

CRITERIOS DE DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

Grado en Derecho

2023 - 2024

**Trabajo realizado por Arrate Matilla Duñabeitia
Dirigido por Norberto Javier de la Mata Barranco**

Mayo 2024

Resumen: En el presente trabajo se pretende un análisis y descripción del proceso de individualización de la pena. Para ello, resulta acertado ahondar en los fines de la pena, los principios del modelo de Estado actual y los elementos de la teoría del delito, en tanto elementos que inciden en el sistema de determinación vigente. Además, he optado por culminar el trabajo con una revisión práctica del proceso en cuestión, lo cual nos va a permitir observar la sensibilidad del orden que los órganos jurisdiccionales han de seguir en las resoluciones.

Palabras clave: Pena, determinación legal, individualización judicial, fines de la pena, discrecionalidad motivada.

Laburpena: Lan honetan zigorra indibidualizatzeko prozesua aztertu eta deskribatu nahi da. Horretarako, zigorraren xedeak, egungo estatu-ereduaren printzipioak eta delituaren teoriaren elementuen sakontzea ezinbestekoa dut, indarrean dagoen determinazio-sisteman eragiten duten elementuak diren aldetik. Gainera, lana prozesuaren berrikuspen praktiko batekin amaitzea erabaki dut, horrek aukera emango baitigu jurisdikzio-organoei ebazpenetan jarraitu behar duten ordenaren sentsibilitatea ikusteko.

Gako hitzak: Zigorra, legezko zehaztapena, indibidualizazio judiziala, zigorraren helburuak, diskrezionalitate arrazoitua.

Abstract: In this paper, an analysis and description of the process of individualization of the penalty is intended. For this, it is appropriate to delve into the purposes of the penalty, the principles of the current state model, and the elements of the theory of crime, as elements that affect the current determination system. In addition, I have chosen to culminate the work with a practical review of the process in question, which will allow us to observe the sensitivity of the order that the jurisdictional bodies must follow in the resolutions.

Keywords: Punishment, legal determination, judicial individualization, purposes of punishment, motivated discretion.

1. INTRODUCCIÓN.....	3
1.1 Presentación, objetivos y estructura del trabajo.....	3
2. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.....	6
2.1 Principios del Derecho Penal.....	6
2.2 Los fines de la pena asociados a los fines del Derecho Penal.....	8
2.2.1 Concepto de la pena.....	9
2.2.2 Fines de la pena (retribución, prevención general y especial).....	11
2.2.3 Clases de penas.....	14
3. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	17
3.1 Teoría General del Derecho Penal.....	18
4. EL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA.....	22
4.1 Las fases del proceso.....	24
4.1.1 La determinación y concreción legal de la pena.....	24
a) Grado de participación y grado de ejecución.....	26
b) Causas que excluyen la responsabilidad penal.....	27
c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.....	29
d) Personas jurídicas.....	30
e) Reglas de aplicación para el cálculo del marco abstracto-concreto.....	31
4.1.2 Individualización judicial de la pena.....	34
a) Circunstancias personales del delincuente.....	35
b) Gravedad del hecho.....	36
c) La necesidad de motivar la pena concreta dentro de la horquilla final.....	37
d) Factor final de la individualización judicial.....	38
4.1.3 Individualización ejecutiva.....	40
5. IMPORTANCIA DEL ORDEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.....	41
6. CONCLUSIÓN.....	43
7. BIBLIOGRAFÍA.....	45

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Presentación, objetivos y estructura del trabajo.

Este proyecto parte de una pregunta fundamental: *¿en qué se basan los jueces y tribunales para imponer una pena y no otra?* En este sentido, el objetivo de mi trabajo es explorar la función que desempeñan los órganos jurisdiccionales en la determinación e individualización de la pena de cada caso específico, que, debido a su naturaleza, son de gran relevancia. Para determinar cuáles son las bases y principios que fundamentan el proceso en nuestra sociedad actual y qué es lo que se pretende conseguir con ese procedimiento concreto, teniendo en cuenta los fines de la pena, he recabado la información y conocimientos adquiridos a lo largo del grado y me he basado en las aportaciones académicas que determinados catedráticos del Derecho Penal han realizado a lo largo de la historia con el apoyo -necesario- de la jurisprudencia recogida en diferentes sentencias.

A modo de introducción al contenido del trabajo, cabe destacar que la individualización de la pena al reo parte de la fijación del marco legal abstracto que realiza el legislador y continúa con la aplicación de los pasos que establece el Código Penal para ir acotando el margen legal que establece el delito típico, junto con el análisis de la discrecionalidad del que gozan los jueces y tribunales una vez obtienen el resultado de tales operaciones, para adecuar la horquilla temporal. Eso sí, siempre orientado por algunos principios que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, bien de los fines del Derecho Penal en su conjunto, o más concretamente de los fines de la pena, partiendo de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal. Hay que tener en cuenta a estos efectos que los fines de la pena, modelo de Estado y elementos de la teoría del delito no son independientes, sino que se condicionan entre sí¹.

Para entender todo este proceso, veremos como tal discrecionalidad es reglada por imperativo constitucional y, en cualquier caso, necesaria, ya que, como acertadamente indica Gallego Diaz, es fundamental otorgar al juez un margen adecuado de discrecionalidad para evitar la vulneración de los principios de justicia y

¹Demetrio 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*, 50 (1-3), p. 326.

proporcionalidad. De lo contrario, podría no considerarse debidamente las diferencias entre dos hechos distintos al aplicar una pena². En este sentido, a mi juicio es preciso comenzar por una aproximación del Derecho Penal como instrumento de control social. Así, teniendo en cuenta que la ley penal está intrínsecamente ligada a la estructura política de una sociedad, conviene destacar los principios y fundamentos que rigen en nuestro Estado Social y Democrático de Derecho, en tanto pilares del proceso de individualización de la pena.

Efectivamente, la individualización de la pena es un proceso complejo que implica tres factores o significados; en primer lugar, el factor real que alude a los antecedentes de hecho y circunstancias que necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta, esto es, las circunstancias concretas del delito y del delincuente; en segundo lugar, el factor final, que se refiere al fin que se persigue con la imposición de la pena; y por último, el factor lógico, que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma³. Con lo cual, tras la aproximación al Derecho Penal como instrumento de control social, continuaremos con el estudio de los fines de la pena (retribución, prevención general y especial), para poder desarrollar en los siguientes capítulos la incidencia de estas en cada fase de la determinación de la pena, junto con el análisis del concepto de la pena y la realización de un esquema estructural y general del sistema de penas vigente.

Una vez aclarados conceptos básicos, pero esenciales, nos centraremos en la estructura de la individualización de la pena, la cual, partiendo de la pena legal abstracta, consta de tres fases, la primera, la determinación legal de la pena, continuando con la determinación judicial de la misma y culminando con la determinación ejecutiva. Para ello, veremos los factores reales, es decir, la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, como puntos clave que inciden en el proceso. Efectivamente, aunque existen algunas pautas específicas en ciertos preceptos del Código Penal para la determinación de la pena, la decisión final es del Juez o Tribunales, por lo tanto, tendrá especial mención las funciones y responsabilidad de estos en el proceso, así como la importancia de la motivación en sentencias penales y

²Gallego Díaz, M. (2012) Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial. *Revista de Derecho Penal*, 35. pp. 9 y ss.

³Demetrio 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*, 50 (1-3), p. 327.

la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales penales referidos a los factores lógicos del proceso.

2. EL DERECHO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL.

El Derecho Penal se define como instrumento de control social formalizado, a través del cual el legislativo conmina con penas la realización de determinadas conductas que se consideran contrarias a la convivencia social, suponiendo así, el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen de la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes los cometen. En cualquier caso, y de acuerdo con el Magistrado de la Sala Segunda (de lo penal) del TS, Andrés Martínez Arrieta, es útil tener en cuenta que la forma en la que se determina el tipo de conductas incriminadas, el establecimiento de las sanciones, las consecuencias jurídicas y lo que se trate de perseguir con ellas, y, en definitiva, la utilización del Derecho Penal en la sociedad actual está estrechamente relacionada con la propia estructuración de la sociedad. Así, Goldschmidt argumentó que la ley penal está intrínsecamente ligada a la estructura política de una sociedad y, en el mismo sentido, Mir Puig, expuso que el Derecho Penal responde a una determinada política criminal y toda política criminal depende de la política general propia de cada Estado a que corresponde⁴.

2.1 Principios del Derecho Penal.

En España, como Estado Social y Democrático de Derecho, el Derecho Penal cumple una función esencial que parte del principio de utilidad, en base al cual se determina si contribuye o no a la protección de la sociedad y al mantenimiento del orden. En cualquier caso, las leyes penales descansan sobre un conjunto de principios que, según Martos Núñez, *«son aquellos presupuestos técnico-jurídicos que configuran la naturaleza, características, fundamentos, aplicación y ejecución del Derecho Penal»*⁵, y que proporcionan al Derecho Penal democrático valores por los que se rige todo el sistema, incluido el proceso de determinación e individualización de la pena.

En el núcleo del sistema encontramos los principios de legalidad y de culpabilidad, los cuales conforman los pilares de las teorías jurídico-penales del delito, el delincuente, la pena y las medidas de seguridad. El principio de legalidad, expresado

⁴Martínez Arrieta, A. (2010, 17-18 de noviembre). Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado. En *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado sobre "EL NUEVO CÓDIGO PENAL"*. Madrid.

⁵Martos Núñez, J.A. (1991). Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, pp. 217-218.

con el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, asegura que no hay crimen sin ley. Así lo establece el art. 2.1 CP que «*No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración*». Mientras, la culpabilidad, además de ser el elemento básico para determinar y medir la misma, constituye uno de los límites al *ius puniendi* del Estado, lo que significa que, para poder imponer una pena a un individuo será necesario que se le pueda responsabilizar del acto que origina su imposición, es decir, que se le pueda culpar.

Asimismo, continuando con los fundamentos del Derecho Penal, destacan -junto al de legalidad y culpabilidad-, los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad de pena. Efectivamente, la legalidad constituye la base de la seguridad jurídica, y esta legalidad democrática, se consigue a partir de la aplicación de un ordenamiento jurídico coherente por los órganos jurídicos competentes. Además, explica acertadamente Martos Núñez que «*La Constitución española garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3), mediante el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa por los Tribunales, según proclama el artículo 106.1*»⁶.

Consecuencia del principio de intervención mínima, el Derecho Penal solamente interviene en supuesto muy graves de ataque a los bienes jurídicos de particular relevancia, siendo, en cualquier caso, la última ratio, pues como afirma Bustos Ramírez⁷, «*la gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa impone que «sólo se le considere en última instancia*». Además, la necesidad de la pena obliga a analizar, en todas las etapas de la intervención penal, si una pena específica, aplicada a un caso particular, es o no necesaria de acuerdo con los requisitos de disuasión e intimidación de la prevención general⁸.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación y ejecución de estas instituciones penales fundamentales destacan el principio básico de la justicia penal, el principio de

⁶Martos Núñez, J.A. (1991). Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, pp. 247-249.

⁷Bustos Ramírez, J.J. (1984). *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. Ariel, p. 49.

