

# EL PAPEL DEL INJUSTO EN EL SISTEMA DE INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESPAÑOL: EL DELITO DE MALVERSACIÓN COMO MUESTRA

GRADO EN DERECHO  
FACULTAD DE DERECHO DE DONOSTIA  
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO  
2017 – 2018

eman ta zabel zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

Trabajo realizado por LOREA LÓPEZ CORANTI  
Dirigido por ENARA GARRO CARRERA

# ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL .....	6
III. EL PROCESO DE CONCRECIÓN DE LA PENA .....	11
A. Fases de la concreción legal de la pena.....	11
a. Teoría General del Delito .....	12
b. Concreción legal de la pena.....	14
B. Individualización judicial de la pena .....	20
a. Concepto y evolución histórica.....	20
b. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal .....	24
IV. PRINCIPIOS CONDICIONANTES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA .....	27
A. Principio de proporcionalidad.....	27
B. Principio de legalidad y principio de jurisdiccionalidad.....	29
C. Principio acusatorio .....	31
V. FACTORES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	32
A. Culpabilidad, antijuridicidad e injusto.....	33
B. Factores de la individualización judicial de la pena.....	36
a. Gravedad del hecho.....	37
b. Circunstancias personales del reo.....	40
VI. PROPUESTA DE MODELO DE CUANTIFICACIÓN DEL INJUSTO .....	43
A. Sentencias de la AP de Vizcaya y del TSJ de Islas Baleares.....	45
B. Injusto objetivo <i>ex ante</i> .....	48
C. Injusto objetivo <i>ex post</i> .....	49
D. Injusto subjetivo.....	50
VII. CONCLUSIONES.....	51
BIBLIOGRAFÍA .....	54

## ABREVIATURAS

Art.	<i>Artículo</i>
Arts.	<i>Artículos</i>
AP	<i>Audiencia Provincial</i>
CE	<i>Constitución Española</i>
Coord.	<i>Coordinado (por)</i>
CP	<i>Código Penal</i>
Eds.	<i>Editores/as</i>
LECrim	<i>Ley de Enjuiciamiento Criminal</i>
Pág.	<i>Página</i>
Pp.	<i>Páginas</i>
Párr.	<i>Párrafo</i>
STS	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
TSJ	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>
TS	<i>Tribunal Supremo</i>

# I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es conocer la actividad que el órgano jurisdiccional lleva a cabo en concreción de la pena del caso particular, que considero, por su naturaleza, de gran trascendencia. La decisión judicial a cerca de qué pena imponer al autor del hecho delictivo se acota, en primer lugar, con los márgenes legales establecidos en las penas abstractas atribuidas a cada delito en concreto; en segundo lugar, en caso de que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad penal (artículos 21, 22 y 23 del Código Penal, en adelante *CP*), dicho margen legal se vería acotado, también legalmente, por las reglas de aplicación de las penas del artículo (en adelante, *art.*) 66 del mismo cuerpo legal, que obligan al órgano judicial a imponer la pena superior o inferior en grado, o la mitad superior o inferior de la ofrecida en abstracto por el precepto del tipo delictual.

En tanto el resultado de tales operaciones siempre arroja como resultado una horquilla temporal, en este momento, el juez competente, goza de discrecionalidad en orden a obtener una pena concreta a aplicar en el supuesto particular. Si bien es cierto que dicha discrecionalidad es “reglada” en tanto el juzgador, por imperativo constitucional, ha de motivar todas y cada una de sus resoluciones de forma preceptiva, es posible encontrar resoluciones, como las que serán vistas con posterioridad, que aunque poseen circunstancias diversas en torno al delito de malversación de caudales públicos, en concurso medial con el de prevaricación administrativa, arrojan como resultado una equivalente consecuencia jurídica que, a pesar de estar argumentada conforme a derecho en una de las resoluciones, en la otra se carece de motivación para la no aplicación de la regla del artículo 77.3 CP, tal y como reconocerá el Tribunal Supremo en sede de casación.

Siguiendo a Silva Sánchez y por los motivos citados, un buen método de acercar a nuestro ordenamiento judicial al abstracto concepto de “pena justa”, en orden a cumplir en mayor y mejor medida la garantía a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 de la Constitución Española (en adelante *CE*), sería llevar a cabo una categorización del injusto, que será desarrollada en su momento. Ello sin pretender llegar a una regulación sofocante, ya que, citando a Gallego Díaz, “*Si se deja escaso margen la juez existe el*

*riesgo de infringir los principios de justicia y proporcionalidad, en la medida en que no se permita tener debidamente en cuenta las diferencias entre dos hechos distintos<sup>1</sup>.*”

Como diría Demetrio Crespo, la problemática del sistema de la individualización judicial de la pena parte del estudio del arbitrio judicial y del análisis de las vinculaciones jurídicas del juez en el ejercicio del arbitrio. Por ello, es importante tener presente que este no supone una libertad absoluta, sino que revela la obligación del juez a la elección de la pena adecuada al caso concreto, cosa que sin el margen correspondiente a su arbitrio no sería posible.

De ello deriva la obligación de los jueces y Tribunales de motivar las sentencias penales, hecho que constituye una garantía procesal, en tanto es un derecho fundamental de las personas que deriva del art. 24 CE. La motivación evita la arbitrariedad de la resolución al demostrar cuál es el fundamento racional, fáctico y jurídico de la decisión judicial, y posibilitar con ello su impugnación razonada mediante los posibles posteriores recursos<sup>2</sup>.

El derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva en el concreto aspecto de la motivación de la sentencia, exige una explicitación suficiente de la concreta pena que se vaya a imponer<sup>3</sup>. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 21 (2008, de 31 de enero, explica que el deber general de motivación de las sentencias que impone el art. 120.3 CE se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Conforme al mismo, las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación “no irracional”. Este deber de fundamentación incluye no solo el deber de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto.

Este deber de motivación radica en que el margen de discrecionalidad de que legalmente goza el juez no constituye, por sí mismo, justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada. Dicho lo cual, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela

---

<sup>1</sup> Gallego Díaz, M., “Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial”, *Revista de Derecho Penal*, volumen 35. Recuperado de <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/119917/individualizacion-judicial-de-la-pena-gallego-diaz-manuel-revista-de-derecho-penal-n-35>

<sup>2</sup> Demetrio Crespo, E. (2016), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Euro Editores S.R.L., Buenos Aires. Pp. 356-357.

<sup>3</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 708/2014, de 6 de noviembre.

judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión<sup>4</sup>.

Ello no obstante, el Tribunal Constitucional, interpretando los artículos 24 y 120.3 CE, ha señalado que una motivación escueta y concisa no deja, por ello, de ser tal motivación, así como una fundamentación por remisión tampoco deja de serlo, ni de satisfacer la indicada exigencia constitucional. Es por ello que no se exige que las resoluciones judiciales tengan un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado; sin embargo, aquellas serán impugnables aquellas sentencias que individualicen la pena impuesta únicamente aludiendo a la gravedad del hecho y a la proporcionalidad, sin explicar, de forma racional, el concreto ejercicio de la penalidad impuesta<sup>5</sup>.

No existe, pues, una libertad absoluta de actuación por parte del juzgador en la determinación de la pena proporcionada y correcta dentro de los límites del marco penal señalado en la ley o dentro de la mitad correspondiente, pues además de tener que atender a los criterios proporcionados por la ley, en todo caso el arbitrio ha de ser siempre racional, prudente y uniforme<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 21/2008, de 31 de enero en: España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 708/2014, de 6 de noviembre.

<sup>5</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm172/2018, de 11 de abril, sistematizando lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias precedentes.

<sup>6</sup> Gallego Díaz, M. Ob. cit.

## II. MOTIVACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El art. 72 CP contiene un mandato dirigido a los Jueces y Tribunales relacionado con el deber de motivación que tienen respecto de sus resoluciones conforme al art. 120 CE, si bien, en este caso referido a la motivación en canto al grado y a la extensión concreta de la pena que acuerdan imponer<sup>7</sup>.

El mencionado precepto de la Carta Magna, en su apartado tercero, establece la exigencia siguiente: *“Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública<sup>8</sup>”*; en su cumplimiento, reza el art. 72 de la legislación penal: *“Los jueces o tribunales, en aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenida en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.<sup>9</sup>”*

Siguiendo la explicación ofrecida por Martínez García, desde la pena contemplada en abstracto por el legislador, pasando por las demás circunstancias que concurran en cada supuesto y que configuren, también desde un punto de vista legal, el caso concreto, como es si el delito llegó o no a consumarse, el grado de participación que tuvo un sujeto concreto, o las circunstancias atenuantes o agravantes que en cada uno de ellos concurrieran, se llega finalmente a la determinación concreta de la pena por el Juez o Tribunal, manteniéndose un amplio margen de arbitrio judicial en el proceso de pena exacta y concreta que se va a imponer. Pero ese arbitrio no significa que puedan obrar los Jueces con arbitrariedad, sino que han de actuar individualizando la pena motivadamente.

En el caso de que no se aprecien motivos para imponer una pena mayor se ha de imponer por los Tribunales la pena mínima legalmente prevista, de modo que la imposición de una pena por ministerio de la ley no requerirá en su determinación mayor motivación. Por el contrario, si no se impone la pena mínima o se acuerda la aumentar la pena en dos grados, el órgano judicial tendrá que motivar su decisión. La motivación en este caso sirve para conocer si los cálculos que se han efectuado por el tribunal para llegar a la determinación de la pena en concreto han sido correctos, y para evaluar si la

---

<sup>7</sup>Martínez García, A.S. (2015), “Comentario al artículo 72. En J. Gómez (Dir.)”, *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I*, Aranzadi SA, Pamplona. Pp. 679-682.

<sup>8</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

<sup>9</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

valoración y ponderación de las circunstancias concurrentes en ese caso en concreto, es la más ajustada<sup>10</sup>.

Reforzando lo dicho en las aludidas sentencias del Tribunal Supremo, en otra de ellas, de 3 de marzo de 2016, recoge asimismo que *“el deber (de motivar la pena) adquiere toda su intensidad ante incrementos punitivos por encima del suelo legal. Para imponer el mínimo previsto, sin embargo, una muy poderosa razón es carecer de motivos para su elevación. No encontrar razones para otra opción más grave, implícitamente, supone un argumento de enorme potencial jurídico: el favor libertatis”*<sup>11</sup>.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 indica, a tal efecto, que *“el deber de motivación de la individualización penológica dimana directamente del artículo 72 CP e indirectamente de los artículos 120.2 y 24.1 CE. Se intensifica cuando se trata de justificar incrementos de pena. Para imponer el mínimo legal una muy poderosa razón es carecer de motivos para otra elevación”*<sup>12</sup>. *No encontrar, ni exponer, por tanto, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme fuerza jurídica: favor libertatis. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. El nivel de exigencia y las consecuencias han de ser sensiblemente diferentes cuando quien se queja de la ausencia de motivación es la acusación que cuando lo hace una defensa.*<sup>13”</sup>

En la misma línea, la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2014 establece que *“el deber general de motivación de las sentencias que impone el artículo 120.3 CE, y que se integra en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 (conforme al cual las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos de juicio sobre los que se basan y su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional) resulta reforzado en el caso de las sentencias penales condenatorias, por cuanto en ellas el derecho a la tutela judicial efectiva se conecta con otros derechos fundamentales y, directa o indirectamente, con el derecho a la libertad de las personas. Un deber de motivación que incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto.*

---

<sup>10</sup> Martínez García, A.S. (2015), Ob. Cit.

<sup>11</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 179/2016, de 3 de marzo.

<sup>12</sup> En la misma línea, la sentencia núm. 57/2018, de 1 de febrero, del Tribunal Supremo recoge: *“Aunque la necesidad de motivación ex artículo 120.3 CE alcanza en todo caso la pena concretamente impuesta, no se establece la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto (...) que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de pena: en la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de infracción de Ley.*

<sup>13</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1). Sentencia núm. 692/2013, de 29 de julio.

*El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales relativas a la fijación de la pena radica en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que el la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad. De este modo, también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas el Juez penal en la individualización de la pena, es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión.<sup>14</sup>*

La reiterada referencia al art. 72 CP se explica en la relevancia de su contenido, en tanto concreta el mandato del art. 120.3 CE, en la pena en particular a aplicar a un determinado supuesto de hecho. Por el contrario, siguiendo la línea en la que se expresan García Arán y Córdoba Roda, el mismo cuerpo legal otorga márgenes a la decisión judicial, sea para elegir penas inferiores, superiores, o para recorrer todo el marco penal en el caso sin circunstancias, como será visto con posterioridad. En estos casos han de seguirse u observarse, de forma preceptiva, los *factores de determinación de la pena*, de modo que la decisión final debe adoptarse teniendo en cuenta tales criterios, y que son la “gravedad del hecho” y las “circunstancias personales” en caso de encontrarnos ante un caso sin circunstancias modificativas, y a las “condenas precedentes” y las “circunstancias del nuevo delito cometido”, en los casos de reincidencia.

