecho Penal: Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*. 1ª ed. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. *Parte General del Derecho Penal*. 1ª ed. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi; Thomson, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “El delincuente violento y la función de la pena de prisión”. *Revista de l’Institut Universitari d’Investigació en Criminologia i Ciències Penales de la Universitat de Valencia [ReCrim]*, 2009, pp. 169-183 (disponible en: <http://www.uv.es/recrim/recrim09/recrim09a02.pdf>).

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. “La nueva regulación de la prescripción del delito (arts. 131, 132 y 133)”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 169-180.

RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho* (Conferencias y artículos seleccionados sobre cuestiones fundamentales del derecho). Traducción de DEL CAMPO, Aníbal. Buenos Aires: Depalma, 1980.

RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología: Estudio de las diversas penas y medidas de seguridad*. 1ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa, 1995.

RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. “La frustración en delitos de mera actividad a la luz de determinadas sentencias”. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [RDPUCV]*. 2005. XXVI-I, pp. 133-141. [en Anexo I]

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Título original: *A Theory of Justice* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1971). Traducción de GONZÁLEZ, María Dolores. 6ª reimpresión de 2ª ed. en español 1995. México Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 65.

RAZ, Joseph. *La Autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y Moral*. Título original: *The Authority of Law Essays on Law and Morality* (Clarendon Press. Oxford, 1979). Traducción y notas de TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

REALE, Miguel. *Introducción al Derecho*. Título original: *Leções preliminares de Direito*. 10ª ed. (corregida y aumentada según la vigésima primera edición brasileña, São Paulo. Ed. Saraiva, 1993). Madrid: Ediciones Pirámide, 1993.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. *Jurisdicción e independencia judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, núm. 29, mayo-agosto 1990, pp. 223-240.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. “Amnistía e indulto en el constitucionalismo histórico español”. *Historia Constitucional*, N° 2 (2001), pp. 81-106 (disponible en: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/121/105>).

RICASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 12ª ed. México D. F.: Editorial Porrúa, 1997.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. “Elementos para una aproximación epistemológica”. En: VV.AA. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. 1ª ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2005, pp. 15-44.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. “Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en Derecho Público: Reconsideración de las Sentencias como fuente del Derecho”. *Revista de Administración Pública*, núm. 157, Enero-abril 2002, pp. 89-118 (disponible en: <http://www.cepc.es/revistas/revistas.aspx?IDR=1&IDN=155&IDA=24417>).

ROCA AGAPITO, Luis. *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*. Barcelona: Bosch, 2007.

ROCCO, Arturo. *Cinco estudios sobre Derecho Penal*. Título original: *Scritti giuridici* (Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1932). Traducción de NESPRAL, Bernardo. 1ª ed. en castellano. Montevideo; Buenos Aires: B de f, 2003.

RÖDER, Carlos David Augusto. *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*. Traducido por GINER DE LOS RÍOS, Francisco. 3ª ed. revisada y corregida. Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1876.

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. *Las justificaciones de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*.

Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacions e Intercambio Científico, 2003.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal Español: Parte general*. Reimpresión de 13ª ed. 1990 (revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Alfonso). Madrid: Dykinson, 1990.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*. Barcelona: Bosch, 1986.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis; DE LA FUENTE HULAUD, Felipe. “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”. *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso [RDUCV]*, vol. XIII, 1989-1990, pp. 125-153.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal: Parte General*. 1ª reimpresión 1978. Madrid: Civitas, 1978.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. “El cambio de la jurisprudencia y los instrumentos procesales para su modificación o consolidación: Un caso práctico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 2, 2004, pp. 389-394 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2650472.pdf>).

ROSS Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.

ROXIN, Claus. *Problemas básicos del derecho penal: sentido y límites de la pena estatal*. Traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Madrid: Reus, 1976.

ROXIN, Claus. “La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena”. Título original: *Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke* (en *Lebendiges Strafrecht, Festgabe für Hans Schultz*, Berna, 1977). En: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco. Madrid: Reus, 1981, pp. 93-113.

