

# Dogmática jurídico-penal y concreción del castigo

Arturo GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI

Profesor de Derecho penal. Universitat Abat Oliba CEU (UAO), España. Socio de la FICP

## I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, el debate científico en torno a la cuestión (antaño olvidada) de la individualización de la pena ha ido resurgiendo poco a poco, en ocasiones por brotes esporádicos, y más recientemente ligada al despertar del movimiento llamado “*neoproporcionalista*”<sup>1</sup>, sobre todo en Alemania. Al hilo de dichas tendencias y aportaciones, uno de los aspectos destacados de la discusión está siendo el relativo al nivel de vinculación que habrían de tener las decisiones del juez a la hora de concretar el castigo con las categorías e instituciones propias de la teoría del delito. En otras palabras, cómo dar respuesta a una pregunta muy pertinente: ¿es adecuado el “método” de la dogmática jurídico-penal para abordar el trascendental<sup>2</sup> tema de la “*Strafzumessung*”?

En mis investigaciones anteriores<sup>3</sup>, he puesto de manifiesto la urgente necesidad de un mayor desarrollo científico –esto es, teórico-práctico: académico y jurisprudencial– en materia de la individualización judicial de la pena. Entonces, sobre dicha conclusión hay un acuerdo unánime en la doctrina actual, tanto la alemana<sup>4</sup> como la española<sup>5</sup>; algo que tiene aquí un “valor” especial, puesto que se produce desde muy diver-

---

<sup>1</sup> Para un resumen sobre la génesis y la evolución de dichas teorías, véase –por todos– FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena, en *InDret* 1/2007, pp. 1-20.

Y, en particular sobre el tema que nos ocupa, suele considerarse paradigmática en la doctrina alemana la obra de HÖRNLE, T. *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1999.

<sup>2</sup> Sin duda, la tarea de concretar la medida de las sanciones tiene una importancia capital, puesto que afecta no sólo al *quantum* temporal, sino también a la aplicación facultativa de toda una serie de mecanismos e instituciones jurídicas que pueden suspender (o bien condicionar) la ejecución de la pena –y, en ciertas ocasiones, incluso implicar la remisión definitiva de ésta sin consecuencias demasiado gravosas.

<sup>3</sup> En concreto, a lo largo de mi tesis doctoral, titulada “La concreción del castigo. El ejercicio legítimo del arbitrio judicial en las decisiones individualizadoras, desde un enfoque fenomenológico”, que fue dirigida por el Dr. Carlos PÉREZ DEL VALLE y codirigida por el Dr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ; disponible para su consulta, en abierto, en la siguiente página web: <<http://hdl.handle.net/10803/454745>>.

<sup>4</sup> Al respecto véase –por todos– el completo análisis de Wolfgang FRISCH, dividido en estos dos artículos: *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik* (Teil I), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 99, N° 3, 1987, pp. 349-388; y *Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik* (Teil II), en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 99, N° 4, 1987, pp. 751-806.

<sup>5</sup> Entre muchos otros autores, cfr. PÉREZ DEL VALLE, C. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. Madrid: Dykinson, 2016, pp. 229-230; BESIO HERNÁNDEZ, M. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación*

esos puntos de vista (en ocasiones enfrentados entre sí). En tal sentido, pese a los esfuerzos que recientemente han fructificado —con aportaciones de interés—, sigue existiendo un desequilibrio patente: el nivel de perfeccionamiento con la teoría del delito es superior al *statu quo* vigente en sede de concreción del castigo<sup>6</sup>. Un ámbito cuyo avance se hace perentorio, por las indiscutibles secuelas gravosas que supone para el reo.

No obstante, el consenso universal termina pronto, y por ello hoy los autores que están en liza se agruparían en torno a dos grandes perspectivas metodológicas, a priori contrapuestas. Por un lado se sitúan quienes, en línea con la tendencia tradicional en el estudio de la “*Strafzumessung*”, sostienen la correlación inmediata de los factores relevantes para la medición del reproche con los llamados “fines de la pena”. Empero, este enfoque iusfilosófico adolecería de un problema esencial: su carácter controvertible<sup>7</sup> nos dificulta llegar a soluciones prácticas compartidas, que sean válidas desde posturas teóricas adversas —quizá incluso irreconciliables. Por eso creo que es en vano acudir directamente a la retribución y/o a la prevención (general o especial) para hallar los criterios con los que cuantificar la sanción, en aras de fomentar la intersubjetividad en el debate.

Como una reacción frente a la predominante orientación teleológica —esto es, hacia los “*Strafzwecke*”—, el otro sector doctrinal (cada vez más numeroso) adopta planteamientos dogmáticos. Así, la individualización del castigo sería tan solo la traducción cuantitativa de las categorías de la teoría del delito en una medida penal<sup>8</sup>, y por ende proporcional a la lesividad del injusto culpable cometido<sup>9</sup>. Entonces, se trataría de em-

---

racional de circunstancias atenuantes y agravantes. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011, pp. 25 y 588; SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo, en *InDret* 2/2007, pp. 2 y s.; DEMETRIO CRESPO, E. Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999, p. 292; o GALLEGO DÍAZ, M. El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal. Madrid: Ediciones ICAI (Instituto Católico de Artes e Industrias), 1985, p. 6.

<sup>6</sup> Y, así, véase —muy especialmente— SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en *InDret* 2/2007, p. 3.