Como consideran los autores anteriormente citados, de estos hechos se desprenden dos consecuencias: *“que las decisiones de los jueces y tribunales en estos casos no son absolutamente discrecionales, sino que están sometidas a orientaciones legales específicas y, en este sentido, se encuentran regladas; y que la decisión judicial en estos casos debe evitar el automatismo, valorando las características del caso concreto<sup>15</sup>”*.

Reafirmando las líneas previas, el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 3 de marzo de 2016, establece que *“la individualización penológica comporta un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia y que en su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias o las inmotivadas; pero no las decisiones razonadas y*

---

<sup>14</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1). Sentencia núm. 708/2014, de 6 de noviembre.

<sup>15</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, A. (2011), *Comentarios al Código Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid. Pp. 654-656.

razonables, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible una expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida<sup>16</sup>. Esto es, tal y como relata la STS de 1 de febrero de 2018, no es al alto tribunal en sede de casación a quien compete la individualización judicial final de la pena, sino únicamente si el órgano de instancia, el individualizador, ha realizado dicha tarea de acuerdo con los parámetros legales establecidos por el legislador<sup>17</sup>. En la misma línea se pronuncia el alto tribunal en la sentencia de 17 de abril del mismo año, cuando refiere que “El control casacional de la corrección de la pena aplicada se limita a la comprobación de la existencia de un razonamiento en el sentido antedicho. Se trata de comprobar si el Tribunal ha tomado en cuenta las consideraciones que le hayan permitido imponer una pena acorde a la gravedad de la culpabilidad (...). Este control no se extenderá, sin embargo, a la traducción numérica de los respectivos juicios, salvo en aquellos casos en los que esta determinación resulte manifiestamente arbitraria.”<sup>18</sup>

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el resultado de la no observación de motivación, que, según la STS de 3 de marzo de 2016, puede dar lugar a las siguientes situaciones: “a. La anulación en ese particular con devolución al Tribunal a quo para subsanación del defecto (...) cuando la queja proviene de una acusación; b. casarla sentencia e imponer el mínimo legal, si el recurso proviene de la defensa; c. anular en ese particular la sentencia aunque con los efectos propios de un recurso por infracción de ley: recuperar la instancia para dictar segunda sentencia en casación asumiendo la tarea de una renovada individualización motivada. (...) Sólo será admisible desde el prisma de la defensa.”<sup>19</sup>

Finalmente, ha de resaltarse en este punto relativo a la motivación judicial que, si bien es cierto que el órgano jurisdiccional goza de discrecionalidad reglada, ha de prestarse especial atención a ello en tanto no es posible que dicha facultad torne en

---

<sup>16</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 179/2016, de 3 de marzo.

<sup>17</sup> “...la función final de individualización de la pena no corresponde a este Tribunal de casación sino al sentenciador, por lo que en esta sede únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable. (...) La motivación de la individualización de la pena requiere que el Tribunal determine, en primer lugar, la gravedad de la culpabilidad del autor expresando las circunstancias que toma en cuenta para concretar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos. Esta gravedad debe ser traducida en una cantidad de pena que el Tribunal debe fijar dentro del marco establecido en la Ley para el delito. (...) Es imprescindible expresar en la sentencia las razones de individualización de la pena, con mayor o menor extensión en función de las características del caso concreto y especialmente, del grado de discrecionalidad atribuida al Tribunal por ley.” España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1). Sentencia núm. 57/2018, de 1 de febrero.

<sup>18</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 183/2018, de 17 de abril.

<sup>19</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 179/2016, de 3 de marzo.

arbitrariedad. Esto es, otra de las justificaciones constitucionales de que goza la motivación de las decisiones es la que se recoge en el art. 9.3 CE, de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos:

“(…)

*3. 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, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

Así las cosas, el Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal, ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivar las resoluciones judiciales, además de los preceptos penales específicos que la regulan<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 183/2018, de 17 de abril.

### III. EL PROCESO DE CONCRECIÓN LEGAL DE LA PENA

Conocido el motivo por el cual el proceso individualizador de la pena ha de verse siempre motivado, es decir, para evitar el arbitrio judicial por la insuficiencia de motivación (cabiendo recurso contra ésta), en este punto tratará de profundizarse más en el conocimiento de la labor realizada por el juez: la fase de la individualización *judicial* de la pena.

#### A. Fases de la concreción de la pena

Para comprender de un modo más sencillo el proceso de la individualización judicial de la pena, es conveniente recordar ciertos conceptos básicos sobre la Teoría General del Delito, así como los pasos previos a dicha fase y el papel del juez en ellos tras llevar a cabo el proceso de aplicación de los mandatos legales al supuesto de hecho concreto, que arroja como resultado la ulterior concreción por parte del órgano jurisdiccional de la pena a imponer. Igualmente, será útil refrescar dichos conceptos en orden a un mejor entendimiento del sistema de cuantificación del injusto, que será posteriormente expuesto, y que, como se relatará, defiende Silva Sánchez.

En el proceso de determinación de la pena, el marco penal típico debe ser tomado como punto de partida. Este marco penal responde a la cantidad de pena que el Estado considera lícito y necesario atribuir a la comisión de la conducta a valorar, y para llegar a la averiguación del marco penal concreto, el sistema del código se basa en la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, para cuya aplicación hay que atender a los criterios proporcionados por el art. 66. En la fase siguiente, de determinación del marco concreto de la pena, se atiende a la cantidad o espacio de pena que el juez puede recorrer en uso de su discrecionalidad, del cual dispone tras haber tenido en cuenta los distintos factores establecidos en la ley y conforme a los cuales se acorta el espacio genéricamente previsto para cada tipo de infracción<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Demetrio Crespo, E. (2016). Ob. cit. Pp. 351-352.

### a. Teoría general del delito: conceptos básicos

Como refieren Muñoz Conde y García Arán, la Teoría General del Delito estudia las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) para ser consideradas “delitos”. El sistema de la Teoría del Delito es un sistema categorial clasificatorio en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

La importancia de dicha teoría radica en que el sistema que constituye ordena las cuestiones relativas a la comisión del hecho delictivo ordenándolas de un modo racional y lógico conforme a determinados presupuestos, como es el Derecho Penal, elevando su aplicación por encima del azar y la arbitrariedad<sup>22</sup>.

Así pues, en línea seguida por Rueda Martín, “*la Teoría General del Delito se ocupa del estudio de todos los elementos comunes en abstracto que deben concurrir en un determinado comportamiento humano para que sea considerado un delito. La parte general del delito se ocupa del estudio de todos los elementos comunes en abstracto que deben concurrir en un determinado comportamiento humano para que sea considerado delito, y en virtud de los cuales se atribuye responsabilidad penal a una persona y unas consecuencias jurídico-penales en conexión con la regulación establecida en Derecho Positivo.*”

Concluyendo y según recoge el citado autor, la responsabilidad penal es el producto del sometimiento de la conducta humana, en forma de acción u omisión, a una serie de “juicios de valor”, de modo que únicamente puede llegarse a un juicio definitivo de atribución de responsabilidad penal si se han comprobado sucesivamente y en un orden lógico tres juicios de valor parciales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (y, en ocasiones, punibilidad).<sup>23</sup>

Siguiendo el manual de Derecho penal relativo a la Parte General de Muñoz Conde y García Arán, la *conducta humana* es la base de toda reacción jurídico-penal y, como se ha mencionado en el párrafo precedente, se manifiesta tanto en actos positivos como

---

<sup>22</sup> “Si bien es cierto que, erigido como un sistema formalizado de control social, no puede hacerse del mismo la aspiración única de la ciencia penal, pero no conviene prescindir de él dejando la interpretación y aplicación del Derecho penal en manos de la arbitrariedad y el azar”. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015), *Derecho penal: parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia. Pp. 201-211.

<sup>23</sup> Rueda Martín, J.M. (2013), “Capítulo 5: El concepto de delito” En C.M. Romeo, E. Sola, M.A. Boldova. (Coord.), *Derecho Penal, Parte General: Introducción a la teoría jurídica del delito*, Comares S.L., Granada. Pp. 69-82.

en omisiones. En consecuencia, en tanto se erige como el punto de partida de toda reacción jurídico-penal, en ella deberán aparecer las categorías mencionadas (párr. anterior *in fine*), cuya presencia convierte dicho comportamiento humano en delito.

La primera de las categorías es la *tipicidad*, la cual ha de entenderse como la adecuación de la conducta humana a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal (como representación del principio *nullum crimen sine lege*).

La *antijuridicidad*, como segundo paso de la calificación de un hecho como delito, es un juicio negativo del valor que recae sobre un comportamiento humano y que indica que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico; se trata de un concepto unitario válido para toda la legislación estatal: lo que sea antijurídico para una rama del Derecho, lo será para el resto<sup>24</sup>.

En cuanto a la *culpabilidad*, categoría que posteriormente será desarrollada de forma más amplia, es aquella cuya función consiste en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito que, sin pertenecer al tipo ni a la antijuridicidad, son también necesarios para la imposición de una pena. Es decir, actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico tipificado en la ley penal como delito, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir, conforme a Derecho<sup>25</sup>.

Llegados a este punto, el juez deberá discernir a cerca de la concurrencia de causas que puedan excluir la culpabilidad y que recoge nuestra legislación penal. Estas causas pueden aparecer de forma completa o incompleta, de modo y manera que en el primer caso eximirían totalmente de la responsabilidad criminal al autor del delito, o, en caso de que no concurrieran en su totalidad, podrían atenuar la pena a imponerle. Igual que hay causas que pueden atenuar la responsabilidad criminal, las habrá también que

---

<sup>24</sup> Sin embargo, no todo comportamiento antijurídico es penalmente relevante. Por imperativo del principio de legalidad, sólo los comportamientos jurídicos que, además, son típicos, pueden dar lugar a reacción jurídico-penal. Sin embargo, es necesario tener presente que la tipicidad de un comportamiento no implica su antijuridicidad, sino un indicio de que el comportamiento pueda ser antijurídico, ya que la posible concurrencia de alguna *causa de justificación* desvirtuaría dicha presunción excluyendo la antijuridicidad. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Ob. cit. Pp. 300-317.

<sup>25</sup> El juez, llegados a este punto, deberá discernir a cerca de la concurrencia de causas que puedan excluir la culpabilidad y que recoge nuestra legislación penal. Estas causas pueden aparecer de forma completa o incompleta, de modo y manera que en el primer caso eximirán totalmente de la responsabilidad criminal del autor del delito, o, en caso de que no concurrieran en su totalidad, podrían atenuar la pena a imponerle. Igual que hay causas que pueden atenuar la responsabilidad criminal, las habrá también que puedan agravarla. Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Ob. cit. Pp. 349-357.

puedan agravarla, como se verá en el siguiente punto del presente apartado, relativo a la concreción de la pena.

Tras la constatación de estos tres elementos, puede decirse que existe delito; sin embargo, algunos casos requieren la presencia de algunos elementos adicionales para poder castigar un hecho como delito, y que no son subsumibles en las categorías anteriores por no responder a los mismos fines. Es el caso, por ejemplo, de la previa querrela del ofendido en la injuria. Esta sede se denomina *punibilidad*, y constituye una forma de recoger y elaborar una serie de elementos que el legislador, por razones utilitarias, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena, exigiéndose sólo en algunos delitos concretos<sup>26</sup>.

Dentro de este proceso hay que hacer referencia, finalmente, a las causas que excluyen la pena, que son, fundamentalmente, las excusas absolutorias. En estos casos se dan todos los elementos del delito, pero el legislador considera que no deben ser objeto de sanción penal, y, por ello, excluyen la pena, y, por ende, la responsabilidad criminal<sup>27</sup>.

#### b. *Concreción legal de la pena*

Así las cosas, el juez deberá concretar todos estos conceptos en el supuesto en particular, es decir, deberá subsumir las circunstancias que concurran en dichos elementos. En primer lugar, deberá calificar los hechos de forma objetiva y subjetiva, y en caso de ser subsumibles en algún tipo penal, la conducta será calificada como “típica”. En esta sede deberá determinar si los hechos se han consumado, es decir, se han llevado a cabo de forma completa tal y como describe el tipo penal que los recoja, o si, por el contrario, se reducen a una tentativa acabada o inacabada.

Concluso este paso, deberá calificar el grado de participación de la persona en el hecho típico, es decir, deberá aclarar si es considerado autor, cómplice, inductor o cooperador necesario (artículos 27 a 29 CP).

Considerados autores (o cómplices, inductores o cooperadores necesarios), deberá apreciarse si existe alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, es decir, si concurre

---

<sup>26</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Ob. cit. Pp. 399-407.

<sup>27</sup> Enciclopedia jurídica: *Eximentes de la responsabilidad criminal*. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/eximentes-de-la-responsabilidad-criminal/eximentes-de-la-responsabilidad-criminal.htm>

algún “precepto permisivo que autoriza a realizar un hecho, en principio, delictivo”<sup>28</sup>. Estas causas podrán ser la legítima defensa (art. 20.4º CP), el estado de necesidad (art. 20.5º CP) o actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (art. 20.7º CP).