ROXIN, Claus. “Prevención y determinación de la pena”. Título original: *Prävention und Strafzumessung* (en *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70 Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pp. 183 y ss.). En: ROXIN, Claus. *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal*. Traducción, introducción y notas de MUÑOZ CONDE, Francisco. Madrid: Reus, 1981, pp. 115-145.

ROXIN, Claus; ARTZ, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*. 1ª ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)*. Título original: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. (Auflage Beck, München: 1994). Traducción de la 2ª ed. alemana y notas de LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; DE VICENTE REMESAL, Javier. 1ª ed. Madrid: Civitas, t. I, 1997.

ROXIN, Claus. *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal*. Traducción de GÓMEZ RIVERO, Carmen; GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus. “Transformaciones de la teoría de los fines de la pena”. En: VV.AA. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales (Homenaje al profesor Claus Roxin)*. Córdoba: Lerner, s.f. (f.a. 2002), pp. 211-226.

ROXIN, Claus. “Problemas actuales de la política criminal”. En: VV.AA. DÍAZ ARANDA, Enrique (Ed.). *Problemas fundamentales de política criminal y derecho penal*. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2001. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, pp. 87-105.

RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, Covadonga. “Nota sobre la privación de la patria potestad en el anteproyecto de modificación del Código Penal”. *InDret*. 2/2009, pp. 1-11 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/633_es.pdf).

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. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005.

RUIZ VADILLO, Enrique. “Apuntes sobre el perfil del juez penal en cuanto creador de la sentencia”. *Eguzkilore*. Número Extraordinario 13, marzo 1999, pp. 149-163.

SALINERO ALONSO, Carmen. “El sistema de penas en el Código Penal de 1995”. *Jueces para la Democracia*. N° 30, noviembre 1997, pp. 68-78.

SALVO ILABEL, Nelly. “Principales Aspectos de la Nueva de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Chile (Ley N° 20.393)”. En: VV.AA. PIETH, Mark; IVORY, Radha (Eds.). *Corporate Criminal Liability: Emergence, convergence and risk*. Dordrecht; Heidelberg; London; New York: Springer, 2011, pp. 289-311.

SÁNCHEZ CONCHEIRO, María Teresa. *Para acabar con la prisión: La mediación en el Derecho Penal. Justicia de proximidad*. 1ª ed. Barcelona: Icaria, 2006.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. “Una lectura crítica de la Ley de indulto”. *InDret*. 2 (2008), pp. 1-32 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/527_es.pdf).

SANTANA VEGA, Dulce María. “Arts. 66-79”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 190-213.

SANTANA VEGA, Dulce María. “Arts. 638-639”. En: VV.AA. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; MIR PUIG, Santiago (Dirs.). *Comentarios al Código Penal (Reforma LO 5/2010)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 1193-1194.

SANZ MORÁN, Ángel José. “Medidas de seguridad y de corrección en el Código penal”. En: SANZ MORÁN, Ángel José; TORIO LÓPEZ, Ángel (Dirs.). *Revista de Derecho Penal*. nº 1. Valladolid: Lex Nova, 2000, pp. 29-47.

SANZ MORÁN, Ángel José. *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*. 1ª ed. Valladolid: Lex Nova, 2003.

SANZ MORÁN, Ángel José. “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco *et al.* (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1085-1101.

SARTOR, Giovanni. “Il precedente giudiziale”. *Bozza*, pp. 234-275 (recibido por correo electrónico directamente del autor el 24/12/2009; disponible también en: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/g Sartor1996_precedenti_contimpr.pdf).

SCHÜNEMANN, Bernd. “La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo”. En: VV.AA. SCHÜNEMANN, Bernd (compilador). *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales (Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario)*. Título original: *Grundfragen des modernen Strafrechtssystem* (Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1984). Introducción, traducción y notas de SILVA SÁNCHEZ Jesús-María. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 147-178.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sobre la interpretación del Derecho*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacions e Intercambio Científico, 2003.