<sup>7</sup> En este sentido, una orientación estricta hacia las teorías de la legitimación del *ius puniendi* estatal afecta al núcleo —i.e., a lo que es más “identitario”— de las creencias jurídicas de los penalistas, con el peligro que ello supone. De tal manera que se hace muy difícil un avance intersubjetivo sobre los criterios valorativos a tener en cuenta para guiar la labor individualizadora del juez sentenciador.

<sup>8</sup> De acuerdo con esta premisa, cfr. en Alemania —por todos— FRISCH, W. Straftatsystem und Strafzumessung. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Strafzumessungsentscheidung, en WOLTER, J. *et alter* (eds.). 140 Jahre Goldammer’s Archiv. Eine Würdigung zum 70. Geburtstag von Paul-Günter Pötz. Heidelberg: R. von Decker, 1993, pp. 14 y ss.

<sup>9</sup> Hablando sobre la naturaleza de aquel acto judicial con el que se seleccionará un *quantum* del reproche penal, SILVA SÁNCHEZ (Problemas de la determinación de la pena, en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho penal. Lima: Grijley, 2001, p. 88) nos puntualiza lo siguiente: ello “[...] se configura [...] como aquel en virtud del cual se concreta [en una cifra] el contenido de injusto, culpabilidad y punibilidad de un [...] hecho [delictivo], determinándose subsiguientemente cuál es la exacta medida de su merecimiento y necesidad de pena”.

plear –en la fase judicial de concreción del castigo– todos aquellos factores con un potencial para graduar la (ya imputada<sup>10</sup>) responsabilidad personal del condenado, en tanto que aún se consideren apreciables a los tales efectos<sup>11</sup>. Lógicamente, sin olvidar el inherente anclaje sistemático del modelo: siempre habrá que interpretar los criterios utilizados –y su incidencia mitigadora o agravante– a la luz de estructuras e instituciones de la “*Verbrechenslehre*”.

## II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS RECIENTES PLANTEAMIENTOS DOGMÁTICOS SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO

Desde dicho punto de vista, se pretende compensar la colosal diferencia que existe entre el esmerado desarrollo científico de la dogmática (*stricto sensu*<sup>12</sup>) y la frecuente “carestía” argumentativa<sup>13</sup> –ya sea en el discurso académico o la praxis de los tribunales– sobre la concreción sancionatoria<sup>14</sup>. Por consiguiente, esos enfoques novedosos procuran evitar la inseguridad jurídica o las desigualdades que acarrear los razonamientos usuales en sede forense, y a reducir con ello el margen de la arbitrariedad<sup>15</sup> del órgano sentenciador<sup>16</sup>. En otro orden de cosas, y pese a que no es algo homogéneo en el

---

<sup>10</sup> Así las cosas, tras afirmarse –sistemáticamente– la existencia de un hecho típico y antijurídico que sea imputable a su agente. Entonces, la disyuntiva se produce entre el “sí” del castigo versus el “cuánto” (o el “cómo”) del mismo.

<sup>11</sup> Pues no en vano podría haber distintos tipos de valoraciones, que desaconsejen el uso de ciertos criterios en sede de la “*Strafzumessung*”.

<sup>12</sup> Lógicamente, con esta expresión me refiero aquí sólo al ámbito propio de la llamada “teoría del delito”; sobre la distinción entre dos sentidos complementarios del término, véase *infra*, unas páginas más adelante, ya en el siguiente epígrafe.

<sup>13</sup> Entonces, “[...] se ha privado a los jueces de una orientación suficiente a la hora de decidir sobre diferencias de pena[ que pueden ser] de años de duración. Consiguientemente, [no es de extrañar] que los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de [la] pena sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en [no pocas] ocasiones, directamente arbitrarios” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en *InDret* 2/2007, pp. 3-4).

<sup>14</sup> Véase HÖRNLE, T. Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: F. J. Di Plácido Editor, 2003, pp. 34-35, y 65 y ss.; la autora pone de relieve que carece de sentido que se despliegue tanta energía en la elaboración de las teorías dogmáticas y que luego se abandone a la discrecionalidad pura su concreción última. Asimismo, advierte aquélla de que los magistrados necesitan establecer (claramente) si un delito que tienen que juzgar hoy merece igual, mayor o menor castigo que el que ya resolvieron ayer.

<sup>15</sup> Según la perspectiva jurídica, esta expresión se define como un antónimo del término “arbitrio”; entonces, la arbitrariedad de los jueces o magistrados sería aquel ejercicio incorrecto de su libertad decisoria, que no en vano es algo inherente a la función jurisdiccional –y, por lo tanto, es del todo lícita.

<sup>16</sup> En tal sentido, véase –por ejemplo– MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N<sup>o</sup> 11, p. 133. En una línea similar, SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en *InDret* 2/2007, p. 8) señala –de una forma ilustrativa– que lo más valioso de las últimas aportaciones, en este terreno, es haber puesto en marcha “[...] un proceso de sistematización dogmática, cuya finalidad de reducir el margen de [una] arbitrariedad de las decisiones judiciales de individualización de la pena se justifica[ría] por sí sola”.

reciente abordaje doctrinal de la cuestión que nos ocupa<sup>17</sup> –ni tampoco estaríamos ante la única lectura hoy viable del axioma<sup>18</sup>–, el vínculo material con un principio de proporcionalidad penal<sup>19</sup> es característico de las posturas ligadas a la teoría del delito.