⁸Martos Núñez, J.A. (1991). Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, p. 279.

humanidad de las penas, que reside en la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, contenidos en el artículo 10.1 CE y el principio de proporcionalidad, el cual constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, en tanto que se exige una necesaria proporción entre el delito cometido -y la peligrosidad del sujeto- y la pena o la medida de seguridad impuesta. Además, conviene destacar también el principio de resocialización (contenido en el artículo 25.2 CE), en tanto que nuestro sistema no busca la marginación del reo, sino su reintegración en la sociedad, cuestión que profundizaremos más adelante.

En resumen, el Derecho Penal, como instrumento de control social democráticamente legitimado, se rige por una serie de principios y requisitos que buscan garantizar la justicia, la proporcionalidad y la humanidad de las penas, así como la protección de los bienes jurídicos más relevantes de la sociedad, y constituye la última ratio para resolver los conflictos que supongan una grave lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales para el individuo y la comunidad en su conjunto⁹. Son estos principios los que han de tenerse en cuenta en tanto rigen todo el sistema penal y constituyen los pilares del procedimiento de individualización de la pena.

2.2 Los fines de la pena asociados a los fines del Derecho Penal.

Para comprender y estudiar el procedimiento de la determinación de la pena es esencial comenzar por el análisis de esta. Por ello, en este segundo capítulo vamos a centrarnos en el fundamento de la pena, así como sus funciones y fines que con ella se persiguen, comenzando desde la definición del concepto mismo -con cierta precisión- e identificando sus características, en base a distintos catedráticos del Derecho Penal y las disposiciones del Código Penal. Asimismo, y teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo es el estudio del proceso de determinación de la pena, y no concretamente de las penas, se va a realizar un esquema general, es decir, sin profundizar en cada tipo de pena, de la clasificación en el sistema vigente.

⁹Martos Núñez, J.A. (1991). Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, p. 224.

2.2.1 Concepto de la pena.

La pena es la consecuencia jurídica tradicionalmente asociada a la comisión de un delito y continúa siendo la sanción fundamental, además de las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas, previstas en nuestro ordenamiento jurídico como respuesta a la perpetración de un delito y medio para tratar su futura comisión. Además, conviene resaltar la relevancia constitucional de la pena, pues se deben respetar las garantías constitucionales sustantivas y procesales, previstas, por ejemplo, en los artículos 24.2 y 25.1 CE para su previsión e imposición, que no serían exigibles frente a otras consecuencias jurídicas¹⁰.

De acuerdo con la Real Academia Española, *pena* se define en su segundo y tercer apartado como el *castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta y dolor, tormento o sentimiento corporal*¹¹. Desde una perspectiva jurídico-penal, no existe un concepto similar, ya que el Código Penal opta únicamente por categorizar las penas que contempla y por excluir de esta definición ciertas intervenciones en la esfera personal de los ciudadanos. Así, de acuerdo con los artículos 32 y 33 CP, y como veremos más adelante, las penas pueden ser principales o accesorias; privativas de libertad, privativas de otros derechos, o de multa; y también pueden ser graves, menos graves y leves.

Centrándonos en el Código Penal, y partiendo del artículo 2.1 «*no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración*», por lo que la pena solamente puede ser impuesta con arreglo a lo establecido en las leyes, de tal forma que, en todo momento, está sujeta al principio de legalidad. Asimismo, volviendo a la característica común previamente mencionada, recoge el Código Penal en su artículo 3.1 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*», además, el artículo 34 CP establece que no se consideran como *penas* las medidas cautelares dictadas en el proceso penal, ni las sanciones administrativas, ni las *privaciones de derechos y sanciones* que tengan un

¹⁰Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. (2019). La pena: nociones generales. En Lascuraín Sánchez, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, pp. 161 y ss.

¹¹Real Academia Española. (2022). *Pena*. *Diccionario de la lengua española* (23.ª ed.).

propósito reparador, ya sean de índole civil o administrativa¹². Ello nos permite diferenciar la pena de otras sanciones o medidas que pueden ser impuestas por la autoridad administrativa o judicial en el ejercicio de sus funciones disciplinarias o incluso judiciales, pero que están dirigidas a la justicia preventiva, debido a la necesidad de que su aplicación sea, efectivamente, realizada por los jueces y Tribunales, y, además, en un procedimiento penal que esté revestido de todas las garantías para los derechos fundamentales de la persona.

Por su parte, según establece Boldova Pasamar, el concepto de pena propuesta por Cuello Calón ha sido ampliamente aceptado en la doctrina española, pues Calón lo define como «*la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal*»¹³ Y, es cierto que, materialmente la pena consiste en una privación o restricción de bienes jurídicos, no obstante, tal característica de la pena también la podemos encontrar en otro tipo de reacciones jurídicas, véase, por ejemplo, las sanciones administrativas y disciplinarias. Sobre ello, establece Cerezo Mir¹⁴ que la diferencia entre la pena y otras sanciones previstas es meramente formal.

Otra definición más concreta la encontramos a través de Peñaranda Ramos, quien acertadamente señala, a partir del filósofo del Derecho británico Hart, que «*la pena criminal podría definirse como una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes a través de un procedimiento legalmente establecido, como castigo que se aplica al responsable de la comisión de un hecho, jurídicamente desaprobado, de carácter delictivo*»¹⁵.

¹²Rodríguez Horcajo, D. (2019). Pena (Teoría de la) = Punishment (Theory of). *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, 16, pp. 219-232.

¹³Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón, M.C. (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 63. Citando a Cuello Calón, *La moderna penología*, p.16.

¹⁴Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón, M.C.(coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 63. Citando a Cerezo Mir J. (1996). *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo I: Introducción*, 5.ª ed., Tecnos, pp. 43, 48, 57.

¹⁵Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. La pena: nociones generales. En Lascuráin Sánchez, J.A. (Coord.). (2019). *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 164.

2.2.2 Fines de la pena (retribución, prevención general y especial).

La justificación del Derecho Penal se centra en la pretensión de justificación de la pena, cuya correlación es evidente, ya que las penas y las medidas de seguridad son los medios principales a través de los cuales interviene¹⁶. Ciertamente, como señalan Gracia Martín y Boldova Pasamar, la cuestión del fundamento, y concretamente, de los fines de la pena condiciona el sentido de la función y de la tarea del mismo Derecho Penal¹⁷.

A lo largo de la historia, la justificación y legitimación de la imposición de penas se ha vinculado a dos perspectivas: *punitur, quia peccatum est*, es decir, castigar porque se ha delinquido, o *aut ne peccetur*, es decir para que no se cometan delitos en el futuro. Si bien esta contraposición nos sirve para delinear la diferencia entre teorías absolutas o retributivas y teorías relativas o preventivas, debemos tener en cuenta que (tal contraposición) es innecesaria, en tanto es razonable pensar que se castiga porque se ha delinquido y para que no se delita¹⁸.

A partir de estas dos perspectivas, la absoluta y la preventiva, nos encontramos con tres ideas fundamentales, la retribución, la prevención general y la prevención especial.

a) *Teoría absoluta: retribución.*

Según la perspectiva de la teoría absoluta, la pena es una forma de retribución, es decir, una compensación por el daño causado por el delito. Su justificación, a diferencia de las teorías relativas, radica únicamente en el delito cometido, relegando los fines de utilidad social. Históricamente, esta retribución se ha vinculado a la ley del talión, principio antiguo de justicia retributiva que se resume en la frase «*ojo por ojo, diente por diente*», lo que ha llevado a su mala reputación actual, dada la sensibilidad y

¹⁶Besio Hernández, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch, p. 55.

¹⁷Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón, M.C. (coord.). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 65.

¹⁸Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. (2019). La pena: nociones generales. En Lascuraín Sánchez, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. p. 165.

las concepciones valorativas de nuestra época¹⁹. Sin embargo, la moderna teoría de la retribución que surge en el idealismo alemán de la mano de Kant y Hegel, tal y como acertadamente explica Gracia Martín, se separa del principio del talión. Sin entrar muy a fondo en las obras de los filósofos, para Kant sólo es admisible fundar la pena en el merecimiento del delincuente por el hecho cometido, por lo que la que concibe la ley penal como un imperativo categórico y la imposición de la pena una exigencia absoluta de justicia; mientras, para Hegel, la pena sería la negación del delito y, por lo tanto, la afirmación del derecho²⁰. En este sentido, la pena no busca compensar el mal moral causado por el delito, sino que sirve como una reafirmación del ordenamiento jurídico.

b) Teorías preventivas: general y especial.

En cambio, de acuerdo con las teorías preventivas, el fin de la pena no se limita a la retribución del delito en sí, sino que también tiene un efecto preventivo en la sociedad para evitar futuros delitos. Dependiendo de si ese efecto preventivo se dirige al delincuente en cuestión o a la sociedad en general, se hace una distinción entre prevención especial y prevención general.

En nuestro sistema actual, la pena tiene que cumplir con ambas funciones de la teoría relativa o de prevención. Por un lado, tiene que cumplir con la prevención general, donde nos encontramos con dos vertientes, una positiva y otra negativa; la primera se refiere a la pena como una confirmación para la sociedad cuando se aplica, en tanto reafirma que la norma está en vigor y, por lo tanto, que debe ser obedecida; mientras que la vertiente negativa sostiene que la pena cumple la función de convencer a la sociedad de no cometer delitos a través de una amenaza de castigo o amenaza punible. Por otro lado, la pena ha de cumplir con la prevención especial, entendida como la imposición de la pena con el fin de prevención, destinado al delincuente para evitar su reincidencia en el futuro, especialmente mientras tenga restringida su libertad,

¹⁹Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 65.

²⁰Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 65 y ss. Citando a Cerezo Mir, J. (1996) en *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo I: Introducción*, 5.ª Ed., Tecnos, pp. 20 y ss.

ya que, en el transcurso de este periodo se intentará corregir las razones por las que cometió el delito e intentar su resocialización, en aras del art. 25.2 CE²¹.

Así pues, la pena está orientada a ciertos objetivos, entre los que se incluyen la resocialización del reo y su principal función se dirige a un fin preventivo, como método para evitar futuros delitos, lo cual no implica que la prevención especial sea el fundamento y fin de la pena. Tal y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, además de apuntarse hacia una concepción mixta de la pena en la que se considera legítimo que ésta persiga, indistintamente, variados fines de prevención general y especial²², establece la STC 150/1991, de 4 de julio, «(...) el art. 25.2 C.E. contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad (...)», por lo tanto no puede entenderse la prevención especial como único fin de la pena, sino el aspecto resocializador como uno de los fines de la misma, en este sentido. En cualquier caso, tampoco se establece en las leyes penales vigentes la función, ni los fines de la pena.

En este sentido, puede ya irse adelantando que, siguiendo con el planteamiento de Roxin²³, los fines han de ponderarse en función de las fases de aplicación del Derecho Penal en la que nos encontremos. Así, cuando el legislador establece un marco legal abstracto, el cual denominamos fase de conminación penal, será la prevención general la más relevante, mientras que, en la fase de determinación de la pena, tendrá que considerarse la prevención general y especial, junto con la retribución. Finalmente, será en la fase de ejecución, donde, además de primar la prevención especial, tiene especial sentido el principio constitucional del artículo 25.2 CE.