Si concurriera alguna de estas causas la actividad judicial cesaría en este momento, pero de no ser así, el órgano judicial deberá advertir la posible existencia de causas que excluyan la capacidad de culpabilidad o *causas de inimputabilidad*, y que son la minoría de edad (art. 19 CP), las alteraciones psíquicas y trastorno mental transitorio (art. 20.1º CP), hallarse en estado de intoxicación (art. 20.2º CP), las alteraciones en la percepción (art. 20.3º). Existe también la posibilidad de que, actuando el autor con conocimiento de la ilicitud de su hacer, se den causas que excluyan la responsabilidad criminal, como son el error de prohibición (art. 14 CP), el estado de necesidad (art. 20.5º CP) y el miedo insuperable (art. 20.6º CP). En lo relativo a la minoría de edad (art. 19), es importante tener en cuenta que el art. 69 CP, perteneciente al Capítulo de la legislación penal encargada de la aplicación de las penas y que en breves momentos será sucintamente recogido, establece que aquellos mayores de edad menores de veintiún años podrán aplicársele las disposiciones de la Ley Orgánica de Responsabilidad Criminal del Menor 5/2000, del 12 de enero, al igual que a los menores de edad.

Es posible que todas las causas relatadas, tanto de exclusión de la antijuridicidad como de la culpabilidad, concurren de un modo incompleto, es decir, que carezcan de alguno de los requisitos que la legislación penal contempla en sentido estricto para que estas puedan darse y, por tanto, convertir en no responsable penalmente por su conducta a un sujeto; en este caso se habla de las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, reguladas en el artículo 21.1º CP. Se consideran, asimismo, circunstancias atenuantes, las siguientes: actuar a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el art. 20.2º CP, obrar por causas o estímulos tan poderosos que produzcan arrebatos, obcecación y situaciones emocionales semejantes, confesión del culpable ante las autoridades de forma previa a conocer que un procedimiento se dirige contra él, haber reparado el daño ocasionado a la víctima en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al mismo, la dilación extraordinaria en la tramitación del procedimiento (art. 21.2º a 21.6º CP). El último y séptimo apartado del artículo 21 de la legislación penal refiere un último atenuante conocido como “circunstancia análoga”, el cual se aplica a supuestos no cubiertos ni por las eximentes completas del artículo 20, ni por las incompletas del artículo 21.

---

<sup>28</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Ob. cit. Pp. 321-343.

En sentido opuesto, el siguiente artículo regula las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal recogiendo la alevosía; ejecutar el hecho mediante disfraz, abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias del lugar que debilite la defensa del ofendido y faciliten la impunidad del delincuente; ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa; cometer el delito por motivos racistas u otra clase de discriminación; aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima; obrar con abuso de confianza; prevalerse del carácter público del culpable; reincidencia.

Por último, el artículo 23 CP refiere una circunstancia mixta de parentesco, que podrá agravar o atenuar la responsabilidad según la naturaleza, motivos y efectos del delito.

Contemplados estos aspectos, el juez deberá hacer uso de las reglas para la aplicación de las penas contenidas en el Capítulo II del Título II del Libro I, *“De la aplicación de las penas”*.

En primer lugar, en cuanto al grado de consumación de la conducta delictiva, se aplicará el art. 62 CP en el caso de hallarse ante una tentativa de delito, que establece que *“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada 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”*. Normalmente, ante estas situaciones, si la tentativa de delito es acabada, el órgano jurisdiccional impondrá la pena inferior en un grado y, de ser inacabada, la pena inferior en dos grados.

Siguiendo el esquema el siguiente paso es la autoría, y tal y como establece el precepto siguiente de la legislación penal, los cómplices de un delito consumado o intentado (y, por tanto, en este último caso, ya inferior en un grado) serán penados con la pena inferior en grado fijada por la ley.

A tenor de lo establecido por la sistemática penal, es importante tener en cuenta, tal y como recoge el art. 65 CP, que todas las circunstancias modificarán la responsabilidad, exclusivamente, de aquellas personas en quienes concurran. Las reglas de aplicación de las penas en caso de advertir la existencia de estas circunstancias se regulan en el art. 66 CP, en el primer apartado para el caso de los delitos dolosos y en el segundo apartado para el caso de los delitos leves e imprudentes. En tanto el citado precepto penal es eje básico y central de la individualización legal de la pena, considero necesario plasmarlo de forma completa, en orden a apreciar todos los elementos que el mismo recoge:

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1º. Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2º. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3º. Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4º. Cuando concurran más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5º. Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6º. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho<sup>29</sup>.

7º. Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso

---

<sup>29</sup> El Tribunal Supremo, en sentencia de 1 de febrero de 2018 aprecia a tal efecto que “la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal autorizaba al Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66.5 CP, a recorrer la pena en toda su extensión, debiendo concretarla en atención a <<las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho>>.” España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1). Sentencia núm. 57/2018, de 1 de febrero.

*de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.*

*8º. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.*

*2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior<sup>30</sup>.*

Para Castelló Nicás, el contenido del art. 66.1.6º CP, que el que constituye en el presente desarrollo el eje central, es una de las reglas de determinación de la pena que mayor margen de actuación permite a los jueces y tribunales, al dar carta abierta para la aplicación de la pena “en la extensión que estimen adecuada”, en base a los criterios señalados de circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho. Estos criterios, a juicio de la aludida catedrática de Derecho Penal, conllevan un amplio margen de discrecionalidad en su ponderación y valoración, lo que puede suponer una inseguridad incluso para el propio juez, que ha de responsabilizarse de adoptar una decisión compleja y de efectos concretos en el ámbito del recorrido punitivo.

18

Como se ha aludido por otros autores, esta regla ha supuesto que, en caso de ausencia de atenuantes o agravantes, suele imponerse la pena en su mitad inferior, en tanto el principal motivo para no imponer una pena mayor, es la carencia de motivos para ello<sup>31</sup>.

De igual modo en el presente capítulo se regula la aplicación de las penas a las personas jurídicas en sus artículos 66 bis y 67, debiendo estarse a los apartados 1º, 4º, 6º, 7º y 8º del art. precedente, así como a los que los mencionados artículos recogen mandatos específicos para el órgano judicial, en orden a la imposición de la pena y prevención de comisión de ulteriores delitos por parte de una persona jurídica, teniendo en cuenta la especial naturaleza de las mismas.

Al hilo de lo relatado, el art. 68 CP establece que en el caso de concurrir la circunstancia primera del art. 21, es decir, que alguno de los supuestos recogidos en el art. 20, y sin perjuicio de las reglas recientemente descritas, el juez deberá decidir sobre la imposición de la pena inferior en uno o dos grados atendiendo al número y entidad

---

<sup>30</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

<sup>31</sup> Castelló Nicás, N. (2007), *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*, Comares, Granada. Pp. 162-165.

de los requisitos de que se carezca en el supuesto de hecho, así como a las circunstancias personales del autor. Las reglas aritméticas en orden a la obtención de las penas en su mitad superior o inferior, o superiores o inferiores en grado se encuentran contenida en los apartados primero y segundo del art. 70 CP, cuyo último apartado recoge los límites máximos fijados para las penas de distinta naturaleza (prisión, privación de derechos, etc.).

Además, en la determinación de la pena inferior en grado, cuando el límite inferior sea menor a tres meses de prisión, en todo caso será sustituida dicha pena por una pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente (art. 71.2 CP). En todo caso, como se ha reiterado a lo largo de las líneas del presente trabajo, tome la decisión que tome, el órgano judicial deberá motivar siempre en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta (art. 72 CP).

En los ulteriores preceptos del CP (art. 73 a 77 CP) se regulan los concursos de delitos ideal, medial y real. El primero de ellos existe cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones, y se regula en el último de los artículos mencionados, en el apartado primero y, cuando concorra, se aplicará la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penara cada infracción por separado. Por su parte, el concurso medial se da cuando una infracción penal es medio necesario para cometer la otra y su regulación se contiene en el apartado tercero del art. 77 CP. La respuesta a dicha conducta consiste en que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido por la infracción más grave, y que no podrá exceder (al igual que en el concurso ideal) de la suma de las penas que hubieran sido impuestas separadamente. Finalmente, se estará ante un concurso real cuando varios hechos cometidos por la misma persona son constitutivos de varios delitos. De darse dicha situación, el responsable será castigado con todas las penas correspondientes a las diversas infracciones, procediéndose a su cumplimiento simultáneo de ser posible (arts. 73 y 75 CP). El máximo de cumplimiento efectivo no podrá exceder del triple del tiempo de la más grave de las penas, que no podrá exceder de 20 años salvo excepción, las cuales se recogen, al igual que la regla general, en el art. 76 CP.

En este desarrollo es particularmente interesante atender a la redacción de los apartados 2 y 3 del art. 77 CP, de cara al análisis de las sentencias sobre *malversación* y *prevaricación* en ulteriores apartados, que reza:

*“2. En el primer caso, se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción mas grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las*

*que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.*

*3. En el segundo, se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.”*

La jurisprudencia, en el análisis de los plasmados preceptos, consagra una doble opción respecto al cálculo penológico del concurso ideal y medial, en función de las circunstancias que concurran en cada caso. Al regular el concurso ideal establece la regla general al disponer que en estos casos se aplicará la pena correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. A renglón seguido establece un límite a la anterior disposición, consistente en que la pena resultante de la aplicación de esa regla general no podrá ser superior a la que resultaría de penar ambas infracciones independientemente, en cuyo caso deberán sancionarse por separado. Para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos por separado, en concordancia con las reglas recogidas en los artículos 61 y siguientes<sup>32</sup>.

Por otro lado, cuando se realice una pluralidad de conductas delictivas de la misma naturaleza, en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando la ocasión, este hecho será considerado delito continuado y penado con la mitad superior de la pena más grave por las infracciones cometidas (art. 74 CP).

Finalmente, es importante tener en cuenta que, si un sujeto comete varios delitos y uno de ellos lleva aparejada como consecuencia jurídica la prisión permanente revisable, la progresión al tercer grado requerirá del cumplimiento de una serie de requisitos recogidos en el art. 78 bis CP<sup>33</sup>.

De un modo esquemático, pues, la estructura que ha de seguir el juez en el proceso de aplicación de las pautas legales, es decir, en la primera fase de determinación legal

---

<sup>32</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 580/2010, de 16 de junio.

<sup>33</sup> Para todo el apartado relativo a la concreción legal de la pena: España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

de la pena, es el siguiente: en primer lugar, deberá valorar si los hechos, en su vertiente objetiva u subjetiva, son constitutivos de un tipo delictivo recogido en la legislación penal y el grado de ejecución de los mismos; en segundo lugar, deberá observar la autoría y participación del sujeto o sujetos en los hechos; en tercer lugar, deberá advertir la concurrencia de eximentes de la culpabilidad o circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, presentadas en forma de causas que excluyen la antijuridicidad y la culpabilidad, o en atenuantes y agravantes de la citada responsabilidad; finalmente, en casos concretos y regulados en el CP, deberá advertir la existencia de causas que excluyen la penalidad. Es importante referir que el hecho de que concurra alguna de las causas que excluyen la penalidad, también denominadas excusas absolutorias, no supone que la conducta deje de ser típica, antijurídica y culpable, sino que son circunstancias que el legislador refiere como requisito de perseguibilidad de determinados delitos y que, de concurrir, no podrán enjuiciarse.

## **B. Individualización judicial de la pena**

Llegados al punto en el que el órgano jurisdiccional ha calculado una determinada horquilla temporal de una determinada consecuencia jurídica, de acuerdo con las citadas normas legales (es decir, una vez concluida la fase de determinación legal de la pena), éste debe convertir el resultado arrojado en una pena concreta, a aplicar al supuesto de hecho, y ha de hacerlo razonadamente (ex. art. 72 CP y 120.3 CE). Esta fase de concreción de la pena es la denominada *individualización judicial de la pena*, la cual se halla inmersa o pertenece a la determinación de la pena en su conjunto.

### *a. Concepto y evolución histórica*

La determinación judicial de la pena, pues, forma parte del proceso de individualización al que se encuentra sometido el sistema penal en su conjunto. Se trata de una actividad jurisdiccional por medio de la cual el órgano competente selecciona una pena y fija una magnitud concreta de la misma de acuerdo con los criterios establecidos por el Código penal para el delito cometido y las circunstancias que concurren. Así lo refiere Mappelli Caffarena aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 2011, y que reza:

*“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.”<sup>34</sup>*

Continúa explicando que en el ejercicio de esta función el juez desarrolla una actividad discrecional jurídicamente vinculada, de modo y manera que el órgano judicial es libre en la apreciación de la prueba y ejerce su función amparado por el principio de discrecionalidad, pero está obligado a respetar las reglas establecidas por el legislador. Este hecho se justifica en el necesario cumplimiento del principio de legalidad, que además de ser una garantía del Estado de Derecho, se erige como una forma de asegurar la coherencia de todo el sistema<sup>35</sup>.

Estos aspectos aparecen regulados en el art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante *LECrim*), el cual establece:

*“El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley.*

*Siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que para la calificación del delito o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél le obligue a tener en cuenta.”<sup>36</sup>*

Así pues, como explica Demetrio Crespo, conviene recordar la diferenciación conceptual previa existente entre la *determinación legal de la pena* y la *individualización judicial de la pena*. En el primer estadio el legislador determina en abstracto las penas correspondientes a los delitos, fijando unas penas máximas y otras mínimas para cada delito, conforme a la gravedad del mismo. De este modo, se pone a disposición del juez un marco penal. A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la *individualización de la pena por el juez*, este asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador. Según Dreher, dice el aludido profesor, el problema de este sistema es elegir la pena justa a partir del marco penal típico de un tipo penal correctamente determinado. En definitiva, pues, la determinación de la pena se

---

<sup>34</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1). Sentencia núm. 588/2001, de 7 de abril.