SEGURA ORTEGA, Manuel. *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006.

SEPÚLVEDA OSSES, Jaime. “Consideraciones para un planteamiento integral del problema de las lagunas jurídicas en el Ordenamiento jurídico”. *Anuario de Derecho Administrativo*, t. I, 1975/1976, Santiago de Chile: Ediciones Revista de Derecho Público Universidad de Chile, pp. 35-49.

SERRANO, José Luis. *Validez y vigencia: La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*. Madrid: Trotta, 1999.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *Derecho Penal: Parte Especial*. 8ª ed. Madrid: Dykinson, 2003.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Ensayo sobre el Derecho Penal como Ciencia: Acerca de su construcción*. Madrid: Dykinson, 2000.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *Introducción a la criminología*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María; FELIP I SABORIT, David; ROBLES PLANAS, Ricardo; PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La ideología de la Seguridad en la legislación penal española presente y futura”. En: VV.AA. DA AGRA, Cándido *et al.* (Eds.). *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*. Barcelona: Atelier, 2003, pp. 113-135.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales*. 2ª ed. revisada y ampliada. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”. *InDret*. 2/2007, pp. 1-15 (disponible en: http://www.indret.com/pdf/426_es.pdf).

SODERO, Eduardo. “Sobre el cambio de los precedentes”. *Isonomía*, n° 21, Octubre 2004, pp. 217-251.

SORIA VERDE, Miguel Ángel; GONZÁLEZ MONAR, Ana Belén. “La Psicología penitenciaria: evaluación de penados y tratamiento de delincuentes violentos”. En: SORIA VERDE, Miguel Ángel; SÁIZ ROCA, Dolores. *Psicología Criminal*. Madrid: Pearson Educación, 2005, pp. 221-244.

SOROKIN, Pitrim A. *Sociedad, Cultura y Personalidad: su estructura y su dinámica*. Título original: *Society, Culture and Personality: their structure and dynamics* (Casa Editorial Harper & Brothers Publishers, Nueva York y Londres). Traducción de DEL CAMPO, Aníbal. 2ª ed. Madrid: Aguilar, 1962.

SPOHN, Cassia Cathleen. *How do judges decide?: the search for fairness and justice in punishment*. 1ª ed. California; London; New Delhi: Sage Publications, 2002.

SQUELLA NARDUCCI, Agustín. *Introducción al Derecho*. Reimpresión de 1ª ed. 2000. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal: Parte general I: El hecho punible*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. I. Die Straftat* (4., völlig neu bearbeitete Auflage Carl Heymanns Verlag. Köln, Berlin, Bonn, München, 2000). Traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel; SANCINETTI, Marcelo A. 4ª ed. totalmente reelaborada. Hammurabi: Buenos Aires, 2005.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. *La Reparació a la Víctima en el Dret Penal: Estudi i crítica de les noves tendències político-criminals*. 1ª ed. s.l.: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993.

TAMARIT SUMALLA, Josep María. “La Victimología”. En: TAMARIT SUMALLA, Josep María; VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2006, pp. 29-91.

TARUFFO, Michele. *El vértice ambiguo: Ensayos sobre la Casación Civil*. Título original: *Il vértice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile* (Il Mulino, Bologna, 1991). Traducción de MONROY PALACIOS, Juan J.; MONROY GÁLVEZ, Juan F. 1ª reimpresión de 1ª ed. 2005. Lima: Palestra, 2006.

TARUFFO, Michele. “Precedente e Giurisprudenza”. En: VV.AA. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coords.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en*

Homenaje a Héctor Fix-Zamudio como investigador del Derecho. 1ª ed. México Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional; Marcial Pons, t. V (Juez y Sentencia Constitucional), 2008, pp. 795-810.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Teoría de las Pena”. En: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, pp. 29-53.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. “Extinción de la responsabilidad criminal”. En: MAPELLI CAFFARENA, Borja; TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1996, pp. 221-233.