Además, cabe destacar que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor, en tanto que, una pena que se exceda de ambos parámetros

²¹Cuello Contreras, J. & Mappelli Caffarena, B. (2015) *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Tecnos, pp. 25 y ss.

²²Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. (2019). La pena: nociones generales. En Lascuraín Sánchez, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 187.

²³Trapero Barreales, M. A. (2021). Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución Española. *Revista jurídica de la Universidad de León*, 8, pp. 165-183. Citando a Roxin, C. (1997), *Derecho Penal, Parte general, Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Aranzadi, pp. 97 y ss.

es considerada desproporcionada, injusta e inhumana, lo cual supondría su inconstitucionalidad por violar el art. 15 CE. Así lo establece acertadamente Peñaranda Ramos; las teorías absolutas de la pena tienen sin duda aspectos positivos, pues están asociadas a la exigencia de proporcionalidad con la gravedad del delito (y la culpabilidad o responsabilidad del perpetrador), lo cual sirve como un límite al castigo y como una salvaguardia para los ciudadanos. De acuerdo con esta premisa, la pena no debe exceder este límite, incluso si consideraciones preventivas o utilitarias sugieren lo contrario, ya que ello implicaría tratar a los individuos como simples medios o instrumentos para alcanzar esos fines²⁴.

2.2.3 Clases de penas.

Es cierto que las penas pueden clasificarse en función a distintos puntos de vista. Según Muñoz Conde, podríamos clasificar las penas *en función de su naturaleza*, atendiendo al derecho que privan (art. 32 CP) y *en función de su gravedad*, dividiéndolas entre graves, menos graves y leves (art. 33 CP), calificación que corresponde con la que realiza el art. 13 CP.

En primer lugar, atendiendo a la naturaleza de la pena, es decir, por razón del bien o derecho que se prive o se restrinja al penado, se distingue entre las *penas privativas de libertad*, que, según el art. 35 CP son la prisión, la prisión permanente revisable, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; las *penas privativas de derechos*, que serían las inhabilitaciones, suspensiones o privaciones de ciertos derechos, las prohibiciones y los trabajos en beneficio de la comunidad a los que se refieren los arts. 39 y siguientes del Código Penal; y, las *penas privativas de patrimonio (multa)*, bien en formas de días-multa o de cuantía proporcional (art. 50 a 53 CP). Luego, de acuerdo con lo establecido en el art. 33 CP, nos encontramos con *penas graves* (art. 33.2 CP), *menos graves* (art. 33.3 CP) y *leves* (art. 33.4 CP), de tal forma que se atiende a la gravedad del delito, y sobre todo a su duración. Además, esta clasificación se refiere principalmente a un fundamento procesal, en tanto que se determina en función de la competencia judicial para tratar los diferentes tipos de infracciones legales; estos, a su vez, se distinguen formalmente por la

²⁴Sobre ello, Gracia Martín, L. & Boldova Pasamar (2023) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, pp. 63 y ss. y Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. (2019). La pena: nociones generales. En Lascurain Sánchez, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. pp. 167-169

clase de pena (grave, menos grave o leve) con que estén sancionadas. Tal y como señala Muñoz Conde, como regla general, el conocimiento y fallo de los delitos graves compete a la Audiencia Provincial, el de los menos graves a los Juzgados de lo Penal, y el de los leves al Juzgado de Instrucción (art. 14 de la LECrim)²⁵.

Además, en atención a la persona afectada, se distingue entre las penas aplicables a las *personas jurídicas*, cuyas penas, de acuerdo con el art. 33.7 CP, siempre tendrán la consideración de penas graves; y, las penas aplicables a *personas físicas*, que son aquellas recogidas de los artículos 33.2 al 33.6 CP.

En función a la independencia o condicionalidad de su imposición, las penas pueden ser principales o accesorias. En este sentido, son *principales* aquellas penas que pueden imponer y aplicarse por sí mismas de manera independiente y debido al delito; y *accesorias*, recogidas en los artículos 54 a 57 CP, aquellas que solamente pueden ser impuestas junto a una pena principal y cuya existencia se justifica en la pérdida de legitimidad para el ejercicio de determinados derechos por quien resulta condenado en un proceso penal²⁶.

Asimismo, serán penas únicas, cumulativas o alternativas, en función de si la ley establece una pena única para la infracción en cuestión (por ejemplo, art. 240.1 CP) que será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. o en una combinación de varias penas en la modalidad de una acumulación o en una de alternatividad. Las cumulativas se constituyen por la acumulación de dos o más penas de distinta naturaleza, que deberán aplicarse conjuntamente, véase el art. 250 CP que impone para el delito de estafa prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Mientras que, las alternativas son aquellas de distinta naturaleza que el legislador establece para un delito debiendo el Juez o Tribunal escoger para su imposición una de ellas²⁷, por ejemplo, establece el art. 147.1 CP que «(...) será castigado, como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses (...)».

²⁵Muñoz Conde, F. & García Arán M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 469.

²⁶Muñoz Conde, F. & García Arán M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 470 y ss.

²⁷Peñaranda Ramos, E., & Basso, G. J. (2019). La pena: nociones generales. En Lascuraín Sánchez, J.A. (Coord.), *Manual de Introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, p. 189.

Finalmente, atendiendo a su previsión legal o su fijación judicial, se pueden diferenciar entre penas originarias y penas sustitutivas. Las penas originarias son aquellas que se establecen para un delito específico en la correspondiente sección de la Parte Especial del Código Penal, mientras que las penas sustitutivas penas de diferente naturaleza que, bajo ciertas condiciones, pueden reemplazar la ejecución de la pena originaria que debe haber sido, en todo caso, impuesta en la sentencia condenatoria²⁸.

²⁸Boldova Pasamar, M.Á. (2023). Capítulo II: El sistema de penas. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 98.

3. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Determinar una pena concreta por la comisión de una infracción penal comienza con un marco penal típico establecido por el legislador que responde a la cantidad de pena que el Estado, democráticamente legitimado, considera necesario asignar a la conducta que se está evaluando. Así podemos observar que la pena prevista para cada delito en la Parte Especial del Código Penal no recoge una duración cuantitativa concreta, sino un rango que proporciona al Juez o Tribunal un límite máximo y mínimo. Este rango, conocido como marco legal abstracto, responde a la imposibilidad de la ley penal de imponer una pena completamente individualizada, manteniendo al mismo tiempo la proporcionalidad de la pena en términos generales, lo cual nos coloca en un sistema de indeterminación legal relativa donde al protagonismo de la ley se le suma la participación de los Jueces o Tribunales -en mayor o menor medida-.

El origen de nuestro sistema de indeterminación legal relativa se remonta a la Ilustración y el movimiento Codificador, con la importancia de la consagración del principio de legalidad frente al sistema de determinación de la pena del Antiguo Régimen, que concedía a los jueces poderes tan amplios de determinación penal que eran ellos quienes prácticamente decidían por entero la pena a aplicar, lo que frecuentemente suponía pura arbitrariedad.

Con la Revolución Francesa se reaccionó contra la arbitrariedad de la Edad Media y del Antiguo Régimen dando pie a la aparición del nuevo modelo de Estado, la teoría de la división de poderes y la supremacía de la ley. En este sentido, el Código Francés de 1791, en aras de garantizar la seguridad jurídica, establecía un sistema de penas fijas absolutamente determinadas que los tribunales debían aplicar, sin embargo, la falta del arbitrio judicial les imposibilitaba la adecuación de la gravedad del castigo a las circunstancias concretas del hecho, con lo que normalmente optaban por la impunidad, por lo que el sistema fracasó.

Ante tal fracaso, el Código francés de 1810, manteniendo parte de la rigidez anterior, instauró el sistema de márgenes penales, el cual serviría como inspiración a nuestro Código penal de 1848, mostrando el nuevo sistema de determinación de la pena

basado en el minucioso respeto a la ley, pues encauzaba la labor del Juez a lo largo de todo un complejo proceso de aplicación de reglas diseñadas para la concreción y medición de la pena (dosimetría penal²⁹) en el que la capacidad de decisión judicial estaba limitada³⁰.

Sin embargo, tal y como acertadamente establece Boldova Pasamar, un sistema de penas que determina la pena de un modo absoluto implica la infracción del principio de igualdad, que exige tratar desigualmente los casos desiguales, y de proporcionalidad, que supone que la pena debe ser adecuada a la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad. En este sentido, se ha ido paulatinamente abriendo el sistema hacia la concesión de mayor arbitrio judicial, siempre bajo las exigencias de la seguridad jurídica propia del Estado de Derecho y el principio de legalidad y es en esta misma línea donde se incorpora el Código Penal de 1995. La ley es fruto de un proceso de abstracción y no puede tener en cuenta todos los datos particulares del hecho y de su autor de los que el Juez va a disponer para enjuiciar un caso concreto; no obstante, se mantiene la esencia del sistema legalista³¹, pues la decisión judicial necesita de ciertos márgenes en los que después pueda moverse para enjuiciar el caso concreto.

En cualquier caso, establecer el *cuánto* de la pena dentro del marco legal implica -evidentemente- señalar que la conducta llevada a cabo por el individuo se cataloga como delito, por lo tanto, necesitamos determinar el *sí o no* del delito.

3.1 Teoría General del Derecho Penal.

Efectivamente, la aproximación a los conceptos básicos sobre la Teoría General del Delito es esencial para entender el proceso de individualización judicial de la pena, en tanto el proceso es, precisamente, el de determinar la pena justa a partir del marco penal típico de un tipo penal concreto. El Derecho Penal se compone de dos partes; la primera, denominada la Parte General, estudia los Fundamentos Generales de la materia, es decir, la estructura, contenido y función de la norma jurídico-penal, junto

²⁹Véase sobre la dosimetría penal Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022) Capítulo XXXI. La determinación de la pena. En *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 501.

³⁰Boldova Pasamar, M.A. (2023), Capítulo VII. Aplicación y determinación de la pena. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, p. 348.

³¹Prueba de ello encontramos en el artículo 4 CP, entre otros, que establece que *las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas*.

con los principios que la inspiran, así como sus fuentes y límites de vigencia temporal, especial y personal. Asimismo, en esta primera parte, se observa la Teoría General del Delito como infracción normativa específicamente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición comunes a cada una de las infracciones delictivas, para finalmente, concluir con el estudio de las consecuencias jurídicas del delito, es decir, de las sanciones aplicables al mismo. La segunda parte, denominada Parte Especial, se centra en las particulares infracciones delictivas (homicidio, hurto, agresión sexual, etc.) y las sanciones específicas de cada una de ellas, agrupándolas sistemáticamente³².

Así pues, la Teoría General del Delito, cuya elaboración, como ya he adelantado, compete a la Parte General del Derecho Penal, se ocupa del estudio de los elementos comunes abstracto que deben concurrir en un determinado comportamiento humano para que se le considere un delito. Estos elementos son los que permiten atribuir responsabilidad penal a una persona y establecer unas consecuencias jurídico-penales de acuerdo con la regulación establecida en el Derecho positivo³³.