Y, en ambos sentidos, creo que se trata de un avance muy importante para el *statu quo* del tema objeto de la investigación. En efecto, la perspectiva sistemática sin duda ha de ayudarnos a ganar en claridad expositiva y en capacidad intersubjetiva, de tal manera que los criterios reales de medición del castigo se separen del terreno de lo incontrolable –o peor aún de lo “extraño” al derecho<sup>20</sup>. Además, SILVA SÁNCHEZ añade así un motivo nomofiláctico de peso para acogerse a un planteamiento categorial: “[...] el examen de las circunstancias que inciden en la individualización [...] puede conducir a una revisión [teórica] de los conceptos dogmáticos de partida, al mostrar [ulteriormente] que éstos son demasiado estrechos, por ejemplo, [o bien laxos,] para dar razón de determinados incrementos o disminuciones de [la] pena”<sup>21</sup> en ese periodo.

Sin embargo, no estoy seguro de que este desarrollo sea *per se* suficiente<sup>22</sup>, al menos si queremos superar las críticas atribuidas a la orientación iusfilosófica (esto es, en torno al clásico “*triángulo mágico*”<sup>23</sup> de los “*Strafzwecke*”) de las operaciones para concretar el reproche *vindicatorio*. Por un lado, sería posible elaborar listas bastante específicas de los aspectos a valorar<sup>24</sup>, aprovechando el “*know how*” científico (que es lo pro-

---

<sup>17</sup> Verbigracia, SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, *passim*) no se adscribe –o, al menos, no formalmente– a las tesis *proporcionalistas*, si bien él mismo se reconoce heredero de estas corrientes, en tanto que asume sin matices la premisa estructural básica del paradigma.

<sup>18</sup> Y ello puesto que en la doctrina española actual hay otras interpretaciones plausibles acerca de la influencia que debería tener el principio de proporcionalidad en sede de la individualización de la pena. Así las cosas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios..., 2011, pp. 135-136, 297 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. Prevención..., 1999, pp. 297-299.

<sup>19</sup> Con una aproximación global al asunto, véanse recientemente –por todos– SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P. Sobre la proporcionalidad y el «principio» de proporcionalidad en Derecho penal, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. / RUSCONI, M. A. (dir.). El principio de proporcionalidad penal. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2014, pp. 511-534; o LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A. Proporcionalidad penal, en MAQUEDA ABREU, M<sup>a</sup> L. *et alter* (coords.). Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: UCM, 2016, pp. 175-192.

<sup>20</sup> No obstante, de una opinión contraria es Alejandro NIETO GARCÍA (El arbitrio judicial. Madrid: Ariel, 2000, pp. 219 y ss.), para quien el ejercicio lícito de la discrecionalidad se llevaría a cabo –generalmente– cuando el juez acude a criterios “extrajurídicos” en apoyo de su decisión.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9; y agrega –después– que “ello sucede, en particular, con el concepto [material] de injusto [y con sus elementos]. Pero no sólo”.

<sup>22</sup> Igualmente, escéptico con un exclusivo tratamiento categorial para la individualización de las penas, véase DEMETRIO CRESPO, E. Prevención..., 1999, pp. 246 y ss.

<sup>23</sup> ZIPF, H. Principios fundamentales de la determinación de la pena, en Cuadernos de Política Criminal, N<sup>o</sup> 17, 1982, p. 353; la cursiva es del autor, en el texto traducido.

<sup>24</sup> Verbigracia, el catálogo de elementos que a modo de ejemplo formula SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, pp. 11-12) como expresivos de un injusto objetivo: a) el grado de probabilidad *ex ante* del riesgo para el bien jurídico protegido; b) la magnitud esperable de la lesión –i.e., el pronóstico de

pio de un análisis estructural)<sup>25</sup>. En cambio, todo apunta a que seguiría habiendo divergencias profundas acerca de los criterios relevantes para cuantificar el castigo, y del resultado graduable –al alza o a la baja– que éstos deberían ejercer sobre una magnitud numérica. Ello tanto si se admite (de una forma explícita<sup>26</sup>) la construcción teleológica de las instituciones de la teoría del delito como si no<sup>27</sup>, pues hay un sustrato potencialmente controvertible que subyace a dicho estudio considerado como “tradicional”.

En esta línea, y pese al genuino avance que supone el enfoque dogmático –por lo general, es de carácter *proporcionalista*–, creo que se pueden esbozar cinco críticas básicas a tales modelos; la idea es, entonces, tomar nota de las observaciones, en aras de plantear una alternativa razonable y optimizada. Primero, existe un evidente posicionamiento (de esos autores que defienden la vía sistemática) en favor de un influjo –ya sea directo o sólo mediato– de los fines del Derecho penal en la individualización<sup>28</sup>. Lo que implicará una interpretación *consecuencialista* de las categorías<sup>29</sup>, desde luego también en el momento de concretar el castigo; no en vano, allí el juez toma el relevo del legislador, en su función político-criminal<sup>30</sup>. Ahora bien, esta exégesis preventiva de los cri-

---

cuantificación del menoscabo de aquél–; c) la infracción de deberes especiales, relativos a la situación típica; y d) otros factores de contenido expresivo o simbólico –pero considerados *ab initio*.

<sup>25</sup> Así, cfr. ahora SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 10: “[...] cada criterio examina los casos a partir de la adopción de una determinada perspectiva o nivel de análisis [...]. En cuanto al contenido, cada criterio examina los casos a partir de las concepciones básicas sobre la teoría del delito de la que parta, aplicadas en concreto a la categoría sistemática en la que se enmarque [...]”.

<sup>26</sup> Con una inmensa claridad en este punto, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9; y DEMETRIO CRESPO, E. Prevención..., 1999, p. 205.