<sup>35</sup> Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B. (2011), *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Tecnos, Madrid. Pp. 330-335.

<sup>36</sup> España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 3 de enero de 1883, núm. 260.

constituye como la fijación en la ley del marco penal correspondiente a un determinado delito, y la individualización como la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito. La labor de la individualización judicial de la pena supone la fijación de la clase y cantidad de la pena aplicable al supuesto concreto, así como la decisión, en su caso, de la aplicación o no de sustitutivos penales<sup>37</sup>.

Por concluir en lo relativo al concepto de esta institución, recoge de forma diáfana el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de abril de 2018, que *“la individualización judicial de la pena, actuando el arbitrio judicial en función de los presupuestos que lo regulan, ha sido denominada la << la tercera función autónoma del Juez, representando el cénit de su actuación>>. El Juez, tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales, declara qué calidad y cantidad de pena impone dentro del marco legal ejercitando una función jurisdiccional en la que ha de observar, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) y el deber de motivar las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), además de los preceptos penales específicos que la regulan”*<sup>38</sup>.

Para contextualizar el progreso del sistema objeto de estudio, es necesario realizar una breve anotación sobre su evolución histórica, y es que, durante mucho tiempo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino entendiendo que la individualización de la pena correspondía al juzgador de instancia en el ejercicio del arbitrio que le concede la ley y, en consecuencia, no admitía ningún control jurisdiccional. La evolución de la misma jurisprudencia y la emanada del Tribunal Constitucional, fueron abriendo las puertas a un cambio jurisprudencial que considera que la decisión judicial en la determinación exacta de la pena constituye una discrecionalidad jurídicamente vinculada, ha de ser objeto de motivación en la sentencia y es susceptible de control jurisdiccional siempre que no se haya razonado en sentencia, se hayan tenido en cuenta criterios distintos de los establecidos en la ley, la valoración del juzgador resulte incoherente o la fijación de la pena sea manifiestamente desproporcionada<sup>39</sup>.

Merece atención una breve referencia histórica de la evolución de los distintos modelos de determinación de la pena. Según Mapelli, esta se habría visto influenciada en gran medida por el nacimiento del Estado moderno, y, con él, los fines del sistema penal. Las penas indeterminadas se corresponderían con el periodo precodificador,

---

<sup>37</sup> Demetrio, E. (2016). Ob. cit. Pp. 21-23.

<sup>38</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm.183/2018, de 17 de abril.

<sup>39</sup> Gallego Díaz, M. Ob. cit.

momento en el cual era la persona del juez quien, gozando de una arbitrariedad ilimitada, estaba encargado de concretar su magnitud.

Pero igualmente relevante es la impronta que dejó en esta evolución el pensamiento ilustrado, etapa en la cual la figura del juez se convierte en la voz de la ley, de forma que bajo su imperio no se permite la menor discrecionalidad, llegándose a regular incluso la duración de las penas según fuera su cumplimiento en año bisiesto o no. El máximo exponente de esta corriente fue la legislación penal francesa napoleónica.

En posición frontalmente contraria, el determinismo surgido del positivismo jurídico entiende que la rigidez y el determinismo penal están reñidos con las concepciones rehabilitadoras y correctoras del positivismo liberal, cuyos representantes participan de la idea de que la pena no debe ser simétrica al delito, sino al delincuente.

En la actualidad, la fase de la determinación de la pena está sometida a los mismos principios que el resto de las fases del sistema penal, de los cuales los más destacados por su incidencia son el principio de legalidad y el de jurisdiccionalidad.

El primero de ellos se concreta en el art. 2.1 CP: *“No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. (...)”*<sup>40</sup>. Por su parte, el art. 3 del mismo cuerpo legal establece que *“No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*<sup>41</sup>. El principio de jurisdiccionalidad comporta un amplio catálogo de garantías formales, por cuanto su imposición se ve confiada a unos órganos jurisdiccionales, según las precisas reglas de un proceso<sup>42</sup>.

#### *b. Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*

Tras el análisis de la concreción legal efectuado en las líneas precedentes, es posible concluir que, salvo en el inciso del art. 66 en su regla primera, que establece el deber de atender a las “circunstancias personales del delincuente” y a la “mayor o menor gravedad del hecho”, no se proporcionan criterios para la individualización de la pena

---

<sup>40</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

<sup>41</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

<sup>42</sup> Mapelli, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Pamplona: Aranzadi SA. Pp. 286-287.

dentro de los marcos que establecen; ello comporta que este ámbito se encuentre, posiblemente, *condenado a la arbitrariedad en mayor o menor medida*<sup>43</sup>.

En tanto es importante tener presente la diferenciación entre la determinación legal y la determinación judicial de la pena, el presente apartado tiene como objetivo el análisis de la consecuencia de la diferencia entre ambos, es decir, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atinentes al primero de los conceptos, y de los factores de determinación de la pena, que afectan al segundo de los estadios citados.

Volviendo a la vertiente conceptual de la *determinación de la pena*, como se ha referido anteriormente, es necesario tener presente en todo momento que esta se configura como un conjunto de reglas generales para la aplicación de las penas, y constituye el proceso de concreción de la pena, que se inicia en el establecimiento legal de la pena típica, y concluye con la imposición de la pena definitiva al condenado<sup>44</sup>. Dentro de este proceso, se distingue la determinación *legal* y la individualización *judicial*. Al primero de los momentos citados corresponderían las reglas legales que concretan la pena a través del grado de ejecución y participación en el delito, y las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (artículos 62 a 68 CP). Por otro lado, la individualización judicial se identifica con la decisión individualizadora llevada a cabo por el juez, dentro de los límites de la pena a la que le han conducido las circunstancias modificativas, o bien dentro del marco penal típico en el caso sin circunstancias.

El juez, pues, individualiza la pena en aplicación de las circunstancias modificativas (en su caso), en una labor que va más allá de la calificación y estimación de las mismas y que, por tanto, puede considerarse como determinación *judicial* de la pena. Como se relataba en el punto 1, *“Introducción: Motivación de las decisiones judiciales”* in fine, es el caso de la elección entre uno o dos grados inferiores a la pena en la concurrencia de varias atenuantes o en la eximente incompleta (artículos 66.2ª y 68 CP), la facultad de aplicar la pena superior en grado cuando concurren más de dos circunstancias agravantes (art. 66.4ª CP) o en la facultad para aplicar la pena superior en grado en casos de multirreincidencia (art. 66.5ª del CP). Esto es, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se comprenden en el catálogo de atenuantes y agravantes que ofrece la legislación penal para la consecución de la determinación de la pena.

Esto supone llevar a cabo una diferenciación entre las *circunstancias modificativas* de la responsabilidad criminal, las cuales se corresponden con las reguladas en los

---

<sup>43</sup> Demetrio, E. (2016). Ob. cit. Pp. 348-349.

<sup>44</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2011). Ob. cit. Pp. 614-636.

artículos 21 a 23 CP, y los *factores de determinación de la pena*, que son criterios proporcionados por la ley para orientar la decisión individualizadora llevada a cabo por el juez. Esto es, las primeras son hechos que fundamentan la responsabilidad criminal y por tanto se someten a las reglas procesales relativas a la prueba, de modo que, una vez probadas, la labor del juez se traduce en la tradicional subsunción tras la interpretación de los términos legales.

En cambio, los *factores de individualización de la pena* no necesitan ser objeto de prueba específica en el proceso, y se corresponden con una actividad puramente valorativa de los datos indicados por el legislador que se desprenden del propio proceso. Con todo, la valoración de dichos factores de determinación de la pena está sometida al deber de motivación y control casacional, hecho que se desprende del art. 72 CP, bajo mandato de art. 120 CE<sup>45</sup>. Este es el punto de partida de la posible solución a la problemática del arbitrio judicial en la determinación de la pena, y que defienden autores como Silva Sánchez<sup>46</sup>.

De este modo, la valoración de las circunstancias personales y de la mayor o menor gravedad del hecho no están sometidas a las reglas de prueba y contradicción pertinentes en el caso de las atenuantes y agravantes, aunque deben apoyarse en una base fáctica distinta a la que fundamentarían tales circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y someterse a la obligación de motivación de la decisión judicial (art. 72 CP)<sup>47</sup>.

Como se verá más detalladamente, no ha de confundirse las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* con los *factores de individualización judicial de la pena*, que comprenden las *circunstancias personales del reo y la mayor o menor gravedad del hecho cometido*. Las primeras se integran en la determinación penológica como consecuencia de la tarea llevada a cabo por el legislador, de creación de las reglas legales de determinación de la pena del art. 66 CP, y que ha sido ya plasmada; pero los segundos se integran en tanto el legislador permite al juez “*recorrer toda la banda punitiva, peor argumentando en base a dichas consideraciones objetivas y subjetivas, cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata,*

---

<sup>45</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, A. (2011). Ob. cit. Pp. 614 a 636.

<sup>46</sup> Silva Sánchez, J.M., (2008), “La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, en Sua, B. y Garro, E. (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao. Pp. 13-25.

<sup>47</sup> Cámara Arroyo, S. (2015), “Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 68, pp. 246-247.

*pues, de un ejercicio de discrecionalidad) reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial (...)*<sup>48</sup>.” Estos factores pueden comprender el grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, etc.

---

<sup>48</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1661/2000, de 27 de noviembre.

## IV. PRINCIPIOS CONDICIONANTES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En la determinación de la pena ha de huirse tanto de un arbitrio judicial ilimitado como de un legalismo rígido, pues tan malo es dejar mucho como poco espacio al juez. Si se deja escaso margen al juez existe el riesgo de infringir los principios de justicia y proporcionalidad, en la medida en que no se permita tener debidamente en cuenta las diferencias entre dos hechos distintos. Pero, si por el contrario se le deja demasiado espacio, los riesgos existentes son, además de una quiebra de la seguridad jurídica, la conculcación del principio de igualdad al poderse llegar a resultados muy diferentes en la determinación de la pena por parte de los distintos tribunales en relación con hechos parecidos, por un lado, y el favorecimiento de la tendencia a imponer la pena mínima, por otro<sup>49</sup>. El arbitrio, citando al magistrado Berdugo Gómez de la Torre en sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, se convierte en arbitrariedad cuando, al hacer uso de esta facultad, no se decide de acuerdo con criterios racionales, convirtiendo la resolución en desmesurada o desproporcionada, es decir, injusta. *A sensu contrario* se extrae de esta conclusión que la consecución del ejercicio de tal facultad debe llevarse a cabo cumpliendo con una serie de principios que, de este modo, condicionan la actividad jurisdiccional<sup>50</sup>.

### A. Principio de proporcionalidad

El *principio de proporcionalidad* entre el delito y la pena es un principio básico del Derecho penal, al que el TC ha reconocido valor constitucional relacionándolo con el valor de la dignidad humana. Ello no sólo afecta a la concreción legislativa de las penas típicas, sino que, de igual modo, es crucial en la vertiente de adecuación de las mismas al caso concreto en su proceso de concreción, es decir, la determinación de la pena.

Las atenuantes y agravantes de la responsabilidad que recaen sobre el hecho cometido suponen la concreción de la proporcionalidad expresada en abstracto por el marco penal típico, de modo que, si éste señala la pena proporcionada al hecho injusto y culpable contemplado en abstracto, las circunstancias modificativas suponen la

---

<sup>49</sup> Gallego Díaz, M. Ob. cit.

<sup>50</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 172/2018, de 11 de abril.

proporcionalidad con el injusto y la culpabilidad contenidos en el hecho concreto, por lo que la mayoría de circunstancias suponen modulación del injusto o la culpabilidad.

Si el injusto y la culpabilidad son las entidades respecto a las cuales se gradúa la pena en las fases iniciales del proceso, cabe esperar que lo sean también en la última, puesto que el proceso de determinación de la pena aspira a ser coherente. Esta consideración cobra operatividad en la interpretación del concepto de “mayor o menor gravedad del hecho”, utilizado como criterio en el caso circunstancias modificativas, y que se configura como valoración global del hecho culpable respecto del cual se mide la pena proporcionada<sup>51</sup>.

En el ámbito que a nosotros nos concierne en lo relativo al principio de proporcionalidad, ya en 2001, en sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, se recoge que la pena establecida ha de ser proporcionada a la infracción cometida, de modo que *“El juicio de proporcionalidad en relación con las penas que se establecen para 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”*<sup>52</sup>. Este breve inciso contiene los aspectos básicos y a la vez centrales de la individualización judicial de la pena: el legislador es el encargado de la imposición de una pena abstracta para cada delito, debiendo guardar esta proporcionalidad con los hechos típicos, así como de las reglas que ha de seguir el juez para lograr concluir una consecuencia concreta (principios de legalidad y proporcionalidad); es tarea del órgano jurisdiccional llevar a cabo la concreción de la pena mediante las reglas legales recogidas en el cuerpo penal (principio de jurisdiccionalidad); las circunstancias a las que el Tribunal ha de atender en la consecución de su tarea individualizadora son las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho.