TROPER, Michel. *La filosofía del derecho*. Título original: *La philosophie du droit* (Presses Universitaires de France, 2003). Traducido por GARCÍA-BERRIO, M.ª Teresa. Madrid: Tecnos, 2004.

TUNC, André; TUNC, Suzanne. *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. Traducción de ELOLA, Javier. 1ª ed. México D. F.: Imprenta Universitaria (Universidad Nacional Autónoma de México Dirección General de Publicaciones), 1957.

URRUELA MORA, Asier. *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad: Especial consideración de las consecuencias jurídico-penales aplicables a sujetos a efectos de anomalía o alteración psíquica*. Granada: Comares, 2009.

VALEIJE ÁLVAREZ, Inma. “La regulación de las penas accesorias en el Código Penal de 1995”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales [ADPCP]*. t. LX, 2007, pp. 243-276.

VARONA GÓMEZ, Daniel. “La reforma de las penas no privativas de libertad (LO 15/2003): ¿Un paso adelante en el sistema de penas alternativas a la prisión?”. *Revista Española de Investigaciones Criminológicas [REIC]*. n° 2 (2004), pp. 1-14 (disponible en: <http://www.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004art4.pdf>).

VÁSQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho Procesal Penal. (La realización penal)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. II, 1997.

VERNENGO, R. J. *La Interpretación Jurídica*. 1ª ed. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *La Eficacia Retroactiva de los Cambios Jurisprudenciales*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Penas accesorias”. En: VV.AA. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 115-119.

VIVES ANTÓN, T. S. “Tribunales de justicia y jurisprudencia constitucional”. *Revista Poder Judicial [RPJ]*. núm. 2, junio 1986 (2ª época), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-13.

Van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 3, 1997, pp. 459-502 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649928.pdf>).

Van WEEZEL DE LA CRUZ, Alex. “Determinación de la Pena Exacta: El Artículo 69 del Código Penal”. *Ius et Praxis*, Año 7, N° 2, 2001, pp. 401-407.

WELSEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Traducción por FONTÁN BALESTRA, Carlos, con la colaboración de FRIKER, Eduardo. Buenos Aires: Depalma, 1956.

WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: Parte General* (11ª ed.). Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio. Reimpresión de 4ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducido por AZURZA, Arantxa. Reimpresión de 1ª ed 1985. Madrid: Civitas, 1988.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. Traducido por EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. 2ª reimpresión de 1ª ed. 2001. México D. F.: Fontamara, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal: Parte General*. 1ª ed. Buenos Aires: Ediar, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, t. I, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*. Traducción de GASCÓN, Marina. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la Política Criminal*. Título original: *Kriminalpolitik: Eine Einführung in die Grundlagen* (C. F. Müller, Grossdruckerei und Verlag GMBH, Karlsruhe, 1973). Traducido por IZQUIERDO MACÍAS-PICAVEA, Miguel. 1ª ed. en español. s.l.: Edersa, 1979.

ZIPF, Heinz. “Las consecuencias jurídicas del hecho”. En: MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz. *Derecho penal: Parte general: Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*. Título original: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat* (C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg, 7. Auflage, 1989). Traducción de la 7ª edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge. Buenos Aires: Astrea, t. II, 1995, pp. 611-978.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos del Derecho Penal*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La legitimación del Derecho Penal: las teorías de la pena”. En: VV.AA. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. (Dir.). PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. revisada y puesta al día con las recientes reformas penales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 47-70.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Contrarreforma penal (El *Annus Horribilis* de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”. En: VV.AA. BUENO ARÚS, Francisco; KURY, Helmut; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis; ZAFFARONI, Eugenio Raúl (Dirs.). GUZMÁN DÁLBORA, José Luis; SERRANO MAÍLLO, Alfonso (Eds.). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal: Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 1347-1382.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español”. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico (CIIDPE), pp. 1-36 (disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>).