<sup>27</sup> Sin llegar a pronunciarse (de manera tajante) sobre la dependencia axiológica directa entre la “*Verbrechenslehre*” y los llamados “*Strafzwecke*”, Wolfgang FRISCH (Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, en BRITZ, G. *et aliter* (eds.). Grundfragen staatlichen Strafans. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. Múnich: C. H. Beck, 2001, p. 247) tan solo entiende que “[...] la búsqueda de la pena ajustada a la culpabilidad [...] no es sino una prosecución de la cualificación del hecho como delito”. De acuerdo con ello, cfr. HÖRNLE, T. Determinación..., 2003, pp. 50-51: la individualización de las penas va a depender, básicamente, de las categorías propias del injusto objetivo –el de la acción y el del resultado–, del injusto subjetivo y de la culpabilidad.

<sup>28</sup> “La teoría del delito se configurará [...] como un sistema de reglas que permiten [a un juez] establecer[,] con la mayor seguridad posible[,] el sí o [el] no de tales merecimiento y necesidad de [la] pena. Y la teoría de la determinación de la pena[,] como [tal] teoría de la concreción del contenido delictivo del hecho[,] implicará, a la vez, el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y [su] necesidad (político-criminal) de pena” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9).

<sup>29</sup> En tal sentido, SILVA SÁNCHEZ (Problemas..., en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La dogmática..., 2001, p. 88) arguye así una premisa imprescindible, relativa a la naturaleza del acto jurisdiccional para la elección del *quantum*: “[...] la pena efectivamente impuesta ([i.e.] castigo con finalidades preventivas) se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto penal, culpable y punible, en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad [...]” de la mencionada consecuencia jurídica.

<sup>30</sup> A este respecto, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. ¿Política criminal del legislador, del juez, de la Administración Penitenciaria? Sobre el sistema de sanciones del Código penal, en La Ley. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Nº 4, 1998, pp. 1450-1453. Y, ya en concreto acerca del tema que nos ocupa, el autor añade que “[...] el hecho de que la única política criminal que deba rea-

terios de cuantificación se compensa con límites garantistas<sup>31</sup> (acaso por el origen *retributivista*<sup>32</sup> de la corriente), en una síntesis que es todavía muy habitual.

Más aún, la segunda objeción que me parece destacable tiene que ver con una postura doctrinal actualmente hegemónica. En efecto, en la teoría del delito hoy domina la tesis de que el juicio de culpabilidad –como un análisis de la responsabilidad personal, por cierta infracción imputable– “[...] no puede incrementar el merecimiento de pena ya alcanzado con la realización del hecho, sino, en su caso, excluirlo o disminuirlo”<sup>33</sup>. Y, por mi parte, presumo que ello no deja de ser sino una de las opciones valorativas a las que alude SILVA SÁNCHEZ<sup>34</sup>; así las cosas, es algo sobre lo que (no obstante su incuestionable legitimidad político-criminal<sup>35</sup>, o los intentos por otorgarle su fundamentación dogmática<sup>36</sup>) caben otras lecturas. Esto manifiesta el carácter en esencia “problemático”

---

lizar el juez sea la que discurre por el cauce [propio] de las categorías dogmáticas no implica dejar de atender a los criterios preventivos [admitidos]” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9).

En una línea similar, GARCÍA ARÁN (La prevención general en la determinación de la pena, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 34, N<sup>o</sup> 2-3, 1981, p. 512), argumenta que el sentenciador no debe “perseguir por sí mismo efectos sobre la colectividad”, aunque sí que le estaría permitido extraer algunas implicaciones penológicas de las estructuras dogmáticas.

Empero, Eduardo DEMETRIO CRESPO (Prevención..., 1999, p. 205) cree advertir –en este tipo de enfoques– un nivel de contradicción interna, ello al menos desde su visión general favorable a la teoría germánica clásica del “*Spielraum*” (y con una orientación preferentemente preventivo-especial).

<sup>31</sup> Según argumenta Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9), ello ocurre “[...] porque precisamente dichas categorías dogmáticas pueden y deben ser reconstruidas en clave político-criminal considerando las finalidades preventivas y de garantía que legitiman el recurso al Derecho penal”. En torno a este asunto, cfr. también antes SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites, en SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup> (ed.). Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997, pp. 17-30.

<sup>32</sup> Y así, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, p. 8) se encarga de puntualizar lo siguiente: “Por lo demás, conviene insistir en que la adopción de esta perspectiva no puede confundirse con una fundamentación exclusivamente retributiva del Derecho penal”.

En los mismos términos de cautela se expresa HÖRNLE (Determinación..., 2003, p. 28), lo que me lleva a pensar si (tal vez) no estamos ante la afirmación de que –en el fondo– sólo desde planteamientos preventivos puede desarrollarse un modelo puramente dogmático para la individualización judicial de los castigos.

<sup>33</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9.

Igualmente, en Alemania, véanse hoy por todos SCHÜNEMANN, B. Prólogo, en HÖRNLE, T. Determinación..., 2003, pp. 19-20; FRISCH, W. Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen..., 2001, p. 242; y HÖRNLE, T. La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 54, 2001, p. 423.

<sup>34</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, pp. 6-7.

<sup>35</sup> Así, en general, sobre la idea de una moderación punitiva, véanse –en España– Díez RIPOLLÉS, J. L. El abuso del sistema penal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N<sup>o</sup> 19, 2017, pp. 1-24; BRANDARIZ GARCÍA, J. A. El gobierno de la penalidad. Madrid: Dykinson, 2014, *passim*; y Díez RIPOLLÉS, J. L. La dimensión inclusión/exclusión social como guía de la política criminal comparada, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N<sup>o</sup> 13, 2011, pp. 5-13.