Como se ha mencionado, el órgano judicial es libre en la apreciación de la prueba y ejerce su función amparado por el principio de discrecionalidad, pero está obligado a respetar las reglas establecidas por el legislador en el Código Penal; así, a pesar de dicha discrecionalidad, los jueces están obligados a motivar las sentencias para posibilitar el control de sus decisiones en el ejercicio del cargo (arts. 120 CE y 72 CP, en relación con art. 741 LECrim)<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, A. (2011). Ob. cit. Pp. 614-636.

<sup>52</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 588/2001, de 7 de abril.

<sup>53</sup> Mapelli Caffarena, B. (2011). Ob. cit. Pp. 283-284.

Así pues, el principio de proporcionalidad se configura como el primero que el legislador deberá aplicar, manifestándose muy particularmente en el ámbito de la individualización judicial de la pena. Ello no obstante, la vinculación de este principio a los Tribunales se ve absorbida por el sometimiento al principio de legalidad, salvo en casos de amplios márgenes de actuación e imposición de máximos o mínimos con ausencia de razonamiento o razonamiento arbitrario, y la exigencia de atender expresamente, además de a los límites legales que determinan los marcos en que puede actuar el juzgador, también los criterios legales de concreción de la pena y circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho para garantizar la proporción debida<sup>54</sup>.

## **B. Principio de legalidad y principio de jurisdiccionalidad**

Siguiendo con lo relatado por Mapelli, este *principio de legalidad y jurisdiccionalidad* es una garantía del Estado de derecho y una forma de asegurar la coherencia de todo el sistema penal frente a sus propios fines y principios. El juez continúa la labor iniciada por el legislador de cara a individualizar las consecuencias jurídicas del delito de acuerdo con los criterios de prevención. Sin embargo, la praxis judicial no siempre da una respuesta satisfactoria a la vinculación legal de la discrecionalidad, en tanto en cuanto son muchas las ocasiones en las que se desatienden las auténticas motivaciones y se acude a argumentaciones estándar con la que se solventa sólo formalmente este requisito.

Además, es en torno a la determinación de la pena donde encontramos mayor incidencia de criterios valorativos difusos, como son las circunstancias personales, la notoria gravedad, el pronóstico de reinserción social, etc., que asumen distintos significados según el fundamento que se le dé a la pena y, en todo caso, otorgan excesiva discrecionalidad al órgano judicial<sup>55</sup>.

En lo relativo a la ponderación de los factores de individualización judicial de la pena (gravedad del hecho y circunstancias personales del reo), Córdoba Roda y García Arán refieren que su interpretación “*debe perseguir el objetivo de dotar coherencia a todo el sistema de determinación de la pena, así como el objetivo de proporcionalidad de la pena respecto al delito*”. Por tanto, continuando por lo relatado por los citados

---

<sup>54</sup> Gallego Díaz, M. Ob. cit.

<sup>55</sup> Mapelli Caffarena, B. (2011). Ob. cit. Pp. 283-286.

profesores, esos hechos, aunque distintos de los calificables como circunstancias modificativas de responsabilidad, establecen también la proporcionalidad respecto del hecho concreto, atendiendo a lo mismo que atienden las circunstancias, esto es, a modulaciones del injusto y la culpabilidad.

Como se verá en el próximo apartado del trabajo, “4. Factores de individualización judicial de la pena”, y afirman Córdoba Roda y García Arán, el criterio de proporcionalidad concreta se acoge en el concepto de “gravedad del hecho”. A este concepto deben llevarse todos los datos que permitan *modular el concreto reproche penal*, y que, por tanto, *puedan afectar tanto al injusto como a la culpabilidad concretas*. Esta afirmación se ve en conexión con el segundo factor individualizador en la pena (circunstancias personales del reo), en tanto la proporcionalidad se establece a la gravedad del hecho como límite de la pena, pero sin que en tal gravedad puedan influir circunstancias personales del autor ajenas al injusto cometido. De este modo, si la pena proporcionada opera como límite, las circunstancias personales deben ser entendidas como índices que aconsejen rebajar la pena proporcionada y acercarla o llevarla al mínimo legal previsto.

Por otra parte, si la pena proporcionada se basa en la gravedad del hecho, éste debe tomar en consideración tanto el injusto como la culpabilidad, pues la proporción también se refiere a esta última. En otras palabras, la pena debe ser proporcionada al injusto y la culpabilidad propias del hecho concreto, llevándose a las circunstancias personales todas aquellas que permitan orientar preventivo-especialmente la pena<sup>56</sup>.

Así las cosas, el *principio de legalidad* impone un primer límite al juzgador en el ejercicio de la facultad discrecional que implica la determinación de la pena, pues necesariamente tiene que atender a los criterios establecidos en cada caso por el legislador. Estos criterios vendrán expresados unas veces de forma explícita en la ley, como es el caso de las *circunstancias personales del delincuente* y *la mayor o menor gravedad del hecho*, y otras de forma implícita en el necesario respeto a la finalidad y función teleológica de la propia norma. Estos criterios de individualización establecidos por la ley habrán de ser valorados de forma objetiva y unívoca, porque así lo requieren en tanto son conceptos normativos, así como de acuerdo a los principios de igualdad, proporcionalidad y a los fines del Derecho<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Córdoba Roda, J, y García Arán, M. (2011). Ob. cit. Pp. 614-636.

<sup>57</sup> Gallego Díaz, M. Ob. cit.

### C. Principio acusatorio

Finalmente, es importante tomar en consideración al *principio acusatorio*, en tanto como Córdoba Roda y García Arán refieren, ha de tenerse en cuenta que la pena impuesta en la sentencia no puede superar la pena concreta por la acusación, o la más alta de las solicitadas en caso de haber más de una acusación. Este hecho supone que los factores de individualización judicial de la pena (las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho cometido) sólo pueden operar en orden a disminuir la pena solicitada por la acusación (o la mayor de ellas). Además, como se ha explicado anteriormente, no están sometidos a las mismas reglas de prueba y contradicción que los hechos que fundamentan la responsabilidad criminal, lo que no permite que se utilicen para valorar hechos que sí lo están, de modo que para que no les alcance el principio acusatorio, la ponderación de la gravedad del hecho y las circunstancias penales del autor deben apoyarse en una base fáctica distinta de la que hubiera debido llevar a la cualificación de una agravante.

Ahora bien, como se viene reiterando, están sometidos a la obligación constitucional de motivación. Si la legitimidad de la apreciación de tales factores depende de su apoyatura fáctica en hechos distintos de los que deberían haber sido calificados como agravantes, la motivación de la pena resulta fundamental para expresar y controlar en qué hechos se basa y si respeta el principio acusatorio<sup>58</sup>.

Refiere Cámara Arroyo al respecto del principio acusatorio en relación con la individualización judicial de la pena que los factores de determinación de ésta, y en particular las circunstancias personales del reo sólo podrán entrar en juego para rebajar la pena, ajustándola a la petición de la acusación en un proceso penal. Es decir, solamente podrá operar en beneficio del delincuente, en tanto en la peor de las situaciones, el juez no estimará conveniente realizar ninguna rebaja de la pena por las circunstancias personales del delincuente, en cuyo caso el límite máximo de la misma continuará siendo la pena solicitada por la acusación<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> Córdoba Roda, J. y García Arán, M. (2011). Ob. cit. Pp. 614-636.

<sup>59</sup> Cámara Arroyo, S. (2015). Ob. cit. Pp. 246-247.

## V. FACTORES DE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En el análisis teórico de cuáles deben ser los criterios que guíen al juez en el momento que presenta la cúspide de su actividad resolutoria habrán de tomarse en cuenta, en primer término, las indicaciones expresas de la ley (art. 66.1.6º CP: circunstancias personales del autor y mayor o menor gravedad del hecho). Tampoco se puede olvidar el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal ya esbozado, ya que la entidad y número de estas se erige igualmente en un importante criterio individualizador. Sin embargo, éstas pertenecen a la fase de determinación legal de la pena y no a la de individualización judicial de la pena *stricto sensu*<sup>60</sup>.

Como recoge en sus explicaciones Demetrio Crespo, mencionando a García Arán en “*Los criterios de la determinación de la pena*”, la determinación de la pena se ve condicionada por la validez de sus presupuestos, la selección de conductas punibles y la atribución concreta de castigo a cada una de ellas. Estos aspectos hacen que deba tomarse en consideración el papel del injusto en la determinación de la pena, que a su vez se vincula con la discusión sobre el carácter fundamentador de la culpabilidad o del injusto respecto a la pena<sup>61</sup>.

En este estudio se parte de la base de que, como explica Silva Sánchez, la individualización judicial de la pena se relaciona con el sistema de la teoría del delito, y no con las teorías de la pena. Ello con la pretensión de “*no privar a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena de años de duración*”, y así erradicar los “*razonamientos variables, escasos o arbitrarios*”.

Así, acogiendo la premisa de que la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa de un sistema de la teoría del delito, cuyas materias graduables son el injusto y la culpabilidad, se entiende que la política criminal que el juez lleve a cabo en su tarea de determinación de la pena habrá de discurrir a través de categorías dogmáticas: “*el acto de determinación judicial de la pena se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido*”.

---

<sup>60</sup> Demetrio Crespo, E. (1997). “Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 50, pp. 324-325.

<sup>61</sup> Demetrio Crespo, E. (2016). Ob. cit. Pp. 378.

*de injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de la pena”.*

De ello deriva la idea de que la determinación de la pena se erige como la continuación cuantitativa de la teoría del delito y que depende, por un lado, de las categorías del injusto objetivo (acción y resultado), del injusto subjetivo y de la culpabilidad<sup>62</sup>.

Antes de proceder a la explicación atinente a los factores de individualización de la pena, es conveniente llevar a cabo un repaso de los conceptos de culpabilidad, antijuridicidad e injusto, en tanto son cruciales para la posterior comprensión de estos.

### **A. Culpabilidad, antijuridicidad e injusto**

Si bien en la Dogmática jurídico-penal se emplean el término *antijuridicidad* y el de *injusto* como equivalentes, ambos deben diferenciarse, tal y como afirman Muñoz Conde y García Arán. El primero de los conceptos es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al Ordenamiento jurídico. El o lo *injusto* es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta antijurídica misma. Mientras que la antijuridicidad es una cualidad de la acción común a todas las ramas del Ordenamiento jurídico, el injusto o ilícito es una acción antijurídica determinada.

Por otro lado, es necesario evidenciar las diferencias existentes entre las conductas dolosas y las imprudentes, que, por tanto, merecen distinta valoración. Ello es así porque la propia legislación penal recoge claramente la diferencia entre dolo e imprudencia, en tanto en cuanto tendrán consecuencias distintas, o porque, del mismo modo, repercutirá en otras categorías y problemas de la Teoría del Delito, como puede ser el nivel de exigencia para la imputación objetiva de un resultado.

En los *delitos dolosos*, el tipo de injusto tiene tanto una vertiente objetiva, el llamado tipo objetivo, como una vertiente subjetiva, el llamado tipo subjetivo. En la primera se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de acción, el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.).

---

<sup>62</sup> Silva Sánchez, J.M. (2008). Ob. cit. Pp. 14-16.

En la segunda, el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes). El ámbito subjetivo del tipo de injusto de los delitos dolosos está constituido por el dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito; el dolo, pues, está constituido por dos elementos: uno cognitivo o intelectual y otro volitivo.

Por lo que se refiere al *delito imprudente*, lo esencial del tipo de lo injusto en estos casos no es la simple causación de un resultado, sino la forma en que se realiza la acción. La observancia del deber objetivo de cuidado, también llamada “diligencia debida”, constituye el punto de referencia obligado del tipo de injusto del delito de imprudente<sup>63</sup>.

En definitiva, citando a Demetrio Crespo, “*mientras que la antijuridicidad es un atributo o cualidad de la conducta que pone de relieve su relación de contradicción con el ordenamiento jurídico, lo injusto es algo sustancial, es decir, la conducta antijurídica propiamente dicha*”<sup>64</sup>.

Continuando la referencia a lo dicho por el aludido catedrático, realiza una diferenciación de conceptos de lo injusto, como son el concepto personal, el monista objetivo, el monista subjetivo y el dualista. Para el primero de ellos, resulta decisivo que la lesión del bien jurídico o desvalor de resultado tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción), lo que supone que lo injusto se refiere a una acción dirigida por la voluntad del autor, tanto en el delito doloso como en el imprudente.

La concepción *monista subjetiva* de lo injusto entiende que el desvalor de acción, entendido como desvalor de intención, es suficiente para la constitución del injusto, quedando el desvalor de resultado relegado a la categoría de condición objetiva de punibilidad. La *objetiva*, frente a la subjetiva, conduce a la calificación como “antijurídica” de la conducta en atención a la probable o efectiva producción de un resultado dañoso.

Finalmente, la perspectiva *dualista*, es aquella que defiende que no hay injusto penal sin desvalor de acción, pero tampoco sin desvalor de resultado, configurando ambas vertientes el injusto penal<sup>65</sup>.