En este sentido, el artículo 10 CP establece que «*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*». Sin embargo, tal y como acertadamente apunta Rueda Martín, nuestro Código Penal no recoge una definición analítica del concepto de delito -ni meramente formal, ya que tal artículo implica unas valoraciones materiales que van más allá de lo puramente formal-. Para determinar las características comunes que debe tener cualquier conducta (acción u omisión) y ser consideradas delitos tendremos que completar tal enunciado del artículo 10, donde, además, encontramos implícito un esquema de los juicios de valor necesarios para determinar si se ha cometido un delito, con otros preceptos del CP. Siguiendo con lo que establece Rueda Martín, cada uno de estos juicios de valor parciales tienen su propio objeto de valoración, que está constituido por una parte de los elementos de la realidad. Así, para que una acción u omisión pueda ser penada, es necesario que ese comportamiento sea típico, antijurídico y culpable. Sin embargo, en ocasiones, aunque

³²Muñoz Conde, F. & García Arán M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 27-29.

³³Rueda Martín, M.A. (2016) Cap. 5. El concepto del delito. En Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. & Boldova Pasamar, M.A. *Derecho Penal. Parte General*. Comares, p. 77

concurran tales elementos esenciales, la aplicación de la pena estará condicionada por la existencia de la punibilidad³⁴.

Por lo tanto, el artículo 10 contempla las acciones y las omisiones, pues son susceptibles de responsabilidad penal tanto los actos positivos -hacer- como negativos -no hacer-, excluyendo así el mero pensamiento o ánimo cruel.

Continuando con los juicios de valor, la tipicidad, vinculada al principio de legalidad (de acuerdo con el artículo 1.1 CP³⁵), es la adecuación de la conducta concreta a la norma prevista en la ley penal, mientras que la antijuridicidad implica aquel comportamiento que se opone al ordenamiento jurídico en su conjunto. Debemos tener en cuenta que no todo comportamiento típico es antijurídico, ya que pueden concurrir causas de justificación contenidas en el catálogo de eximentes del artículo 20 CP (la legítima defensa, estado de necesidad, miedo insuperable, etc.) u otras causas de justificación específicas por ejemplo en el artículo 156 CP, el cual establece ciertos casos en los que se exime de responsabilidad penal en los delitos de lesiones.

En cuanto a la culpabilidad, se trata de un juicio de reproche individual que se dirige al autor de un comportamiento típico y antijurídico que pudo obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, tal y como aclara Rueda Martín, la culpabilidad presupone un cierto grado de desarrollo personal o madurez y, además, tiene que ser reprochable, por lo que deberán concurrir dos elementos: el elemento intelectual, es decir, la conciencia o conocimiento actual o posible de la ilicitud de la conducta y el elemento volitivo, que se refiere a la exigibilidad de obediencia al derecho³⁶. Por lo tanto, el juez deberá tener en cuenta si existen o no eximentes que determinen una exclusión (o atenuación) de la culpabilidad, es decir, determinar si el autor padece cualquier anomalía o alteración psíquica, se encontraba en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, etc.

³⁴Rueda Martín, M.A. (2016). Cap. 5. El concepto del delito. En Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. & Boldova Pasamar, M.A. *Derecho Penal. Parte General*. Comares, pp. 81-85

³⁵Establece el artículo 1.1 CP que “No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”.

³⁶Rueda Martín, M.A. (2016). Cap. 5. El concepto del delito. En Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. & Boldova Pasamar, M.A. *Derecho Penal. Parte General*. Comares, pp. 85-86

Teniendo en cuenta lo anterior, el delito es una acción u omisión típica, antijurídica y culpable, considerándose estos como elementos esenciales del concepto mismo. Sin embargo, como he adelantado y de acuerdo con Rueda Martín³⁷, en ocasiones la pena está condicionada por la existencia de ciertas condiciones objetivas de punibilidad (ver p.ej. el artículo 606.2 CP); en otras, la pena no se impone por la presencia de determinadas excusas absolutorias (ver p. ej. artículo 268 CP), es decir, circunstancias de carácter personal que determinan que no se aplica la pena al sujeto en quien concurren las mismas. Ambas obedecen a razones de política criminal y determinan la aplicación de la pena una vez configurado el delito.

Así, la teoría del delito se configura como un sistema de reglas que permiten establecer con mayor seguridad posible el *sí o no* del merecimiento y necesidad de la pena, y mediante la determinación de la pena, la decisión judicial concretará el contenido del hecho delictivo mediante el *quantum* de ese merecimiento y necesidad, respondiendo este último a la política-criminal³⁸.

³⁷Rueda Martín, M.A. (2016). Cap. 5. El concepto del delito. En Romeo Casabona, C.M., Sola Reche, E. & Boldova Pasamar, M.A. *Derecho Penal. Parte General*. Comares, pp. 87.

³⁸Silva Sánchez, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo”, *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, 2, p. 6.

4. EL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

En el proceso de individualización de la pena, han de realizarse una serie de operaciones que, partiendo del marco penal abstracto establecido por el legislador, permiten que el juez calcule el marco penal concreto. Dentro de este marco, el Juez o Tribunal, aplicará las reglas generales de fijación de la pena que se recogen en el Código Penal y se refieren a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravantes o atenuantes, o las eximentes incompletas, dando lugar a un intervalo temporal entre un límite mínimo y un límite máximo.

En este sentido, tal y como, acertadamente, establece Muñoz Conde, el sistema de la determinación legal supone el señalamiento de unos márgenes dentro de los cuales el tribunal deberá adecuar la pena a las circunstancias concretas del hecho y del autor, y no en la fijación de una pena exacta e inamovible para cada conducta³⁹, como sí sucedió en el Código Francés de 1791. Tal adecuación o fijación exacta es el resultado de una serie de pasos que comienza desde el legislador y culmina en una sentencia que, en cualquier caso, deberá ser debidamente motivada por el órgano competente, de acuerdo con el artículo 120.3 de la Constitución Española (en adelante, CE) que se concreta en el artículo 72 del Código Penal (en adelante, CP). Tal motivación, además de constituir una garantía procesal que deriva artículo 24 CE, integrándose en el catálogo de Derechos Fundamentales de las personas, es esencial en aras de evitar la arbitrariedad de la resolución, en tanto que demuestra el fundamento racional, fáctico y jurídico de tal decisión, posibilitando su impugnación razonada mediante los posibles recursos ulteriores. Sin embargo, tal y como acertadamente menciona Feijoo Sánchez, si bien la mención en el Código Penal sobre la necesidad de motivación reitera una exigencia constitucional, no resuelve completamente el problema; más bien, aumenta la importancia de las contribuciones doctrinales para guiar este aspecto de la motivación de las sentencias en la medida en que el CP Español carece de criterios generales que orienten la determinación exacta de la pena, aunque existen algunas pautas específicas en ciertos preceptos, como los artículos 68 o 66 CP⁴⁰.

³⁹Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 499.

⁴⁰Feijoo Sánchez, B. J. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, 1, p. 3.

Asimismo, señala la STS 455/2002, de 13 de marzo, y cuyo contenido deberemos tener en cuenta a lo largo de la exploración de la individualización de la pena, *«La regla 1ª del art. 66 CP, en un precepto que es efectivamente desarrollo de normas constitucionales -la que reconoce el derecho de todos a recibir de la jurisdicción una respuesta razonada en derecho y la que obliga a motivar las sentencias, no por cierto la que proscribiera la arbitrariedad que es desviación de fondo en el ejercicio del poder-, ha establecido formalmente el deber judicial de razonar en la sentencia la individualización de la pena que se imponga, cuando por no concurrir circunstancias atenuantes ni agravantes o por concurrir unas y otras pueden los Jueces y Tribunales recorrer la pena prevista por la ley en toda su extensión, atendiendo para ello a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. No cabe minusvalorar la importancia del deber de motivar la individualización punitiva -ni entenderlo cumplido con una mera y genérica alusión a las circunstancias que la ley dispone se tengan en cuenta- porque el derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura»*⁴¹.

Además, y como se desarrollará más adelante, la sentencia indica los tres posibles modos para remediar la falta de motivación en la individualización de la pena, tal como lo señaló la Sala Segunda del Tribunal Supremo: *«a) devolver la sentencia al Tribunal de instancia para que dicte otra razonando lo que en la primera quedó irrazonado; b) subsanar el defecto en el supuesto de que en la Sentencia recurrida se ofrezcan tantos elementos útiles para la individualización que permitan al Tribunal de casación realizar una operación reservada en principio al de instancia; c) imponer la pena establecida por la ley en su mínima extensión»*. En este sentido, señala acertadamente Feijoo Sánchez⁴², siguiendo a Landrove Díaz, que son las últimas dos opciones las más empleadas por el Tribunal de casación para evitar dilaciones indebidas del proceso.

⁴¹España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 445/2002, de 13 de marzo.

⁴²Feijoo Sánchez, B. J. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, 1. p. 4. Sobre la praxis del TS por Landrove Díaz, la *Ley*, 2004.3, p. 1943. Recoge en este sentido las sentencias STS 941/2000, de 2 de junio; 1362/2002, de 5 de septiembre; 783/2006, de 29 de junio.

4.1 Las fases del proceso.

Como venimos adelantando, el sistema penal vigente combina las exigencias del legalismo, señalando una cantidad genérica de pena para el delito, con las propias del principio de igualdad, es decir, con la necesidad de distinguir en cada caso concreto las específicas modulaciones de la gravedad del hecho y las circunstancias de su autor⁴³. Desde que el legislador señala el marco penal del delito hasta que la pena se ejecuta definitivamente, se produce un proceso de progresiva concreción de la sanción que se conoce como individualización de la pena y que se compone de tres fases fundamentales, cuya delimitación exacta, a mi juicio, presenta cierta problemática ya que, si bien se diferencia entre una primera fase de determinación legal y una segunda fase de individualización judicial de la pena, ambas esferas (legal y judicial) se entrecruzan, no siendo sencillo establecer dónde comienza la una y dónde la otra⁴⁴. Asimismo, en tercer lugar, tenemos la fase de ejecución de la pena, a la cual dedicaré unas breves líneas de aproximación en tanto en cuanto, las fases de estudio del presente trabajo son aquellas que corresponden a la determinación legal de la pena e individualización de esta.

4.1.1 La determinación y concreción legal de la pena.

En primer lugar, y teniendo en cuenta los elementos esenciales del delito, frente a una acción u omisión aparentemente delictiva, el juez deberá calificar todos los hechos que concurren para determinar si efectivamente tal conducta es típica, resulta antijurídica y el individuo es responsable; dicho de otra manera, el juez tendrá que enjuiciar y subsumir las circunstancias que concurren en dichos elementos y determinar si la conducta se enmarca dentro de algún delito proporcionado por el legislador y regulado en la Parte Especial del Código Penal.

En esta fase, vinculada al principio de legalidad, predomina la prevención general junto con el criterio de proporcionalidad. El legislador señala con carácter general para cada delito tanto la clase de pena (privativa de libertad, de otros derecho o multa) como el *quantum* asignado a la misma (entre un mínimo y un máximo), esto es, señala una cantidad genérica de pena proporcionada a la gravedad abstracta del hecho y

⁴³Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, p. 499.