<sup>36</sup> Para algunas muestras de dichas tentativas, cfr. –entre muchos otros autores– BESIO HERNÁNDEZ, M. Los criterios..., 2011, pp. 238 y ss.; HÖRNLE, T. La concepción..., en ADPCP, Vol. 54, 2001, pp. 423-424; FRISCH, W. Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* (coords.). Grundfragen..., 2001, pp. 242 y ss.; o DEMETRIO CRESPO, E. Prevención..., 1999, pp. 217 y ss., 251 y ss.

del sistema conceptual vigente, y al mismo tiempo rebate su capacidad para dar cabida a ciertas praxis forenses<sup>37</sup>.

HÖRNLE, por el contrario, acentúa sus preferencias por la solución opuesta<sup>38</sup>: en vez de buscar un estatus científico propio para las labores individualizadoras, hay que adaptar el proceso decisorio a las exigencias categoriales. Únicamente con ello se garantiza la inteligibilidad de las operaciones judiciales en dichas fases: “[...] la orientación a la moderna teoría del delito vuelve a ser la clave de una teoría adecuada de la medición de la pena”<sup>39</sup>. De tal forma que sería inadmisibile –por ser anti-dogmático– graduar hacia arriba el *quantum* sancionatorio sobre la base de constatarse una mayor responsabilidad personal del reo, pues “no hay circunstancias que incrementen la culpabilidad”<sup>40</sup>. En el fondo, se trataría de descartar un rol primordial de ésta para la concreción del castigo<sup>41</sup>, lo que sin duda deja en fuera de juego a cualquier autor discordante.

Por fortuna, no todos los partidarios de una plena sistematización llegan a conclusiones tan radicales como la mencionada arriba. Así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ acepta concederles un papel específico a las consideraciones relevantes que provengan de la “*Tatschuld*”, aunque sujeta la eficacia penal de aquéllas a un encaje categorial: hay que explicar de qué manera –y dónde– agrava o atenúa el injusto cada uno de los factores manejados<sup>42</sup>. Sin embargo, la “neutralidad”<sup>43</sup> teórica del modelo quiebra ya al asumirse

---

<sup>37</sup> Verbigracia, cuando en los tribunales se acepta el efecto agravatorio de la concurrencia de determinados móviles en la actuación del agente; sobre esta situación de enfrentamiento doctrinal y jurisprudencial, véanse –por todos– SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/ 2007, p. 9; HÖRNLE, T. Determinación..., 2003, pp. 74 y ss.; y FRISCH, W. Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* (eds.). Grundfragen..., 2001, p. 257. Por su parte, HÖRNLE (Tatproportionale..., 1999, p. 269) indica que los motivos internos del autor necesariamente habrán de pertenecer al ámbito sistemático del injusto, si sirven para aumentar el reproche penal, mientras que con un resultado atenuante pueden considerarse tanto en el injusto como en la culpabilidad.

<sup>38</sup> En tal sentido, cfr. –muy especialmente– HÖRNLE, T. Determinación..., 2003, pp. 57 y ss.; o HÖRNLE, T. La concepción..., en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423.

<sup>39</sup> HÖRNLE, T. La concepción..., en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423; agrega que “[...] con la orientación de la medida de la pena al injusto del hecho se da un [crucial] primer paso; pero también es decisiva la precisión de los componentes de la culpabilidad”.

<sup>40</sup> *Ibid.* Por tanto, “[...] una elevación de la pena como consecuencia del examen de la culpabilidad está excluida [...]” (HÖRNLE, T. La concepción..., en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 423).

<sup>41</sup> Puesto que “el concepto de culpabilidad en la medición de la pena es superfluo, aunque pertenezca a la nomenclatura usual; [más aún,] lo mismo cabe decir de la expresión «pena adecuada a la culpabilidad»” (HÖRNLE, T. La concepción..., en ADPCP, Vol. 54, 2001, p. 424).

<sup>42</sup> Así las cosas, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, p. 11) argumenta ya que “[...] ello obliga[rá] probablemente a acoger un concepto real de injusto[; uno] que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma). Esta última es [...] la única que puede dar razón de la relevancia[,] en la determinación de la pena[,] de una serie de factores (por ejemplo, los motivos del agente[,] o la infracción de deberes por parte de éste) que, sin ella, quedarían desprovistos de [un] fundamento categorial”. Acerca de una visión “simbólica” global del sistema *vindicatorio*, véase –verbigracia– GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena. ¿El dolor penal como constructo comunicativo?, en InDret 2/2008, pp. 1-31; también

el rechazo (doctrinalmente casi unánime<sup>44</sup>) de un influjo cuantitativo al alza de elementos relativos a la culpabilidad. De hecho, el mismo autor advierte esa “paradoja”<sup>45</sup>, que implica desdeñar una línea jurisprudencial común, pero no ofrece solución metodológica al respecto, más allá de la intra-dogmática<sup>46</sup>.