De esta última idea es de la que participa Silva Sánchez, la cual se ve reflejada cuando explica que, si bien el punto de vista clásico parte de un concepto de injusto

---

<sup>63</sup> Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). Ob. cit. Pp. 265-293.

<sup>64</sup> Demetrio Crespo, E. (2013), “La antijuridicidad y lo injusto penal”, En E. Demetrio (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal, tomo II, Teoría del Delito*. Madrid: Iustel. Pp. 26-42.

<sup>65</sup> Demetrio Crespo, E. (2013). Ob. cit. Pp. 26-42.

vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en el que se integran luego elementos subjetivos, un punto de vista distinto entiende, en cambio, que este concepto de lo injusto no resulta adecuado para el Derecho penal. La esencia del injusto penal radicaría, en cambio, en la puesta en cuestión, el no reconocimiento o la desatención del Derecho, entendido no sólo como orden abstracto, sino comprendiendo también la relación jurídica con la víctima o la generalidad.

El citado autor considera que la disyuntiva entre un concepto y otro no es correcta, en tanto existen relaciones cruzadas entre ambos, lo que obliga a acoger un concepto de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica, la de la negación de la norma (en tanto sin esta última no podrían tomarse en consideración otros elementos que aparecen en la conducta delictiva, como los motivos de ejecución de esta)<sup>66</sup>.

En lo relativo a la *culpabilidad*, recoge Rueda Martín que ésta se erige como un “juicio de reproche individual que se dirige al autor de un comportamiento típico y antijurídico, consistente en la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. La culpabilidad supone, por ello, en primer lugar, un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus actuaciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento. La imputabilidad o capacidad de culpabilidad es, por ello, un presupuesto de la culpabilidad<sup>67</sup>”.

En lo relativo a la relación de este concepto con el de *injusto*, tal y como afirma Georg Freud, ha de referirse que la función que ostenta la pena es el restablecimiento de la paz jurídica perturbada, por medio de una respuesta adecuada de desaprobación a la infracción de la norma de conducta en la que se ha incurrido. Dicho reproche deberá ser ajustado a las características específicamente personales del sujeto que realiza la conducta típica y legítima frente al concreto sujeto que actúa u omite, en tanto en cuanto el pronunciamiento de culpabilidad por un determinado hecho punible siempre contiene el reproche dirigido específicamente a una persona por su conducta defectuosa.

El reproche que se realiza en una condena por un determinado delito no se agota en el reproche del comportamiento incorrecto, sino que también se comprenden en ella las

---

<sup>66</sup> Silva Sánchez, J.M. (2008). Ob. cit. Pág. 22.

<sup>67</sup> Rueda Martín, M<sup>a</sup>. A. (2013). Ob. cit. Pp. 69-82.

específicas consecuencias de la conducta defectuosa; reproche que ha de ser legítimo<sup>68</sup>.

A los ojos de Silva Sánchez, la determinación de la pena constituye la continuación cuantitativa de la teoría del delito y depende de las categorías del injusto objetivo (acción y resultado) del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

Para él, la importancia de la relación entre la culpabilidad e injusto radica en que el efecto de la sistematización de la teoría de la determinación de la pena del delito es la necesidad de elaboración de una categorización del injusto más allá de la culpabilidad. Ello, partiendo de la base de que el concepto de lo injusto, en su dimensión cuantitativa y como será explicado en ulteriores líneas, debe ser el que rijan la determinación a los efectos de la individualización de la pena.

## **B. Factores de individualización judicial de la pena**

Como se viene reiterando, en la imposición de la pena deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la menor o mayor gravedad del hecho. Esto es, si bien es cierto que la legalidad marca la tipicidad del hecho delictivo, estableciendo asimismo un margen penológico racional, dentro de dicha horquilla concretará el juez, en su arbitrio, la magnitud exacta de ésta, pero siempre en ejercicio de la *ponderación judicial*.

A estos efectos, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 establece que *“el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que nazca del ponderado examen de las circunstancias referidas a los hechos y a los culpables de los mismos, fijadas en cada caso, lo cual además deberá quedar consagrado en sentencia.”*

Realiza la aludida resolución un clarificador resumen que aquí va a tratar de plasmarse, de cuáles han de ser los factores a tener en cuenta en la tarea judicial de individualización de la pena, y que son objeto de análisis más concreto en los ulteriores apartados de este punto, *“Factores de individualización judicial de la pena”*.

A sabiendas de que los factores que han de observarse en la individualización de la pena son las circunstancias personales del reo y la mayor o menor gravedad del hecho,

---

<sup>68</sup> Freud, G. (2008), “La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema”, En Sua, B. y Garro, E. (Eds.), *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao. Pp. 37-38.

una breve definición previa permite esclarecer que las primeras se refieren a “*aquellos motivos o razones que han llevado a delinquir al acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar la individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva*”.

Por lo que a la segunda circunstancia respecta, la mayor o menor gravedad del hecho se define como “*aquellas circunstancias fácticas que el juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que estima adecuado imponer.*”

Es primordial diferenciar la gravedad del hecho a tener en cuenta en la individualización de la gravedad del delito, en tanto en cuanto esta última ya habrá sido contemplada por el legislador en la actividad de tipificación, ya que, si volviera a contemplarse de nuevo la misma gravedad del delito, se estaría incurriendo en infracción del principio *non bis in ídem*. Aclarado esto, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá, “*en primer lugar, de la intensidad del dolo (...); en segundo lugar, de las circunstancias concurrentes en el mismo, que, sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica; en tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta; y, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posteriores a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que afecta a la punibilidad* <sup>69</sup>.” Es en estos cuatro aspectos y no en otros en los que, como se observará posteriormente, realiza su propuesta de modelo de graduación del injusto Silva Sánchez.

#### a. Gravedad del hecho

Sentadas las bases conceptuales, es momento de adentrarse en la explicación de los factores de determinación de la pena referidos en el art. 66 CP, en los que entran en juego los referidos términos.

---

<sup>69</sup> España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm.172/2018, de 11 de abril.

Comenzando por el factor que rubrica el apartado en desarrollo, Demetrio Crespo alude a diversas sentencias del Tribunal Supremo para acotar su concepto, diciendo que *“gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción, tanto en su vertiente de acto personal como en la referida al resultado lesivo a un bien jurídico”* (Tribunal Supremo, en STS de 20 de marzo de 1986). Partiendo de este concepto y en referencia a la STS de 2 de octubre de 1995, señala que la *“discrecionalidad mínima está jurídicamente vinculada con el principio de proporcionalidad en el sentido de que a una mayor gravedad debe corresponder una mayor pena”*. En conexión con ello, recoge Demetrio Crespo la STS de 5 de julio de 1991 (entre otras), que establece que *“por gravedad de la ilicitud cometida se entiende aquellas circunstancias que permiten juzgar sobre una mayor o menor exigibilidad del cumplimiento de la norma, y el mayor o menor desvalor ético-social de los motivos que impulsaron al autor a la comisión del hecho”*.

Cuando el legislador determina con carácter general el desvalor de los diferentes tipos penales, determina asimismo las fronteras de la actividad judicial en el caso concreto. Esto es así en tanto todo aquello que ha sido valorado por el legislador en la configuración del marco penal típico no puede ser sopesado de nuevo por el juez para la determinación de la cantidad de la pena. Incurrir en este error judicial daría lugar a que la resolución judicial fuera revisable en la instancia correspondiente. Sin embargo, el marco penal debe permitir, dentro de un mayor o menor arbitrio judicial, la aplicación de la pena adecuada a cada caso.

Una consideración que subyace en todos estos planteamientos es la capacidad de *graduación del injusto culpable*. Si bien esta capacidad de graduación de la culpabilidad fue reconocida desde antiguo, no sucede lo mismo con el injusto: de acuerdo con los parámetros de la evolución del pensamiento penal en aquel momento, la culpabilidad, al comprender diversos grados (dolo, imprudencia), era susceptible de graduación.

Señala Demetrio Crespo que cuando hablamos de la graduación del injusto hacemos referencia a la graduación en el interior de los tipos penales mismos. Esto es, el grado de la antijuridicidad modifica el contenido del injusto, pero el concepto de injusto en la individualización judicial de la pena va más allá del juicio formal de antijuridicidad y comprende diferenciaciones materiales, que sólo adquieren significado a la luz de la dogmática propia de aquella, tal y como se ha referido en el apartado previo. Las razones por las cuales una acción antijurídica graduada hacen dar un paso más allá de la categoría de la culpabilidad son de diversa índole: carácter tutelable de la víctima, envergadura de determinados medios, tipo de ejecución del hecho, utilización de

determinados medios, especiales funciones, obligaciones jurídicas, relaciones del autor...

La afirmación de que la medida de la culpabilidad por el hecho depende del contenido de injusto del hecho penal individual y de que la cantidad de la pena adecuada al injusto se mide de acuerdo con la gravedad del injusto individual, según este autor, parece clara; sin embargo, continúa explicando, para poder poner en relación este proceso de cuantificación con la pena adecuada al caos concreto, se requiere su integración en el sistema de la individualización judicial de la pena<sup>70</sup>.

La misma posición defiende Silva Sánchez, como será desglosado en el apartado siguiente *“Propuesta de modelo de cuantificación del injusto”*, a pesar de lo cual he creído conveniente dejar anotado y explicado en el punto que ahora se desarrolla las consideraciones que llevan a estos autores a concluir la necesidad de la gradación del injusto en orden a obtener una pena mayormente justificada. Por los aspectos que se referirán, *“El fin perseguido es la elaboración (dogmática) de una escala cuantitativa de subtipos (clases de realizaciones típicas), en la que se contengan ordenada en función de su gravedad las diversas formas de realización del mismo tipo”*<sup>71</sup>.

Castelló Nicás, como se ha venido refiriendo en las sentencias del alto tribunal y aludiendo a otras de ellas, resalta el hecho de que no ha de confundirse la gravedad del hecho con la gravedad del delito, en tanto en cuanto esta ha sido ya contemplada por el legislador en la redacción del tipo delictivo y en el establecimiento de las penas, las cuales oscilan en una horquilla de un máximo y un mínimo.

Se trata, por tanto, de factores que, no teniendo ubicación en las causas modificativas de responsabilidad criminal, concurren en el hecho finalmente ejecutado, y, en cierto modo, suponen un incremento o disminución del injusto del hecho y de la culpabilidad que acompañan a la ejecución del mismo, ello en la medida en que la tipificación legislativa permita, dentro de la horquilla preestablecida y de la naturaleza del delito<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Demetrio Crespo, E. (2016). Ob. cit. Pp. 378-384.

<sup>71</sup> Silva Sánchez, J.M. (2008). Ob. cit. Pág. 21.

<sup>72</sup> Castelló Nicás, N. (2007). Ob. cit. Pp. 174-176.

### b. *Circunstancias personales del autor*

Como se ha dicho, las *circunstancias personales del autor* aparecen recogidas como criterio de individualización de la pena por el art. 66.1.1º CP, para aquellos casos en los que no concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Continuando con la explicación ofrecida por Demetrio Crespo, este criterio se define como “*el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el Derecho penal, porque sólo así puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto*”. Según dicho autor, el factor de las circunstancias personales del delincuente supone apreciar, además de su personalidad en relación a los diversos fines de la pena, los posibles factores indiciarios de su trayectoria personal (su vida anterior y comportamiento posterior a la conducta delictiva), así como su situación familiar, profesional o económica, y su sensibilidad a la pena, así como la susceptibilidad de la misma.

En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que este criterio no puede conducir a una pena superior a la que se considere adecuada a la gravedad del hecho, sino que tendrá que jugar por debajo de la pena adecuada al injusto, indicando si una pena inferior es suficiente para producir el efecto contramotivador que se persigue. En caso contrario, se estaría juzgando al autor del hecho delictivo por cómo es, y no por lo que ha hecho: se castigaría la personalidad y no la conducta.

Sin embargo, es cierto que las circunstancias personales son especialmente relevantes de cara a la *sustitución de la pena*, en tanto permiten analizar las posibilidades de cumplimiento de la pena (por ejemplo, las circunstancias económicas del penado de cara al pago de una multa determinada), perspectivas de reinserción (si el reo muestra arrepentimiento, sentimiento de culpabilidad, o si por el contrario se muestra reacio a ello considerando que su forma de actuar es la correcta).

En este sentido, el art. 80 CP, además de establecer ciertos criterios legales cuyo cumplimiento posibilitaría la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, establece el deber de los jueces y tribunales de valorar, para adoptar esta decisión, “*las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que*

*quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*<sup>73</sup> (art. 80.1.I CP).

Así, la medición de las circunstancias personales del delincuente podrá ser valorada atendiendo a tres dimensiones temporales diferentes: la vida anterior del sujeto, su situación personal en el momento de realización del hecho y el comportamiento posterior<sup>74</sup>.

En lo relativo a la vida anterior al reo, adquiere relevancia las pena anteriormente impuestas o, en sentido contrario, la impunidad del reo hasta ese momento, que, aparentemente, pueden dar un elemento de juicio para la consideración de la personalidad del delincuente. Desde el punto de vista opuesto, es decir, en lo relativo al comportamiento posterior a la comisión del hecho delictivo, es importante la actitud del reo en tanto el tribunal apreciará si el culpable hubiera procedido a reparar el daño ocasionado, o a disminuir sus efectos, hecho que constituye una circunstancia atenuante del art. 21.5º. Además, el art. 81.1.3º CP requiere, para posibilitar la suspensión de la pena, que *“se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieran originado (...)”*<sup>75</sup>.