⁴⁴véase sobre dicha problemática Velásquez Velásquez, F. (2003, 27 de agosto). El sistema de determinación de la sanción penal en el C.P. Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Departamento de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. p. 71.

que considera necesaria -y suficiente- para la intimidación, esto es, para evitar que los individuos cometan el hecho en cuestión⁴⁵. Este marco legal abstracto puede consistir en una pena única o en varias que a su vez pueden ser cumulativas, alternativas o una combinación de ambas⁴⁶.

Una vez determinado el marco abstracto previsto en la Parte Especial, que es el que corresponde al autor del delito consumado sin concurrencia de atenuantes ni agravantes genéricas, lo cual se deduce de lo dispuesto en el artículo 61 CP⁴⁷ y el artículo 66.1.6ª CP⁴⁸, el juez o tribunal deberá ir concretando dicho marco hasta determinar la pena exacta a imponer. Puede ocurrir que no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes sobre el autor de un delito consumado, en cuyo caso el juez podrá concretar la pena sin necesidad de llevar a cabo las variaciones regladas en el marco penal, apoyándose directamente en los factores de individualización de la misma.

En cambio, si el hecho no está consumado (sino en grado de tentativa), si el responsable no es autor (sino cómplice) o si concurren circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, efectivamente, deberán aplicarse las reglas contenidas en los artículos 62 a 68 CP para definir el marco penal concreto (reglas generales para la aplicación de las penas). A ello se le suman, si concurren varios delitos, las reglas especiales de determinación del artículo 73 y ss⁴⁹. A este respecto, tal y como señalan Muñoz Conde y García Arán, puede decirse que la pena de la complicidad o la de la tentativa, una vez rebajadas respecto de la pena típica, son también marcos penales abstractos.

Por lo tanto, la que a mi juicio es el segundo paso de la primera fase (determinación del marco concreto de la pena), deberá atenderse al grado de ejecución y de participación, junto con las circunstancias atenuantes y agravantes, y a ello habrá que sumar, eventualmente, la determinación en caso de concurso de delitos⁵⁰. Ello nos va a

⁴⁵Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 501.

⁴⁶Ver epígrafe 2.2.3 *Clases de penas*.

⁴⁷Art. 61 CP “cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

⁴⁸Art. 61.1.6ª CP “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho”.

⁴⁹Lefebvre, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre. Epígrafe 5497.

⁵⁰Sobre ello, véase más detalladamente Lefebvre, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre. Epígrafe 5497. “Esto se aplica en todos los delitos, incluidos los leves. Antes de la reforma de la LO 1/2015, la

permitir conocer la penal legal abstracto-concreta, la cual sigue siendo una pena abstracta (ya que todavía consiste en un marco penal que señala un mínimo y un máximo de pena), pero ajustada mediante una serie de valoraciones procedentes de la Parte General del Código Penal. Dichas valoraciones van a suponer modificaciones o cambios en la pena que afectan conjunta o alternativamente, bien al grado en que se compone, es decir, en los grados superior o inferior del marco penal fijado por la pena legal abstracta, bien a la determinación interna de pena, referida a las mitades superior e inferior del marco penal, sobre la que posteriormente operará la individualización judicial⁵¹. En cualquier caso, la determinación cualitativa de la pena no ha de entenderse como el recorrido del interior del marco penal abstracto, sino de la elección de uno distinto, inferior o superior al señalado para el delito se entiende como el recorrido⁵².

En el Capítulo II del Libro I del Código Penal (“De la aplicación de las penas”), los artículos 62 y siguientes establecen los criterios que el juez o tribunal ha de tener en cuenta para individualizar la pena base atendiendo a la concreta conducta enjuiciada.

a) Grado de participación y grado de ejecución.

En este sentido, los casos de participación⁵³ y ejecución distintos del autor de delito consumado, esto es, el cómplice y la tentativa, pueden considerarse extensiones de la tipicidad recogidas en la Parte Especial; así, establece el artículo 62 CP que se impondrá la pena inferior en uno o dos grados a los autores de tentativa de delito, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado y distinguiendo si se trata de una tentativa acabada, inacabada o inidónea.

En esta línea, en virtud del artículo 63 CP se fijará la pena inferior en grado a la establecida por la ley para los autores del mismo delito a los cómplices de un delito consumado o intentado⁵⁴. Atendiendo al art. 28 CP, se considera autor quienes realizan

determinación de la pena de las antiguas faltas dejaba un arbitrio muy amplio al juez, que no quedaba vinculado por las reglas del Código Penal (arts. 61 a 72), pero ahora, en el caso de los delitos leves, solo puede prescindir de las reglas del art. 66.1 CP”.

⁵¹ Boldova Pasamar, M.A. (2023). Capítulo VII. Aplicación y determinación de la pena. En Boldova Pasamar, M.A. & Alastuey Dobón (coord.), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch, pp. 348-350.

⁵² Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 503-504.

⁵³ véase el Título II del Libro I “de las personas criminalmente responsables de los delitos” del Código Penal.

⁵⁴ salvo que la tentativa se halle especialmente penada por la Ley en virtud del art. 64 CP.

el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento, así como los que inducen a otro u otros a ejecutarlo y quienes cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado, esto es, al autor único, coautor, autor mediato, cooperados necesario e inductor. Sin embargo, en el caso de los dos últimos sin concurrencia de condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, establece el artículo 65.3 CP que los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado. Así, combinando los artículos 62 y 63 CP es posible una acumulación de rebajas que alcanzaría hasta un máximo de tres grados menos (hasta dos por tentativa y uno más por la complicidad respecto al marco de pena original⁵⁵.

b) Causas que excluyen la responsabilidad penal.

En cualquier caso, es determinante la apreciación por el órgano judicial de la existencia de causas que eximen de la responsabilidad criminal al individuo o individuos. Así, atendiendo al catálogo de eximentes que contiene el artículo 20 CP podemos distinguir aquellas causas de justificación -que excluyen la antijuridicidad de la conducta típica, y, por tanto, claro está, exime de la comprobación de la culpabilidad del autor, pues esta sólo puede darse una vez comprobada la existencia de antijuridicidad- de las causas de exclusión de la culpabilidad o inimputabilidad. Como acertadamente explica Muñoz Conde y García Arán, «*actúa antijurídicamente quien, sin estar autorizado, realiza un tipo jurídico penal y ataca con ello un bien jurídico penalmente protegido; y 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*»⁵⁶.

Por lo tanto, en cuanto a las causas de justificación, nos encontramos con una serie de preceptos que autorizan a realizar un hecho, en principio delictivo, cuando concurren las circunstancias del tipo, estos son la legítima defensa (art. 20.4º), el estado de necesidad (art. 20.5º) y el actuar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo (20.7º).⁵⁷ Junto a ellas, se considera también como causa de justificación el consentimiento, en los casos en los que la protección de un bien jurídico

⁵⁵Lefebvre, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre. Epígrafe 5513.

⁵⁶Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 324.

⁵⁷Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 283-288

queda supeditada a la voluntad de su titular (por ejemplo, las lesiones), o la ausencia de dolo o imprudencia (llamado caso fortuito), entre otras, por lo que podemos afirmar que el catálogo de las causas de justificación no es un catálogo cerrado.

Por otro lado, el artículo 20 CP recoge una serie de casos en los que el autor de un hecho típico y antijurídico queda exento de la responsabilidad penal por la concurrencia de causas que, efectivamente, excluyen la culpabilidad del autor. Sobre las causas de inimputabilidad, especial mención a los menores de edad puesto que el mismo Código Penal (Art. 19 CP) establece que no serán responsables criminalmente, sino con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor, esto es, se le aplicarán la Ley Orgánica de Responsabilidad Criminal del Menor 5/2000, del 12 de enero. Además, establece el art. 69 CP que podrán aplicarse también dichas disposiciones a los mayores de dieciocho y menores de veintiún años. Volviendo al artículo 20 CP, se encuentran las alteraciones psíquicas y trastorno mental transitorio (Art. 20.1º), hallarse en estado de intoxicación (Art. 20.2º) y las alteraciones en la percepción (Art. 20.3º). En cuanto a la disposición sexta del artículo 20 CP, referente al miedo insuperable, en principio, podría tratarse de una causa de inimputabilidad o incluso de ausencia de acción, ya que el miedo es un estado psíquico que puede llevar hasta la paralización total del que lo sufre; pero también puede considerarse causa de justificación, pues al igual que en el estado de necesidad, el mal que se produce el miedo ha de ser serio, real e inminente.

Por lo tanto, quien carece de las facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente por sus actos, por más que estos sean típicos y antijurídicos⁵⁸.

En esta misma línea de exclusión de la responsabilidad penal, tiene especial relevancia el art. 14 CP, que regula el error de tipo, esto es, cuando el sujeto realiza los elementos objetivos del tipo sin conocimiento y voluntad (ej. disparar a una persona pensando que se trata de un jabalí) y el error de prohibición, el cual ocurre cuando el autor cree que actúa lícitamente porque desconoce la existencia de una norma

⁵⁸Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 335.

prohibitiva -no ocurre respecto a prohibiciones básicas como matar a otro- (error de prohibición directo) o cuando ni siquiera se plantea la ilicitud de su hecho porque cree que tal conducta típica y antijurídica está justificada (error de prohibición indirecto)⁵⁹.

c) Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal

Teniendo en cuenta las causas de justificación y las causas de exclusión de la culpabilidad, puede ocurrir que éstas concurren en de un modo incompleto, es decir, que se cumplan los presupuestos esenciales para la eximición, pero falte cualquier elemento objetivo o subjetivo que impida su apreciación. Sin embargo, ello no impide que la presencia de alguno de los elementos pueda incidir atenuando el juicio global sobre el merecimiento de la pena del hecho, bien porque disminuye el desvalor de acción o bien porque disminuye el desvalor del resultado, lo que da lugar a las eximentes incompletas. El Código Penal recoge de un modo general las eximentes en el artículo 21, considerando la primera circunstancia atenuante de la responsabilidad penal las expresadas en el artículo anterior «*cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad en sus respectivos casos*»⁶⁰.

Asimismo, junto con las eximentes incompletas, se consideran circunstancias atenuantes genéricas: las atenuantes ordinarias, reguladas en los apartados 2 a 6 del artículo 21 CP -entre ellas, actuar a causa de grave adicción a las sustancias mencionadas en el artículo 20.2º CP, obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante y haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades- y las atenuantes análogas, que según el artículo 21.7º CP, se trata de cualquier circunstancia de análoga significación a las anteriores. Por ejemplo, la confesión tardía, por analogía del artículo 21.4º CP⁶¹.

Al igual que las atenuantes, el artículo 22 CP recoge aquellas circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, bien porque suponen un incremento de la

⁵⁹Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 355-356.

⁶⁰Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, p. 289.