Tres son las críticas adicionales que apunto contra estas perspectivas en auge, que ahondan en la necesidad de una alternativa al paradigma dominante. Acto seguido sólo las enumero, a fin de ofrecer una visión global o panorámica en estos momentos; empero, el abordaje minucioso de todo ello ya ha quedado reflejado en otra parte, en paralelo con unos trazos definitorios de mi propuesta<sup>47</sup>. En síntesis, me refiero a las siguientes tres objeciones principales: a) el uso de una noción taxativa de la “dogmática”, en cuya virtud algunos aspectos del debate serían ajenos a un imperativo rigor académico<sup>48</sup>; b) el tratamiento restrictivo de la idea de “culpabilidad por el hecho”, con la exclusión rotunda de otros enfoques razonables; y c) un conjunto de imprecisiones o déficits metodológicos, que afectan a la esencia y estructura del proceso individualizador<sup>49</sup>.

---

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. *Retribución y prevención general. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, pp. 515 y ss.

<sup>43</sup> “El que, previamente, la teoría del delito se haya configurado según un paradigma retributivo o preventivo, naturalista o normativista, [incluso] con todas las diversas variables de estas concepciones, es una cuestión [ya] ajena al problema metodológico aquí planteado” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La teoría...*, en *InDret 2/2007*, p. 8). Y, no obstante la inicial “*indiferencia*”, el autor toma partido con esta breve declaración de intenciones: sin duda “[...] existen relaciones cruzadas entre el concepto ideal-comunicativo y el [...] empírico de [l] injusto. Por un lado, la negación del Derecho tiene que ver con la lesión del bien jurídico abarcada por el dolo, con la peligrosidad de las conductas, con la corresponsabilidad de la víctima, etc., lo que determina que el injusto [...] dé pie a muchos[, y variados,] criterios de medición de la pena. Pero, por otro lado, el concepto empírico de injusto tiene graves dificultades para explicar todos los casos [...] penalmente relevante[s]”.

<sup>44</sup> Contrario a la postura hegemónica, cfr. recientemente PÉREZ DEL VALLE (*Lecciones...*, 2016, pp. 228-229), para quien deberían tener cabida –al menos, en la discusión doctrinal, a fin de valorar la oportunidad de su incorporación normativa– ciertos elementos de lo que en global se cataloga de forma despectiva (y, en ocasiones, acrítica) como “*Täterstrafrecht*”.

<sup>45</sup> Tal como nos indica con sus propias palabras, es evidente “[...] que hay múltiples circunstancias del hecho concreto a las que se asigna relevancia cuantificadora y que no tienen una referencia categorial clara” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La teoría...*, en *InDret 2/2007*, p. 9).

<sup>46</sup> “[...] la actitud interna contraria al Derecho constituye la pieza central del injusto entendido en sentido ideal. Esta perspectiva justifica el traslado de la actitud interna, en tanto que [algo] trascendente intersubjetivamente, a una concepción comunicativa del injusto, en la que, además de la base empírica de peligro o lesión de un bien jurídico, se tenga en cuenta el aspecto simbólico de [la] mayor o menor negación del Derecho. Ahora bien, como FRISCH [Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* (eds.). *Grundfragen...*, 2001, pp. 257 y ss.] admite, cabe que los motivos del hecho (odio, venganza [...]) agraven el injusto pero que, dadas las circunstancias, resulten comprensibles o [que], por determinados defectos de [la] personalidad, sean [entonces] menos evitables para el autor que para otras personas. Así que es posible que el incremento del injusto se vea rebajado[,] o incluso compensado[,] en el ámbito de la culpabilidad” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. *La teoría...*, en *InDret 2/2007*, p. 12).

<sup>47</sup> Véase la obra referenciada en la nota 3; y, concretamente, a lo largo del capítulo VI.

<sup>48</sup> En la presente comunicación, me centraré solo en desarrollar el primer planteamiento problemático.

<sup>49</sup> Así, hay al menos tres cuestiones confusas agrupadas bajo estos pares de términos enfrentados: (i) el sí versus el cuánto de la pena; (ii) las operaciones de subsunción o deducción a partir del texto de la ley

Respecto de la primera cuestión antes aludida, existe –hoy en día– un claro acuerdo doctrinal entre quienes patrocinan una vía sistemática: la determinación penal materializa, pues, una “[...] continuación cuantitativa de la teoría del delito”<sup>50</sup>. Y así, el castigo estatal “[...] se configura como respuesta a un hecho que constituye un injusto [...] culpable y punible<sup>51</sup>, [esto es,] en el que se contienen los elementos que fundamentan el merecimiento y la necesidad”<sup>52</sup> del reproche sancionador. Luego, *a fortiori*, el sometimiento de la decisión judicial sobre el *quantum* concreto a las categorías e instituciones de la “*Zurechnungslehre*”<sup>53</sup> es absoluto, de tal modo que ésta conquista por completo un terreno antaño reservado a la discrecionalidad del órgano sentenciador<sup>54</sup>.

La conclusión que se deriva de esa premisa es doble; por un lado, únicamente cabría hablar de una individualización “dogmática” de la pena cuando las operaciones prudenciales para elegir la magnitud del castigo vengan predeterminadas por estructuras del sistema<sup>55</sup>. Y viceversa: *a contrario sensu*, sólo aquellos asuntos que tienen un espacio propio, en la teoría del delito, han de poder utilizarse por el juez a los efectos de cifrar la medida de una sanción<sup>56</sup>. Entonces, los reduccionismos metodológicos de dichos planteamientos llevan al límite el enfrentamiento entre los autores y tribunales: los primeros rehúsan (en abstracto) factores sin una expresa referencia categorial –v. gr., la conducta posterior o un transcurso del tiempo–, mientras los segundos sí reconocen su potencial cuantificador (en la praxis cotidiana).

---

versus un método inferencial; y (iii) la individualización del castigo versus las causas de inexecución de una condena privativa de libertad.