En cuanto a la situación familiar, profesional o económica, estas entran en juego en diversas ocasiones. Como se ha dicho, las circunstancias de tipo económico a tomar en consideración son especialmente relevantes en los casos de imposición de penas de multa, ya que, si estas son demasiado altas y dejan al reo en una situación cercana al desamparo, pueden impulsarlo a volver a delinquir; sin embargo, tampoco es conveniente que sean demasiado bajas, puesto que quitaría importancia al hecho.

Las consecuencias de tipo profesional pueden llevar igualmente a la situación de desamparo descrita en el párrafo precedente, tanto del reo como de su familia dependiendo de las circunstancias familiares, en tanto van de la mano de las circunstancias económicas. En definitiva, son tres ámbitos a tener en cuenta conjuntamente por hallarse intrínsecamente unidos.

Finalmente, la sensibilidad a la pena y la susceptibilidad de pena del autor, son dos circunstancias que se tienen en cuenta en relación con la personalidad del delincuente, que al igual que las circunstancias de tipo familiar, profesional o económico, no guardan

---

<sup>73</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

<sup>74</sup> Arroyo, S. (2015). Ob. cit. Pp. 251-252.

<sup>75</sup> España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

conexión ni con la gravedad del injusto, ni con la culpabilidad. El primero de los conceptos significa que una persona padece más que otra con la imposición de la misma pena, mientras que diferente “susceptibilidad de la pena” implica que el efecto positivo o negativo de la misma pena puede ser distinto según el reo, entendiendo que el primer aspecto atañe más a la imposición de la pena más justa en el caso concreto, y el segundo a aquella que es necesaria para alejar al autor de la comisión de nuevos hechos delictivos<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> Demetrio Crespo, E. (2016). Ob. cit. Pp. 397-411.

## VI. PROPUESTA DEL MODELO DE CUANTIFICACIÓN DEL INJUSTO

La falta de claridad en relación a cuál puede ser la pena “adecuada” conduce a un correlativo trato desigual. Sin embargo, una decisión conforme a derecho requiere que los casos iguales reciban un tratamiento igual.

En la individualización de la pena, el marco penal abstracto no limita totalmente al operador jurídico, aunque en último término el juzgador deberá precisar cuál es el “nivel del caso” conforme a las circunstancias relevantes del caso particular para así llegar a una reacción jurídico-penal determinada. El aplicador del Derecho se enfrenta a la dificultad de elegir dentro de las diversas posibilidades de reacción que la ley pone a su disposición, ya que los marcos penales cumplen una función limitadora, esto es, que en todo caso queda excluida una posibilidad de reacción no prevista (*nullum crimen sine lege*). Es necesario, por tanto, establecer la reacción adecuada al caso particular dentro del programa de consecuencias jurídicas disponible<sup>77</sup>.

De todo lo expuesto se deduce que la determinación de la pena consiste en la determinación del exacto contenido delictivo del hecho, de modo que este acto “se configura esencialmente como aquél en virtud del cual se constata el concreto contenido del injusto, culpabilidad y punibilidad de un determinado hecho, traduciéndolo en una determinada medida de la pena. Así, los elementos constitutivos del injusto típico culpable y punible cumplen, pues, una función cualitativa y otra cuantitativa, en cuya virtud se determina el grado de su realización<sup>78</sup>”.

Para Jürgen Wolter, coincidente con Wolfgang Frisch y haciendo referencia a lo desarrollado por éste, en esta cuestión influyen importantes factores preventivos, así como a cuestión de la conducta posterior al hecho; y en la inclusión de estos en el proceso de la determinación de la pena, ambos sostienen que la misma debe reconducirse a alguna de las categorías básicas del sistema del delito: el injusto culpable. De este modo, el sistema de la determinación de la pena aparece como una prolongación del sistema del delito, una categoría adicional ubicada en la determinación

---

<sup>77</sup> Freud, G: (2008). Ob. Cit. Pág. 33.

<sup>78</sup> Silva Sánchez, J.M. (2008). Ob. cit. Pp. 15-16. Parafraseando a Krhal, *Tatbestand*.

de la pena a la que afecta la necesidad de reaccionar mediante una pena orientada al injusto culpable<sup>79</sup>.

### **A. Sentencia AP de Vizcaya y TSJ de Baleares**

Esta necesidad de una pena ajustada a derecho y motivada se justifica cuando se encuentran sentencias que, en comparativa, si bien versan sobre el mismo delito, lo hacen en circunstancias distintas, recibiendo la misma pena justificada y racionalmente en una, y, sin embargo, no así en la otra. Aunque es cierto que las resoluciones que a continuación se expondrán brevemente, refieren su problemática en lo atinente a la individualización legal de la pena que lleva a cabo el juez, que lo que respecta a la individualización en sede judicial de los factores de la gravedad del hecho y las circunstancias personales, es visible en ellas la crucial importancia de la motivación de las resoluciones.

En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 26 de febrero de 2016, se condena al autor de un delito continuado de prevaricación administrativa en concurso medial con un delito continuado de malversación, a 8 años y 6 meses de inhabilitación especial para empleo o cargo público en funciones de contratación y gestión de fondos públicos, y a cuatro años y seis meses de prisión, e inhabilitación absoluta durante 8 años por el delito continuado de malversación.

El tribunal de la Audiencia Provincial, en la citada sentencia, lógica y racionalmente motivada, refiere la necesidad de imponer la pena por separado, de acuerdo con el art. 77.2 y 3 CP, en tanto la infracción más grave poseía una pena de prisión que había de imponerse en su mitad superior por la regla concursal, dentro de la mitad superior ya dada por la continuidad delictiva. Por tal razón, decide el órgano jurisdiccional la imposición por separado de la pena mínima, además de atender a razones externas al tipo delictivo, como son el transcurso de un tiempo considerable desde la comisión de

---

<sup>79</sup>Wolter, J. (2004), "Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, de sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena", En Wolter, J. y Freund, G. (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid. Pp. 39-40.

los hechos, así como que estos fueron llevados a cabo de forma pública y ante la inacción de la autoridad competente<sup>80</sup>.

Sin embargo, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 17 de diciembre de 2009, del caso SON OMS, se trata de imponer a uno de los acusados la misma pena que en la referida resolución vizcaína, pero ello en ausencia de continuidad delictiva, así como de motivación alguna en la decisión de obviar la aplicación de la regla concursal del artículo 77.3 CP. En esta sentencia se condena al autor por un delito de malversación de fondos públicos en concurso medial con un delito de prevaricación, a 4 años y 6 meses de prisión por el primero de ellos y a 8 años de inhabilitación absoluta por el segundo. En este caso, el Tribunal opta por la punición según la regla general e impone la pena correspondiente al delito más grave, la malversación, en su mitad superior, es decir, cuatro años y seis meses de prisión, argumentando que se trata de la penalidad mínima. En ausencia de argumentos que pudieran justificar la imposición de la pena privativa de libertad en dicha extensión, la punición por separado resulta más favorable si se mantiene la imposición de la mínima legal, pues el delito de malversación vigente en la fecha de los hechos estaba penado con una pena de prisión comprendida entre tres y seis años, y el de prevaricación con una pena restrictiva de derechos<sup>81</sup>. Es decir, en esta resolución debería haberse procedido del mismo modo que en la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Se presenta como crucial, de este modo, la motivación de la consecuencia jurídica impuesta en la resolución. De hecho, es el propio Tribunal Supremo quien, en sentencia de 16 de junio de 2010, casa la sentencia del TSJ de las Islas Baleares parcialmente, por la indebida aplicación del art. 77 en cuanto que se impone la pena de malversación como más grave en su mitad superior, cuando penando separadamente resultaba una menor penalidad, dada la heterogeneidad de las penas.

Además, la citada resolución balear no esgrime argumento alguno por el cual imponer esa pena, ni tampoco en lo referente a la mayor o menor gravedad del hecho cometido ni las circunstancias personales del autor, sino que únicamente se refugia en el establecimiento de la pena mínima dentro de la mitad superior a imponer por el concurso erróneamente aplicado, sin ofrecer explicación alguna sobre ello, en tanto no concurren, tampoco, circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Este es un claro ejemplo de la crucial importancia de los factores de determinación judicial de la pena,

---

<sup>80</sup> España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 10/2016, de 26 de febrero.

<sup>81</sup> España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Civil y lo Penal). Sentencia núm. 4/2009, de 17 de diciembre. *Caso SON OMS*.

que llevan al tribunal vizcaíno a imponer la pena mínima de acuerdo a circunstancias que, si bien no han sido tipificadas en la legislación penal, se han tenido en cuenta por la Audiencia Provincial en orden a rebajar la consecuencia jurídica resultante del hecho delictivo.

Partiendo de esta base y siguiendo las pautas de Silva Sánchez, el siguiente paso es establecer ciertas premisas, defendidas por el aludido catedrático, para sistematizar la determinación de la pena a través de la teoría del delito. Este sistema no deja de representar la *teoría de la proporcionalidad con el hecho*, que pretende conseguirse mediante la sistematización de las variables de los hechos concretos que configuran el tipo, al efecto de obtener como resultado una individualización “dogmática” de la pena.

Dogmática porque, siguiendo sus explicaciones, el fundamento de que la teoría del delito sea la que forme parte de esta solución radica en que toda política criminal que lleve a cabo el juez deberá discurrir por el cauce de las categorías dogmáticas. La acogida de esta premisa supone que, en tanto la *teoría del delito* se configura de las aludidas categorías dogmáticas, se presenta como un *sistema de reglas que permiten establecer con la mayor seguridad posible el sí o no del merecimiento y necesidad de la pena*. Como consecuencia directa de ello, la *teoría de la determinación de la pena*, entonces, se configura como la *teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho que implicará el establecimiento del cuánto de su merecimiento y necesidad de la pena*.

---

47

Si bien han de admitirse ciertos márgenes de actuación al órgano judicial, tal y como se ha justificado en las líneas ya discurrecidas en este desarrollo, ello no debería obstar al inicio de un proceso de sistematización dogmática con la sola finalidad de reducir el margen de arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena. Este proceso, erigido como la continuación cuantitativa de la teoría del delito, busca la pena ajustada a la culpabilidad, dependiendo, entonces, de las categorías del injusto objetivo y subjetivo, y de la culpabilidad.

Llegados a este punto la complejidad del tema aumenta, ya que, aunque en apartados precedentes se ha pretendido explicar el concepto de injusto, así como la relación existente entre este y la culpabilidad, si estos pretenden cuantificarse ha de establecerse de forma muy concreta su concepción de base. Pero lo mismo sucede en sentido contrario, en tanto el análisis de las circunstancias que influyen en la determinación judicial de la pena hacen revisar los términos dogmáticos de los que parte la posible sistematización.

En atención a dicha dificultad y para no entrar en otro debate que podría hacer remodelar las bases de los conceptos penales vigentes hoy día y siguiendo con lo

recogido por Silva Sánchez, el concepto de injusto que debe acogerse es aquél que toma en consideración las relaciones entrelazadas entre el injusto vinculado a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en que se integran posteriormente los elementos subjetivos, y el concepto de injusto que radicaría en la desatención del derecho como orden abstracto y relación jurídica con la víctima y la generalidad. Esto es, para poder tomar en consideración y dar la relevancia que merecen a todos los factores de determinación de la pena que puedan tomar parte en cada supuesto concreto, se defiende un concepto de injusto que incorpore, junto a la dimensión empírica, la comunicativa.

Así las cosas, lo que se pretende como solución es la elaboración dogmática de una escala cuantitativa de clases de realización del tipo delictivo, ordenadas en función de su gravedad. Esta escala se elaboraría a partir de la aplicación de ciertos criterios, como son el injusto objetivo *ex ante* y *ex post*, o el injusto subjetivo, según valores numéricos. Es decir, se ordenaría el grado aproximado de aparición de estos criterios en el supuesto de hecho, siendo consciente en todo momento de que no ha de contarse con valores exactos, sino, como decimos, en términos aproximados.

De este modo, el posible modelo que surgiría de las premisas desarrolladas sería aquél que, cuantificando el injusto objetivo *ex ante*, *ex post* y el injusto subjetivo, tenga en cuenta diversos aspectos de la estructura de la comisión del delito en orden a objetivar, como se ha venido reiterando en estas páginas, la decisión judicial relativa a la pena a imponer.

## **B. Injusto objetivo *ex ante***

Así, dentro del *injusto objetivo ex ante*, se tendría en cuenta el riesgo producido para el bien jurídico concretamente protegido, desde una perspectiva cuantitativa y desde otra cualitativa. En las mismas vertientes, se analizaría, igualmente dentro del injusto *ex ante*, los posibles riesgos concurrentes para otros bienes jurídicos protegidos.

En lo referente a la *perspectiva cuantitativa*, en ella se valoraría de forma numérica tanto el grado de probabilidad de padecer la lesión antes de la comisión del delito, como la magnitud esperable de lesión. Es decir, si es probable que se dé un riesgo en un determinado bien jurídico y la magnitud de dicho riesgo.