⁶¹Así, la STS 695/2016, de 28 de julio ha afirmado que la atenuante análoga "es aplicable en todos aquellos supuestos en los que no concurre el elemento cronológico exigido en la expresa previsión atenuatoria, pero aparezca una actuación colaboradora del investigado que sea reflejo de la asunción de su responsabilidad y que facilite la depuración del reproche que legalmente merecen los hechos en los que participó (...)"

gravedad objetiva del hecho, bien un mayor reproche al autor⁶²; distinguiendo así entre circunstancias agravantes objetivas, que son la ejecución del hecho con alevosía (22.1º CP), mediante disfraz, abuso de superioridad o aprovechamiento de circunstancias que debiliten la defensa de la víctima o faciliten la impunidad del delincuente (22.2º CP), mediante precio, recompensa o promesa (22.3ª), ensañamiento⁶³ (22.5º CP), obrar con abuso de confianza (22.6º CP) y prevalerse del carácter público que tenga el culpable (22.7º); y circunstancias agravantes subjetivas, siendo estas la reincidencia (22.8º CP) y obrar por motivos racistas o discriminatorios (22.4º CP).

Por último, el artículo 23 CP recoge la circunstancia mixta de parentesco, la cual establece que podrá «*atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*». Cabe destacar que la legislación penal especial prevé en ocasiones reglas propias, que pueden llegar a ser notablemente distintas de las del Código Penal (por ejemplo, en el Código Penal Militar, artículos 19 y ss.⁶⁴).

d) Personas jurídicas.

En cuanto a la determinación de la pena aplicable a las personas jurídicas, el artículo 66 bis CP se remite al artículo 66 CP, salvo a la regla 5ª, referente a la multirreincidencia. Efectivamente, tal y como establece el artículo 33 CP, la pena básica para las personas jurídicas es la multa, sin embargo, en determinados casos puede procederse a la imposición de las demás penas previstas en el art. 33.7 CP (penas interdictivas y, en casos extremos, de la disolución de la persona jurídica), en cuyo caso, la regla primera y segunda del artículo 66 bis obliga al juez o tribunal a tener en cuenta (según la pena que se trate y excepto en la pena de multa) la necesidad de la

⁶²Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, pp. 455-456.

⁶³Entendiendo por ensañamiento (según la disposición 5ª) el aumento deliberado e inhumano del sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

⁶⁴véase, por ejemplo, el art. 19.2 CPM, que establece que, *tratándose de delitos dolosos y cuando no concurren atenuantes ni agravantes, aplicarán la pena establecida por la ley en la extensión que estimen adecuada, teniendo en cuenta las circunstancias personales del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración*.

pena, sus consecuencias económicas y sociales, el puesto de quien incumplió el deber de control y la duración de la pena de la persona física.

e) Reglas de aplicación para el cálculo del marco abstracto-concreto.

Las reglas de aplicación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad se recogen en el artículo 66 CP. De este mismo artículo, apartado primero, el cual establece que *«los jueces y tribunales observarán las siguientes reglas»*, podemos extraer, por una parte, que en nuestro Derecho, el sistema de determinación legal de la pena en función de las circunstancias agravantes y atenuantes es preceptivo; y, por otra parte, que tales reglas de determinación sólo rigen para los delitos dolosos, pues -establece el segundo apartado del mismo artículo- en los delitos leves e imprudentes, los jueces y tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujeción a las reglas prescritas.

En cualquier caso, partimos de que los jueces y tribunales siempre han de atender a los artículos 65 y 67 CP, los cuales recogen (respectivamente) la *comunicabilidad* de las circunstancias a los diferentes partícipes intervinientes en el hecho -plasmando el principio de culpabilidad y de personalidad de la pena- y la no estimación de las circunstancias que sean *inherentes a la infracción*, recogiendo así la llamada prohibición de doble valoración que se resuelve con la técnica propia del concurso de leyes, desplazando la aplicación de la circunstancia que ya ha sido tomada en cuenta al calificar la infracción para evitar ingerir el principio *non bis in ídem*⁶⁵.

En esta misma línea, para el caso de las circunstancias específicas, éstas tendrán el efecto que se determine para cada una en la Parte Especial, lo cual impide la compensación entre circunstancias genéricas y específicas a efectos del artículo 66.1.7º CP. Asimismo, en el caso de que existan eximentes incompletas, esto es, aquellas circunstancias previstas en el artículo 21.1 CP, se atenderá al artículo 68 CP, el cual establece que *«los jueces y tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación*

⁶⁵Detenidamente, Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, p. 509.

del artículo 66 del presente Código». De hecho, las eximentes incompletas tienen un papel muy especial en el sistema de determinación del marco penológico puesto que, tal y como establece la STS 420/2009, de 24 de abril⁶⁶, al concurrir eximente incompleta del artículo 21.1 CP la regla penológica del artículo 66.1.7ª CP deviene inaplicable, debiendo rebajarse primero la pena en grado conforme al artículo 68 CP y luego aplicar las reglas del artículo 66 CP, por lo que, además de ser una atenuación obligatoria, tiene lugar incluso aunque concurren circunstancias agravantes.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es el artículo 70 CP el que contiene las reglas para la determinación de las penas superior o inferiores en grado (artículo 70.1 CP) o en su mitad superior o inferior (artículo 70.2 CP), concretando el segundo apartado que el día de prisión o el día de multa se considera indivisible. Asimismo, el artículo 71.2 CP recoge la sustitución de la pena de prisión inferior a tres meses por multa, trabajos en beneficio de la comunidad, o localización permanente, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate. Ha de subrayarse que, tal y como venimos reiterando, el artículo 72 CP exige explícitamente el razonamiento de la pena concreta impuesta en la sentencia, esto es, el grado y la extensión concreta con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo II que acabamos de ver.

f) La pena de multa proporcional, los delitos leves y los imprudentes.

Efectivamente, la pena de multa proporcional tiene un régimen de determinación singular por su propia naturaleza, en cuyo caso, establece el artículo 52.2 CP que los jueces y tribunales han de imponer la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable. En este sentido, el artículo 50.5 CP obliga a tomar en cuenta exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo⁶⁷. En el caso de los delitos leves y los delitos imprudentes, como se ha mencionado previamente, el artículo 66.2 CP establece que los jueces y tribunales pueden recorrer todo el marco penal sin sujetarse a las reglas del primer apartado de dicho artículo, con lo cual el juez queda

⁶⁶España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 420/2009, de 24 de abril.

⁶⁷Más detalladamente, sobre las circunstancias personales del delincuente, Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 512-513.

desligado de las reglas relativas a las atenuantes y agravantes -lo que no implica que no pueda hacerlo-, pero no de las demás, esto es, al grado de participación y de ejecución, eximentes incompletas y concursos⁶⁸.

g) Concurso de delitos: delito ideal, medial y real.

Bajo la rúbrica de la Sección 2ª del Capítulo II del Título III del Libro I “Reglas especiales para la aplicación de las penas”, los artículos 73 a 78 bis CP recogen una serie de reglas destinadas a determinar la pena cuando concurre un concurso real, ideal o medial de delitos, o cuando nos encontramos ante un delito continuado.

En este sentido, estaremos ante un concurso real de delitos cuando varios hechos independientes dan lugar a varios delitos, lo cual se resuelve a partir de la técnica de la acumulación. Sin embargo, en dicha acumulación se van a dar dos momentos, por un lado se va a dar la *acumulación material*, esto es, la imposición de todas las penas correspondientes a las distintas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si es posible por su naturaleza y efectos (art. 73 CP) o sucesivo, siguiendo el orden de su respectiva gravedad (art. 75 CP), pero se va a encontrar limitada por la *acumulación jurídica* (art. 76 CP), que supone el establecimiento de unos tope de gravedad a la acumulación material: así, el total a cumplir no puede superar el triple del tiempo de la pena más grave, ni en principio, lo veinte años (este último tope se amplía a los veinticinco, treinta o cuarenta años en función de las penas previstas para los delitos que se hayan acumulado según lo dispuesto en el artículo 76 CP). El artículo 74 CP, por su parte, recoge en el primer apartado cómo se determina la pena en caso de delito continuado no patrimonial, esto es, aplicando la pena de la infracción más grave en su mitad superior, mientras que el segundo apartado se destina a las infracciones patrimoniales, aplicable tanto al delito continuado como al delito de masa, en cuyo caso habrá de tenerse en cuenta el perjuicio total causado. Además, establece el apartado tercero que el principio general de las reglas anteriores no será aplicable a los delitos contra bienes eminentemente personales, pero sí podrá apreciarse en los delitos contra el honor o la libertad sexual cometidos contra un mismo sujeto pasivo⁶⁹.

⁶⁸Lefebvre, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre. Epigrafe 5550.

⁶⁹Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 513-518.

En caso de concurso ideal (art. 77.2 CP), esto es, cuando una sola acción da lugar a dos o más infracciones, se impondrá la pena de la infracción más grave en su mitad superior, sin que pueda exceder la suma de las que correspondería aplicar si se penará cada delito separadamente. Por su parte, cuando un hecho constitutivo de delito sea medio necesario para cometer otro, estaremos ante un concurso medial (art. 77.3 CP), en cuyo caso se impondrá la pena superior a la que habría correspondido por la infracción más grave, con el mismo límite de duración anterior.

Por lo tanto, tal y como acertadamente resume Gallego Díaz, el juez, en aplicación de las reglas establecidas por el legislador en función de las variables que puede revestir el delito en consideración al grado de ejecución, a la forma de participación criminal, al error, a la concurrencia de eximentes incompletas o de circunstancias modificativas de la responsabilidad, atenuantes y agravantes, así como la concurrencia delictiva, procede a concretar aquel marco abstracto o genérico en otro más reducido o a formar otro distinto, dentro del cual tendrá luego que moverse para fijar la pena exacta que ha de imponer en la sentencia⁷⁰.

4.1.2 Individualización judicial de la pena

En esta segunda fase, una vez determinado el marco penal concreto o reducido obtenido a partir del proceso de determinación legal que hemos visto, corresponde casi por entero al juez, de forma discrecional pero motivada, adoptar la decisión concretar la cuantía dentro de los límites máximos y mínimos valorando, a través de los criterios normativos, todas las circunstancias del hecho y del culpable no tenidas en consideración hasta ahora desde el punto de vista del injusto, de la culpabilidad y de los fines de la pena⁷¹. En sentido estricto, podríamos decir que el proceso de determinación termina con la concreción de la pena exacta en la sentencia, no obstante, en sentido amplio todavía deben tomarse en consideración las diversas disposiciones relativas a la sustitución (artículo 88 CP), la suspensión y ejecución (artículo 80 CP), incluyendo los beneficios penitenciarios como la libertad condicional (artículo 90 CP) y otros.

⁷⁰Gallego Díaz, M., (2010) La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, 87, p. 431.

⁷¹Gallego Díaz, M., (2010) La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, 87, p. 433.