<sup>50</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 8.

<sup>51</sup> En torno al ocasional último nivel de la “*Verbrechenslehre*”, SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9) lamenta el frecuente recurso –por parte de algunos autores– a la vaguedad dogmática de su contenido, lo que da lugar a explicaciones insatisfactorias: “Naturalmente, aquí suele apelarse a la oscura categoría (por muchos ni siquiera aceptada) de la punibilidad. Sin embargo, su propia naturaleza de «cajón de sastre» pone de relieve que se hace preciso un desarrollo (y [una] eventual diferenciación interna) de ésta”. Sobre aquélla, véase por todos MENDES DE CARVALHO, É. Punibilidad y delito. Madrid: Reus, 2007, *passim*.

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. Problemas..., en SUÁREZ GONZÁLEZ, C. / SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La dogmática..., 2001, p. 88.

<sup>53</sup> Para referirse a la tradicionalmente llamada “teoría del delito” (“*Verbrechenslehre*”), utiliza dicha expresión Günther JAKOBS (Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlín: Walter de Gruyter, 2<sup>a</sup> ed., 1991), en el título de su manual de Parte general.

<sup>54</sup> No otra cosa quiere decir que el juez sólo pueda ejercer (legítimamente) su función político-criminal dentro del restringido marco sistemático del delito; y ello “[...] se debe a la tesis de que los postulados político-criminales deben llegar al juez en la forma de enunciados dogmáticos [...]” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 8).

<sup>55</sup> De tal forma se manifiestan –por ejemplo– FRISCH (Unrecht..., en BRITZ, G. *et alter* [eds.]. Grundfra-gen..., 2001, pp. 257-258) y SILVA SÁNCHEZ (La teoría..., en InDret 2/2007, pp. 7-8).

<sup>56</sup> “En efecto, no pueden existir factores relevantes para la individualización de la pena (comportamientos posteriores al hecho, nivel de sensibilidad a la pena, [o] transcurso del tiempo) que carezcan de un soporte categorial en la teoría del delito” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. La teoría..., en InDret 2/2007, p. 9).

Pero, además, creo que hay un error –aún superior– asociado a este enfoque restrictivo de la dogmática jurídico-penal<sup>57</sup>: negar tal carácter a cualesquiera otras reflexiones doctrinales que introduzcan razonabilidad en los procesos para la aplicación de las normas<sup>58</sup>, cuando simplemente no encajan en un análisis tradicional de la “*Verbrechenslehre*”. Así pues, me parecería absurdo auto-limitarnos el estudio científico de todo lo relativo al *ius puniendi* con una única manera de proceder, establecida según aquel esquema tripartito dominante en la actualidad<sup>59</sup>. Ello por mucho que éste se haya demostrado correcto desde hace ya un par de siglos<sup>60</sup>, válido a la hora de aprehender multitud de problemas teóricos (incluso allende la ley<sup>61</sup>), y útil para darle una respuesta satisfactoria a la praxis casuística.

### III. DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL, SISTEMATIZACIÓN Y MÉTODO

Frente al empobrecimiento conceptual que implicaría su plena equiparación con la teoría del delito<sup>62</sup>, sugiero barajar un sentido amplio del vocablo “dogmática”. De hecho ni siquiera tienen que enunciarse como acepciones opuestas; por el contrario, se trata de dos significados complementarios, cuya relación ha de visualizarse con una gráfica metafórica de los círculos concéntricos. Rigurosamente hablando, me refiero sólo a ese “*uni-*

---

<sup>57</sup> José Milton PERALTA (Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 31, 2008, p. 612, nota 69) justifica de un modo autorreferencial por qué se suma a una práctica tan habitual en la actualidad: “En este texto se utilizarán como sinónimos [...] dogmática, dogmática del hecho punible y teoría del delito. Esto es [ahora] usual entre los penalistas, debido al gran desarrollo que ha recibido la teoría del delito [de base germánica], cuya «dogmática» es el trabajo de los científicos del Derecho por excelencia”.

<sup>58</sup> Nadie duda hoy de que una de las funciones más básicas de la dogmática sería suministrar los criterios para una correcta realización del ordenamiento jurídico. Y, sin embargo, lo distintivo de aquélla, comparada con la actividad judicial, “[...] podría sintetizarse así: mientras que los órganos aplicadores tienen que resolver [los] casos concretos [...], el dogmático del Derecho se ocupa de [los] casos abstractos [...]” (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 21).

<sup>59</sup> Al respecto, véanse los manuales considerados como “clásicos”, en la doctrina alemana y en la española; verbigracia: MIR PUIG, S. *Derecho penal. Parte general*. Barcelona: Reppertor, 10ª ed., 2015; CEREZO MIR, J. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008; y JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Granada: Comares, 5ª ed., 2002.

<sup>60</sup> Generalmente, se considera a Rudolf von IHERING el iniciador del método dogmático. Sobre la evolución histórica, cfr. por todos MUÑOZ CONDE, F. *Dogmática penal y Política criminal en la Historia moderna del Derecho penal y en la actualidad penal*, en *Revista penal*, N° 36, 2015, pp. 172-181; PÉREZ ALONSO, E. J. *Las revoluciones científicas del Derecho Penal. Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 50, N° 1-3, 1997, pp. 185-210; y JAÉN VALLEJO, M. *Los puntos de partida de la dogmática penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 48, N° 1, 1995, pp. 57-70.