Los valores numéricos de ordenación respecto de la *posible producción del riesgo* en el bien jurídico protegido, responderían a la siguiente clasificación, numerada del *uno* al *cinco*: 1. Seguridad de producción del riesgo; 2. Probabilidad máxima de producción del riesgo; 3. Probabilidad media de producción del riesgo; 4. Probabilidad media de producción del riesgo; 5. Improbabilidad de producción del riesgo.

En segundo lugar, la magnitud esperable de la lesión atendería, esta vez en una escala del *uno* al *cuatro*, a los siguientes valores: 1. Máxima magnitud; 2. Media magnitud; 3. Mínima magnitud; 4. Magnitud inexistente.

Calificada la dimensión cuantitativa del riesgo para el bien jurídico protegido, tanto en el grado de probabilidad de concurrencia del mismo como en la magnitud del peligro, correspondería ahora pasar a un *análisis cualitativo*, que analiza dos vertientes: la infracción de deberes especiales en relación con la situación típica (es decir, si se es o no garante en el supuesto de hecho dado), y los elementos de contenido expresivo o simbólico contemplados *ex ante* (motivos que pudieran empujar al autor a la consecución del tipo, por ejemplo).

Mientras los últimos no se presentan en una escala de valoración numérica, no ocurre lo mismo con el primero, la *infracción de deberes especiales en relación con la situación típica*; de modo que, si de alguna manera se posee un deber especial en el supuesto de hecho habrá de atenderse a si se actuó conforme a dicho deber, debiendo cuantificarse la magnitud de dicho deber y, según creo, el grado de infracción del mismo<sup>82</sup>. El deber especial que puede tenerse en relación con la situación puede ser, del *uno* al *cuatro*, el siguiente: 1. Garante máximo; 2. Garante medio; 3. Deber mínimo; 4. Ausencia de deber.

Analizado en el injusto objetivo el riesgo que se produce de manera anterior para el bien jurídico concretamente protegido en sus dimensiones cualitativa y cuantitativa, habría de procederse al análisis de las mismas vertientes en relación, como se ha mencionado, con el riesgo existente para otros bienes.

---

<sup>82</sup> Si bien Silva Sánchez recoge la cuantificación del deber especial, no así sucede con la infracción del mismo, y, a la luz del planteamiento ofrecido por el aludido catedrático, parecería conveniente cuantificar, además de la concurrencia del deber especial, en tal caso, el grado de infracción del mismo. Ello, atendiendo igualmente a un criterio de valoración numérico orientativo, como puede ser: 1. Infracción completa; 2. Infracción parcial; 3. Infracción inexistente.

### C. Injusto objetivo *ex post*

Contemplar el injusto objetivo ulterior o riesgo *ex post*, supone atender a la medida de la lesión efectivamente producida por la conducta, traducido en el grado de negación de la norma. Esta lesión podrá ser, en una escala numérica de valoración del *uno* al *cuatro*: 1. Lesión máxima; 2. Lesión media; 3. Lesión mínima; 4. Ausencia de lesión.

Analizado el modo y cuantía de concurrencia del tipo de injusto objetivo y subjetivo en las conductas concretas a analizar, únicamente resta atender a la vertiente subjetiva del injusto.

### D. Injusto subjetivo

Como se ha referido, el tipo de injusto subjetivo se ve constituido por dos elementos, uno *volitivo* y uno *cognitivo*, que se traduce, respectivamente, en la intención del autor y el grado del conocimiento de sus actos y consecuencias de los mismos. Por ello es que la cuantificación o valoración numérica ha de realizarse de forma conjunta, y si no tanto conjunta, sí combinada, con lo que el resultado arrojado sería el siguiente: 1. Intención y conocimiento seguros; 2. Intención y conocimiento probables, cabiendo distintos grados de probabilidad y conocimiento; 3. Intención; 4. Conocimiento seguro; 5. Conocimiento de lo probable, cabiendo distintos grados de probabilidad y conocimiento; 6. Conocimiento de lo posible; 7. Desconocimiento vencible; 8. Desconocimiento invencible.

Visto todo ello y tal y como concluye Silva Sánchez, “*el esquema de ordenación de los casos intermedios se debe mover entre el caos más grave (máxima probabilidad, máximo daño, máxima infracción de deberes, máxima negación del derecho, intención y conocimiento seguro) y el caso menos grave (mínima probabilidad, mínimo daño, mínima infracción de deberes, mínima negación derecho, conocimiento sólo probable)*”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> Silva Sánchez, J.M. (2008). Ob. cit. Pp. 22-25.

## VII. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha tratado plasmar un breve estudio del sistema de individualización judicial de la pena en España, así como la conveniencia de la implantación de un sistema modulador del injusto, que sea útil al órgano judicial como herramienta para lograr una pena más justa y ajustada.

El origen de esa institución, no histórico, sino legalmente vigente, se remonta a la necesidad constitucional de motivar todas y cada una de las resoluciones judiciales (art. 120.3 CE), y en especial aquellas penales en las que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes (art. 72 CP), debiendo de atenderse a los factores de individualización judicial de la pena que ofrece el artículo 66.1.6º CP (mayor o menor gravedad del hecho y circunstancias personales del autor). El cumplimiento de esta motivación conecta de forma directa con el cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva emanado del art. 24 CE, así como con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE.

La individualización en sede judicial, es decir, una vez aplicadas las reglas legales de aplicación de la pena ofrecidas por la legislación penal, obedece a las aludidas obligaciones constitucionales, pero ha de tenerse en cuenta que la consecución de dicha tarea ha de respetar los principios de jurisdiccionalidad, legalidad, proporcionalidad y principio acusatorio. Estos se resumen en que es el órgano judicial, personado en la figura del juez, quien habrá de realizar los cálculos necesarios para la concreción de la pena de acuerdo a la legalidad vigente, transcurriendo estos, en primer lugar, por lo tipificado en el CP, y, en segundo lugar y de acuerdo con lo establecido en el mismo cuerpo, deberá valorar de modo racional y justificado los factores de sede judicial. La apreciación de esos valores en caso en que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, o en delitos leves o imprudentes, se realiza en ausencia de orientación alguna: se expresan los valores a tener en cuenta, pero no así las magnitudes en que han de observarse ni cómo se reflejarán en la pena. Ahora sí, lo que es claro, es que la valoración de los mismos ha de dar lugar a una pena proporcional al hecho cometido, que no habrá de sobrepasar los límites solicitados por la acusación.

Ha quedado reflejado en estas líneas que la mayor o menor gravedad del hecho es un factor que, por su naturaleza e importancia, es enormemente útil en la determinación penológica: establecer una comparativa de supuestos que transcurran desde los límites

mínimos a los máximos de injusto ofrece muchas facilidades en la motivación de una cuantía concreta u otra de la consecuencia jurídica en el supuesto de hecho.

Estos aspectos se han visto reflejados en las resoluciones recogidas de la Audiencia Provincial de Vizcaya y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en tanto ha sido posible comparar dos casos que, a pesar de caracterizarse por circunstancias diversas dentro de un mismo tipo delictivo, eran respondidas con el mismo *quantum* penológico: uno perfectamente motivado, tanto en sede judicial como en sede legal; otro con total ausencia de motivación e incurriendo en error de aplicación de un precepto penal.

El hecho de que las referidas sentencias versen sobre el delito de malversación de caudales públicos en concurso con el delito de prevaricación obedece a la idea de que en la actualidad es un tipo penal de gran repercusión social y que, a su vez, se halla dotado de gran complejidad. Son continuas las alusiones realizadas por la ciudadanía en cuanto a la diferenciación de trato por parte de la justicia, y especialmente en estos tipos delictivos. A pesar de las constantes referencias a este hecho, no ha resultado en absoluto sencilla la tarea de dar con dos resoluciones judiciales que en su comparación me permitieran justificar la crucial necesidad de motivación de individualización legal y judicial de la pena, en orden a modular el tipo de injusto concurrente, para dotar de mayores herramientas al juez en la toma de la decisión final.

Tras todo lo expuesto, si bien es cierto que el presente tema es susceptible de amplios y varios debates doctrinales que se escapan a estas líneas, creo conveniente concluir la necesidad de la referida metodología de cuantificación de lo injusto, en orden a lograr una lógica en el proceso de individualización judicial de la pena, que permita la obtención de unas consecuencias jurídicas más ajustadas al supuesto en concreto, en aquellos casos en que no se cuenten con circunstancias agravantes o atenuantes, o nos encontremos ante delitos leves e imprudentes (ya que en los mismos se carecen, de acuerdo con el art. 66.1.6º y 66.2, de reglas aplicables para la concreción de la consecuencia jurídica).

Si bien es cierto que los jueces, en la gran mayoría de las ocasiones, cumplen con su deber constitucional y legal de motivación de sus decisiones, y que, en consecuencia, no ha sido sencilla la tarea de encontrar resoluciones que cumplieran los requisitos necesarios para fundamentar este desarrollo, así como que puede contarse con una amplia jurisprudencia en el ámbito del sistema que aquí se ha desarrollado, emanada del Tribunal Supremo, también lo es que ha quedado clara la función clarificadora del modelo propuesto.

La reducción de la arbitrariedad, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 9.3 pasa por la aplicación práctica de la cuantificación del injusto, constituyéndose este como un método comparativo de casos, cuantificando de un modo mayor las circunstancias o características que poseen, de cara a una aplicación de la pena más justificada y ajustada a derecho. Pero, además de la obtención de una pena más ajustada al hecho concreto, se conseguiría allanar, en cierto modo, el camino al órgano jurisdiccional, en tanto se le dotaría de ciertas pautas para lograr la obtención de la consecuencia jurídica con las tan referidas características: plenamente motivada, ajustada a derecho y justa.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

Cámara Arroyo, S. (2015). Justicia Social y Derecho Penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 68*, pp. 238-275.

Castelló Nicás, N. (2007). *Arbitrio judicial y determinación de la pena en los delitos dolosos (art. 66.1 del Código Penal)*. Granada: Comares.

Córdoba Roda, J. y García Arán, A. (2011). *Comentarios al Código Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons.

Cuello Contreras, J. y Mapelli Caffarena, B. (2011). *Curso de Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Tecnos.

Demetrio Crespo, E. (1997). Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 50*, pp. 324-362.

Demetrio Crespo, E. (2013). La antijuridicidad y lo injusto penal. En E. Demetrio (coord.), *Lecciones y Materiales para el estudio del Derecho penal, tomo II, Teoría del Delito* (pp.26-42). Madrid: Iustel.

Demetrio Crespo, E. (2016). *Prevención general e individualización judicial de la pena*. Buenos Aires: Euro Editores S.R.L.

Freud, G. (2008). La determinación de las consecuencias jurídico-penales como sistema. En Sua, B. y Garro, E. (Eds.). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (pp. 27-54). Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Gallego Díaz, M. Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial. *Revista de Derecho Penal, volumen 35*. Recuperado de <http://www.asesoriayempresas.es/articulo/JURIDICO/119917/individualizacion-judicial-de-la-pena-gallego-diaz-manuel-revista-de-derecho-penal-n-35>

Martínez García, A.S. (2015). Comentario al artículo 72. En J. Gómez (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo I* (pp. 679-682). Pamplona: Aranzadi SA.

Mapelli, B. (2011). *Las consecuencias jurídicas del delito*. Pamplona: Aranzadi SA.

Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015). *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Rueda Martín, J.M. (2013). Capítulo 5: El concepto de delito. En C.M. Romeo, E. Sola, M.A. Boldova. (Coord.), *Derecho Penal, Parte General: Introducción a la teoría jurídica del delito* (pp. 69-82). Granada: Comares S.L.

Silva Sánchez, J.M., (2008). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. En Sua, B. y Garro, E. (Eds.). *Hechos postdelictivos y sistema de individualización de la pena* (pp. 13-25). Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Wolter, J. (2004). Estudio sobre la dogmática y la ordenación de las causas materiales de exclusión, de sobreseimiento del proceso, de la renuncia a la pena y de la atenuación de la misma. Estructuras de un sistema integral que abarque el delito, el proceso penal y la determinación de la pena. En Wolter, J. y Freund, G. (Eds.), *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Pp. 33-89). Madrid: Marcial Pons.

## **Jurisprudencia**

España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 21/2008, de 31 de enero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 1661/2000, de 27 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 588/2001, de 7 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 580/2010, de 16 de junio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 692/2013, de 29 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 708/2014, de 6 de noviembre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 179/2016, de 3 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 57/2018, de 1 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 172/2018, de 11 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 183/2018, de 17 de abril.

España. Tribunal Superior de Justicia de Islas Baleares (Sala de lo Civil y lo Penal). Sentencia núm. 4/2009, de 17 de diciembre. *Caso SON OMS*.

España. Audiencia Provincial de Vizcaya (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 10/2016, de 26 de febrero.

## **Legislación**

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995, núm. 281.

España. Real decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 3 de enero de 1883, núm. 260.

**Páginas web.**

Enciclopedia jurídica: *Eximentes de la responsabilidad criminal*. Recuperado de:  
<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/eximentes-de-la-responsabilidad-criminal/eximentes-de-la-responsabilidad-criminal.htm>