Aunque las circunstancias que el juez ha de tener en consideración para establecer la pena exacta en la sentencia no se expresan específicamente en el Código Penal, estas sí pueden ser extraídas de diversos preceptos. Así, establece -entre otros⁷²- el artículo 66.1.6^a, que se atenderá *a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*. Ahora bien, para precisar el contenido de estos dos criterios, han de tenerse en cuenta los principios constitucionales básicos del Derecho Penal, relacionados con los fines de la pena, especialmente el principio de proporcionalidad y el de resocialización, desde la base de los principios que hemos mencionado en líneas previas, tales como el principio de legalidad, principio de intervención mínima y el principio de culpabilidad.

a) *Circunstancias personales del delincuente.*

Por tanto, en cuanto al contenido de los criterios que deberán atenderse, el Tribunal Supremo expone en la sentencia de 14 de octubre⁷³ que, por un lado, las circunstancias personales del delincuente se refieren a los motivos o razones que han llevado al acusado a delinquir, *«...así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y deben corregirse para evitar su reiteración delictiva»*. Concretamente, en lo que se refiere a la interpretación de las circunstancias personales del delincuente, esta depende de los fines de la pena a los que se conceda validez en este estadio de la intervención penal, y admite sólo una interpretación preventivo-especial, pues la consideración de la pena en la vida futura del reo en función de sus circunstancias personales hace evidente que se elija una pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños, dependiendo de sus circunstancias socio-personales⁷⁴. Así, establece el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de febrero que *«en lo que atañe a las circunstancias personales del delincuente que han de sopesarse en cada caso, conciernen fundamentalmente -dejando a un lado las relativas a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- a los datos o elementos que configuran el entorno social y el componente individual de cada sujeto.*

⁷²Artículo 4.3 CP *“...atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.”*, artículo 62 CP *“...peligro inherente al intento...”*, artículo 68 CP *“...circunstancias personales de su autor...”*, entre otros.

⁷³España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1^a). Sentencia núm. 466/2019, de 14 de octubre.

⁷⁴De la Mata Barranco, N.J. (2014). Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa. *Revista Penal México*, 6, p. 103.

Entre otras: la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su situación económica, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social»⁷⁵.

b) Gravedad del hecho

Por otro lado, y siguiendo con lo expuesto en STS 466/2019, de 14 de octubre, en cuanto a la gravedad del hecho, esta no se refiere a la gravedad del delito, pues esta ya ha sido contemplada para la determinación de la pena básica a partir de los preceptos del Código Penal, sino a la valoración de las circunstancias fácticas. Así, declara expresamente dicha sentencia que *«La gravedad del hecho dependerá de los siguientes criterios: a) De la intensidad del dolo (directo o eventual); b) De las circunstancias concurrentes, que, sin ser atenuantes o agravantes, puedan modificar el desvalor de la acción o el desvalor del resultado; c) De la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- 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 d) Habrá de tenerse en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad».*

De acuerdo con De la Mata, la atención al criterio de gravedad del hecho debe obligar a considerar todas las circunstancias que permitan concretar, desde el prisma axiológico establecido por el legislador, una pena que por éste se establece como óptima para un supuesto genérico. En esta fase, adquiere especial importancia el principio de *non bis in ídem*, en tanto en cuanto, en ningún caso se podrán tener en cuenta factores que ya se hayan considerado en la determinación de ese marco legal que delimita la individualización, pero sí se atenderá a los mismos criterios que se tienen en cuenta para definir la existencia de atenuantes o agravantes⁷⁶.

⁷⁵España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 132/2014, de 20 de febrero.

⁷⁶De la Mata Barranco, N.J. (2014). Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa. *Revista Penal México*, 6, pp. 100 y ss.

c) La necesidad de motivar la pena concreta dentro de la horquilla final.

Efectivamente, la individualización judicial de la pena ha sido calificado como un acto de discrecionalidad jurídicamente vinculado⁷⁷, en tanto en cuanto, el deber de motivación de la individualización penológica, tal y como establece la STS 692/2013, de 29 de julio, *«dimana directamente del art. 72 CP e indirectamente de los arts. 120.3 y 24.1 CE. Se intensifica cuando se han de justificar incrementos de pena. Para imponer el mínimo legal una muy poderosa razón es carecer de motivos para toda elevación. No encontrar, ni exponer en consecuencia, razones para otra opción más grave, implícitamente supone un argumento de enorme potencial jurídico: el favor libertatis. En la duda hay que estar por el más amplio grado de libertad. En cambio, la elevación de la pena exige siempre una justificación, una explicación que garantice que no estamos ante una decisión voluntarista o arbitraria del Tribunal, sino una opción meditada y apoyada en razones que, podrán compartirse o no, pero que solo si se exteriorizan pueden ser combatidas»*⁷⁸.

En este sentido, el tribunal debe expresar las razones que ha tenido en cuenta para precisar la pena concretamente impuesta con la suficiente extensión, así, establece la STS 172/2018, de 11 de abril que *«el uso del arbitrio ha de ser prudente y racional, siendo preciso que mazda del pondera 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 la sentencia»*⁷⁹. De ello se extrae que el ejercicio de la discrecionalidad reglada debe ser explicado en la propia resolución judicial, siendo controlable en casación. A estos efectos, establece la STS 611/2021, de 7 de julio, que *“en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de la pena sólo puede ser planteada cuando el tribunal de instancia haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una castidad de pena manifiestamente arbitraria o desproporcionada. 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*

⁷⁷Demetrio 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*, 50 (1-3), pp. 326 y ss.

⁷⁸España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 692/2013, de 29 de julio.

⁷⁹España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 172/2018, de 11 de abril.

que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de ley»⁸⁰.

De acuerdo con García Arán, la exigencia de razonar la sentencia no disminuye las posibilidades de discrecionalidad, pero sí contribuye a eliminar la arbitrariedad. Justamente la motivación de la pena hará posible el control de proporcionalidad. Efectivamente, el principio de proporcionalidad exige acomodar la gravedad de la pena a los criterios señalados, en función de los fines para los que la misma se prevé y la sentencia que se imponga, en consecuencia, debe explicitar cuáles son los elementos considerados para concretar esa gravedad y cómo se han valorado; esto es, cuáles son las razones que llevan a limitar un derecho tan fundamental como la libertad.

d) Factor final de la individualización judicial.

Tal y como acertadamente expone Boldova Pasamar, al individualizar la pena el juez decide discrecional y motivadamente, valorando desde el punto de lo injusto, de la culpabilidad y, sin duda, de los fines de la pena, todas las circunstancias del hecho y de su responsable que todavía no encuentran plasmación en la pena, y que confieren al delito su singularidad y al culpable su individualidad. Ello supone que han de tenerse en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la pena en cuanto al hecho en cuestión, como las necesidades preventivo-especiales que presente el sometido a juicio⁸¹. A este respecto, destaca Mir Puig, que la configuración del Estado español como Social y Democrático de Derecho consagra la finalidad preventiva del Derecho Penal sobre la meramente retributiva⁸², pero el problema aparece cuando se trata de otorgar primacía a uno u otro aspecto de la finalidad preventiva en el momento de la decisión judicial⁸³.

La prevención general -como hemos desarrollado en anteriores epígrafes-, tanto en su vertiente negativa como positiva, es un fin esencial de la pena, pero es discutible si éste debe intervenir en su medida, puesto que fijar un castigo en función del efecto que tendrá en terceros supone utilizar al ser humano como medio para los fines ajenos,

⁸⁰España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 611/2021, de 7 de julio.

⁸¹Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 502.

⁸²García Arán, M., (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2. p. 521. Citando a Aparicio Perez, M.A. (1980). *Introducción al sistema político y constitucional español*. Ariel, p. 62.

⁸³García Arán, M., (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2, p. 521.

infringiendo el principio kantiano de tratar al ser humano como un fin, y no como un medio. Así, debemos tener en cuenta que una pena que, por razones de prevención general, supera el límite máximo fijado por consideraciones de retribución, esto es, la medida de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor sería ilegítima. De acuerdo con García Arán, en el momento legislativo «tipicidad-conminación» se persigue la evitación de conductas perjudiciales para intereses que se ha decidido proteger, para ello, se establece una cantidad de sanción que considera suficiente para ejercer la función de prevención general. Con lo cual, podemos afirmar que, si dentro de los límites del marco penal genérico, el legislador considera satisfecha la prevención general, este criterio debe preocupar escasamente al juzgador mientras se mueva dentro de ellos, puesto que estará tomando en consideración magnitudes de pena adecuadas al fin preventivo general, es decir, se está adecuando al programa preventivo general establecido por el legislador⁸⁴.

En cuanto a la prevención especial, interesa en particular su vertiente positiva, la resocialización; pues no hay duda de que tanto en la ejecución de las penas (especialmente en las privativas de libertad) como en su propio diseño, no solo es deseable, sino obligado -en virtud del artículo 25.2 CE-, tratar de evitar la desocialización del condenado y favorecer su reeducación y reinserción social hasta donde sea posible, ofreciéndole alternativas a la reincidencia del delito. Tal previsión se sitúa generalmente en la determinación de la pena -beneficios penitenciarios, sustitutivos, etc.- pero puede tener algún peso en la determinación judicial, en la medida en la que no contradiga otros fines como la retribución justa o la prevención general⁸⁵. En cualquier caso, como ya he mencionado al principio del trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la resocialización no es la única finalidad de la pena, ni tampoco se configura como un Derecho fundamental de la persona, por lo que el artículo 25.2 CE no recoge un derecho susceptible de amparo; siendo la naturaleza de la reinserción la de un mandato orientado a la política penal y penitenciaria⁸⁶.

⁸⁴García Arán, M., (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2, p. 519.

⁸⁵Lefebvre, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre. Epígrafe 5632.

⁸⁶En este sentido, analiza profundamente Zapico Barbeito, M. (2009). “¿Un derecho fundamental a la reinserción social?” reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE”. *AFDUC*, 13, p. 927 que “(...) el artículo 25.2 CE es un mandato del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos (...) ATC 15/1984, de 11 de enero, y en

Ahora bien, aunque parezca indicarse que el fin preventivo general de la pena prevalece en la fase legislativa, el fin retributivo en la fase jurisdiccional y el fin de prevención especial en la ejecución de la condena, ello no significa que no deban ser consideradas también en las demás fases. Todas las finalidades de la pena deben estar presentes en las distintas fases, debiendo evitar la preponderancia excesiva e incorrecta (sin atender el peso real de cada factor en cada caso concreto) que pueda darse a alguna de ellas en cada uno de sus diferentes estadios en perjuicio del resto y del logro de los objetivos que deben presidir en su conjunto, la intervención penal⁸⁷.

4.1.3 Individualización ejecutiva

Esta última fase, también conocida como individualización administrativa o individualización penitenciaria, alude a las posibles modificaciones de la pena de prisión durante su cumplimiento, mediante la aplicación de beneficios penitenciarios, la progresión en grado penitenciario y la obtención de la libertad condicional. Sin embargo, resulta preferible considerar la individualización en la ejecución penal como aquella fase, con intervención judicial y administrativa, en la que la pena impuesta en la sentencia se adecúa a la evolución e incidentes de su cumplimiento.

A estos efectos, en esta fase se permite observar a la persona condenada, lo que aporta datos para seleccionar el tratamiento adecuado en base a la prevención especial, cuyas exigencias observan la administración penitenciaria y los juzgados de vigilancia penitenciaria. Por ende, no puede hablarse en materia penitenciaria de una individualización exclusivamente administrativa, pues se trata de una actividad sometida a control judicial mediante la figura del juez de vigilancia penitenciaria, ni tampoco de una individualización exclusivamente penitenciaria, pues si bien la adopción de las resoluciones corresponde al órgano judicial, presuponen la intervención de órganos administrativos encargados del seguimiento de la ejecución⁸⁸.

este mismo sentido, vid., SSTC 19/198, de 16 de febrero, 150/1991, de 4 de julio, 55/1996, de 28 de marzo y 119/1996, de 8 de julio.”

⁸⁷De la Mata Barranco, N.J. (2014). Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa. *Revista Penal México*, 6, pp. 94-97.

⁸⁸Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2022). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, pp. 502 y ss.

5. IMPORTANCIA DEL ORDEN EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

Teniendo en cuenta todo lo anterior, puede surgirnos una pregunta razonable, y es que ¿qué sucede cuándo se invierte el orden establecido? A estos efectos, expuso el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de junio, el *«flagrante error en que incurrió el Tribunal al invertir el orden en la delimitación de la pena, procediendo en primer término a la individualización judicial y con posterioridad acudir a la ley (art. 66 C.P.) para confirmar»*. Efectivamente, cambiar la secuencia de las operaciones que el sistema de reglas del Código Penal establece puede suponer una notable variación en el resultado final, es decir, en el marco concreto de la determinación de la pena, pues dichas reglas relativas al grado de ejecución, participación, circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, concursos y error de prohibición constituyen un orden de aplicación muy sensible.

El orden que ha de seguirse es el expuesto en líneas previas, a lo largo del trabajo; en cualquier caso, me parece acertado ver tal orden en un supuesto real y observar cómo la variación del orden que ha de seguirse puede influir en la pena concreta final. Así, en la STSJ 95/2024, de 5 de marzo, nos encontramos en un supuesto de homicidio en grado de tentativa con la agravante de parentesco. Siguiendo lo expuesto en la sentencia, en primer lugar, al tribunal le corresponde determinar la pena abstracta a imponer tras subsumir los hechos que se valoran en el tipo penal, en este sentido, la pena a imponer será la del artículo 138.1 CP, pues constan circunstancias que califiquen el hecho en el segundo apartado. Sin embargo, considerando que en el caso que nos ocupa el procesado actuó con alevosía sorpresiva, el delito de homicidio se convierte en asesinato y el marco abstracto cambia al establecido en el artículo 139 CP, con lo que la horquilla de la que deberá partir el tribunal será la pena de prisión de 15 a 25 años. Después, habrá de atender al grado de ejecución y de participación, efectivamente el acusado es el autor único y se trata de una tentativa, por lo tanto, el artículo 62 CP dispone 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 alcanzada. En efecto, el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado, tentativa acabada o inacabada, radica en el peligro generado por la conducta; y, aunque parece razonable pensar que la tentativa inacabada debe conllevar

una pena menor que la acabada, puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero que su grado de ejecución sea muy avanzado y concurra el peligro concreto de la tentativa idónea, esto es, que *«se hayan realizado varios actos que auspician la proximidad de la consumación»*. En el caso concreto, al autor se le rebaja la pena en un grado argumentando el tribunal que el acusado realizó todos los actos para que se hubiera producido la consumación del delito con el fallecimiento de la víctima, lo que no tuvo lugar por causa ajena a su voluntad.

Rebajada la pena en un grado dentro de la extensión resultante de 7 años, 6 meses y un día, a 15 años menos un día, y considerando la agravante de parentesco recogida en el artículo 23 CP, cuya apreciación lleva a la fijación de la pena en su mitad superior, esto es, entre 10 años y 9 meses a 15 años, el tribunal concluye con la imposición de la pena de prisión de 12 años, en tanto en cuanto consideran que es coherente con que la gravedad del hecho y las circunstancias personales del autor, pues el grado de ejecución alcanzado y el peligro inherente al intento, junto con las gravísimas lesiones causadas que comprometieron la vida de la víctima, no produciéndose su fallecimiento porque (de acuerdo con el médico forense) fue inmediatamente asistida por terceras personas (y no por el autor) y trasladada al hospital donde fue estabilizada e intervenida quirúrgicamente de urgencia.

Si, por el contrario, el tribunal -erróneamente- hubiera considerado primero la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP la pena habría resultado distinta, pues la mitad superior se apreciaría sobre la horquilla de 15 a 25 años, siendo de 20 años y un día a 25 años. Si después aplicamos el artículo 62 CP correspondiente a la tentativa acabada y bajamos un grado, nos encontraríamos con una pena de prisión de entre 10 y 20 años, con lo que cambia sustancialmente el marco penal sobre el que el tribunal, en base a la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, tendrá que decidir, ampliando el margen sobre el cual opera su discrecionalidad.

6. CONCLUSIÓN

Tras todo lo expuesto, tenemos que tener claro que todo el proceso de basa en los principios que sustentan el Estado Social y Democrático de Derecho -entre ellos, el principio de legalidad, principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica- y de los fines de la pena -retribución, prevención general y especial-, en conexión, claro está, con la Teoría General del Delito, pues me ha parecido más que razonable atender a la existencia del hecho delictivo antes de concretar el *quantum* del merecimiento y necesidad de la pena.

Para comprender el proceso en cuestión, hemos tenido que partir de la necesidad constitucional de motivar las sentencias, recogido en el artículo 120.3 CE, -en tanto en cuanto se trata de un proceso de discrecionalidad reglada-, en cumplimiento de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocidos en los artículos 9.3 y 24 CE, respectivamente. Como hemos visto, tal necesidad constitucional se concreta en el artículo 72 CP, pues los jueces deberán motivar en la sentencia el grado y extensión de la pena concreta a imponer, resultado de la ponderación de los factores reales, lógicos y finales.

Donde -especialmente- me gustaría incidir es en la importancia del orden del proceso, puesto que, como hemos visto a partir del ejemplo de la sentencia expuesta, no es solamente que influya en la pena concreta, sino que, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha determinado que invertir el orden de la determinación de la pena (procediendo en primer término a la individualización judicial y con posterioridad acudir a la ley) es un flagrante error. Asimismo, dentro de las mismas fases, la doctrina y la jurisprudencia ha ido perfilando y determinando el camino lógico que los órganos jurisdiccionales han seguir en la ponderación de las diferentes circunstancias para la concreta delimitación; así, a partir del marco penal abstracto (donde tendremos en cuenta las reglas concursales), deberá atenderse, en primer lugar, al grado de participación y ejecución, y después, a la existencia de error vencible de prohibición, las eximentes incompletas y las circunstancias modificativas.

Una vez determinados los límites a partir de dichas reglas, el juez o tribunal tendrá que apreciar la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del

delincuente y concretar la horquilla penológica. Como ha quedado reflejado, mientras más se aleje la pena concretada del límite mínimo resultante de la aplicación de las reglas de determinación, más necesario será un mayor razonamiento, lo que no implica que no sea necesario cuando se establezca el límite mínimo en cuestión.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos concluir que la respuesta a la pregunta inicial *¿en qué se basan los jueces y tribunales para imponer una pena y no otra?* no es sencilla ni escueta, pero sí esencial y necesaria. Ello nos ha permitido, además, observar cómo el proceso de determinación de la pena se compone de un orden altamente sensible, cuya secuencia de pasos a seguir desde la subsunción de los hechos en el tipo penal hasta la imposición de la pena concreta por el juez o tribunal en la sentencia, no es baladí.

7. BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BESIO HERNÁNDEZ, M. (2011). *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*. Tirant lo Blanch.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., ALASTUEY DOBÓN, M.C. (coord.). (2023). *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*. Tirant lo Blanch.

BUSTOS RAMÍREZ, J.J. (1984). *Manual de Derecho Penal español. Parte General*. Ariel.

CUELLO CONTRERAS, J., MAPPELLI CAFFARENA, B. (2015). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. 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*, 50 (1-3). Disponible en: [Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español de 1995 - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2014). Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa. *Revista Penal México*, 6. Disponible en: [Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad penal: la pena justa - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho: El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena. *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, 1. Disponible en: [Individualización judicial de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho \(indret.com\)](#)

GALLEGO DÍAZ, M. (2012) Arbitrio y revisión de la individualización judicial de la pena: evolución jurisprudencial. *Revista de Derecho Penal*, 35. Disponible en: <https://doi.org/10.17230/nfp.12.87.4>

GALLEGO DÍAZ, M., (2010). La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: Criterios de determinación legal y factores de individualización judicial. *Revista Vasca de Administración Pública*, 87. Disponible en: [La aplicación de la pena en consideración a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal: criterios de determinación legal y factores de individualización judicial - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

GARCÍA ARÁN, M., (1981). La prevención general en la determinación de la pena. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 2. Disponible en: [La prevención general en la determinación de la pena - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

LEFEBVRE, F. (2023). *Memento Penal*. Lefebvre.

MARTÍNEZ ARRIETA, A. (2010, 17-18 de noviembre). Facultades judiciales en la individualización de la pena y en la reinserción del condenado. En *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado sobre "EL NUEVO CÓDIGO PENAL"*. Madrid. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es>

MARTOS NÚÑEZ, J.A. (1991). Principios penales en el Estado Social y Democrático de Derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1. Disponible en: <https://hdl.handle.net/11441/72261>

MIR PUIG, S. (1976). *Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método*. Bosch.

MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN M. (2022). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch.

PEÑARANDA RAMOS, E., & BASSO, G. J. La pena: nociones generales. En Lascuráin Sánchez, J. A. (Coord.). (2019). *Manual de introducción al Derecho Penal*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Disponible en: [Manual de Introducción al Derecho Penal \(boe.es\)](#)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2022). *Pena. Diccionario de la lengua española* (23.^a ed.). Disponible en: <https://dle.rae.es/pena>

RODRÍGUEZ HORCAJO, D. (2019). Pena (Teoría de la) = Punishment (Theory of). *EUNOMÍA Revista en Cultura de la Legalidad*, 16. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4701>

ROMEO CASABONA, C.M., SOLA RECHE, E., BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2016). *Derecho Penal. Parte General*. Comares.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *Indret: Revista Para el Análisis del Derecho*, 2. Disponible en: [La teoría de la determinación de la pena como sistema \(dogmático\): un primer esbozo – InDret](#)

TRAPERO BARREALES, M. A. (2021). Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución Española. *Revista jurídica de la Universidad de León*, 8. Disponible en: [Los fines de la pena y el artículo 25.2 de la Constitución española - Dialnet \(unirioja.es\)](#)

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. (2003, 27 de agosto). El sistema de determinación de la sanción penal en el C.P. Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Departamento de Derecho Penal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Disponible en: [El sistema de determinación de la sanción penal en el C. P. \(uexternado.edu.co\)](http://uexternado.edu.co)

ZAPICO BARBEITO, M., (2009). ¿Un derecho fundamental a la reinserción social? Reflexiones acerca del artículo 25.2 de la CE. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 13. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2183/7505>

JURISPRUDENCIA:

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 445/2002, de 13 de marzo.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 695/2016, de 28 de julio.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 420/2009, de 24 de abril.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 466/2019, de 14 de octubre.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 132/2014, de 20 de febrero.

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Sentencia núm. 692/2013, de 29 de julio.

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. 611/2021, de 7 de julio.

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª). Sentencia núm. 95/2024, de 5 de marzo.

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. Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar. Boletín Oficial del Estado, de 15 de octubre de 2015, núm. 247.

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.