<sup>61</sup> Véase ROBLES PLANAS, R. *La identidad de la dogmática jurídico-penal*, en *Zeitschrift für die Internationalen Strafrecht* 2/2010, pp. 135-136: “[...] la dogmática realiza una *aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*. Naturalmente, lo que no puede suplantar la dogmática es la legitimación formal [de las normas positivas], pero tampoco lo pretende” (mantengo la cursiva del texto original).

<sup>62</sup> Igualmente, así lo hace José Milton PERALTA (Dogmática..., en *Doxa*, N° 31, 2008, p. 612): “[...] cuatro elementos [...] caracterizan a la dogmática[,] i. e. a la teoría del delito [...]”.

verso” discursivo (i.e., instituciones normativas, estructuras de imputación, argumentos varios, reducción teleológica<sup>63</sup>...) que integraría el estudio categorial por niveles –sea cual fuere su división interna<sup>64</sup>. En cambio, *lato sensu* considerada, la expresión engloba por igual las observaciones (académicas o jurisprudenciales) que, si bien estando fuera del esquema analítico, promueven el genuino desarrollo de la ciencia del derecho.

Una breve aproximación metodológica<sup>65</sup> ha de servir ahora para clarificar aún más las cosas, con respecto a la naturaleza y el alcance de la “*Strafrechtsdogmatik*”<sup>66</sup>. Así, ésta es –sobre todo– una labor hermenéutica, lo que consiste en “*hacer comprensibles*”<sup>67</sup> los textos jurídicos, incluyendo aquí también la totalidad de los símbolos y conceptos que utiliza el lenguaje jurídico-penal”<sup>68</sup>, en la busca de una realización del ordenamiento, en los casos concretos. Desde dicha perspectiva fundamental (filosófica, podríamos decir), creo que nada obsta para afirmar lo siguiente: si se desea clarificar el proceso de concreción del castigo, la labor ha de ser profundamente dogmática, e inscribirse así en “un sistema de proposiciones doctrinales [...] resultado de los esfuerzos científicos”<sup>69</sup>.

En efecto, esto mismo hago al abordar la delimitación material y terminológica de una idea de individualización de la pena, o cuando analizo la estructura interna del proceso (unitario) de la concreción del castigo, en las tres fases sucesivas conectadas entre sí<sup>70</sup>. Tales reflexiones se dirigen –sin duda alguna– a una mejor “*Verständnis*”<sup>71</sup> de tales

---

<sup>63</sup> Acerca de la ahora citada técnica interpretativa, cfr. –entre muchos otros autores– GÓMEZ LANZ, F. J. Lenguaje legal y actividad judicial: la reducción teleológica de tipos penales, en VV.AA. Jueces y ciudadanos. Elementos del discurso judicial. Madrid: Dykinson, 2009, pp. 120-159; KUHLEN, L. Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, pp. 60 y ss. (y también 70-72); o BALDÓ LAVILLA, F. La construcción de la teoría del delito y el «desarrollo continuador del Derecho», en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, N° 6, 1997, pp. 101 y ss.

<sup>64</sup> Para una breve (y didáctica) exposición –con numerosas referencias ulteriores y con varios esquemas-resúmenes– relativa al desarrollo de la teoría del delito en nuestra tradición continental, especialmente durante los últimos dos siglos, véase PÉREZ DEL VALLE, C. Lecciones..., pp. 75-80 y 86-90.

<sup>65</sup> La propuesta global se halla en el último capítulo de mi tesis doctoral; cfr. nota 3.

<sup>66</sup> Sobre ello, véanse –v. gr.– LOOS, F. / JEHLE, J.-M. (eds.). Bedeutung der Strafrechtsdogmatik in Geschichte und Gegenwart. Manfred Maiwald zu ehren. Heidelberg: C. F. Müller, 2007; MUÑOZ CONDE, F. Presente y futuro de la Dogmática jurídico-penal, en Revista penal, N° 5, 2000, pp. 44-51; BUNSTER, Á. Consideraciones en torno de la dogmática penal, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 90, 1997, pp. 935-950; y HASSEMER, W. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik. Reinbek: Rowohlt, 1974.

<sup>67</sup> Detalladamente, cfr. –por todos– MÜLLER, F. / CHRISTENSEN, R. Juristische Methodik. Band I: Grundlagen, Öffentliches Recht. Berlín: Duncker & Humblot, 9ª ed., 2004, pp. 35 y ss.; GARCÍA AMADO, J. A. Filosofía hermenéutica y derecho, en Azafea. Revista de Filosofía, N° 5, 2003, pp. 191-211; o HASSEMER, W. Juristische Hermeneutik, en Archiv für Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie, Vol. 72, N° 2, 1986, pp. 195-212.

<sup>68</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 134; mantengo la cursiva del autor.

<sup>69</sup> SCHMIDHÄUSER, E. Strafrecht. Allgemeiner Teil. (Studienbuch). Tübingen: J.C.B. Mohr, 2ª ed., 1984, nm. 1/10; la traducción del texto original en alemán está tomada de una cita en ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 134.

<sup>70</sup> Véase la obra referenciada en la nota 3, concretamente en los apartados I.3 y II.1, y II.2 y II.3.

operaciones judiciales, que aplican las normas en un instante crucial para todo reo<sup>72</sup>. Es, pues, un auténtico trabajo “hermenéutico”<sup>73</sup>, y de características semejantes al que realiza después, con el estudio sistemático de la inevitable presencia del arbitrio en los órganos decisores, o de sus efectos al elegir el *quantum* de una sanción. En definitiva, en eso consiste cualquier esfuerzo por elucidar el método<sup>74</sup> correcto para la “*Strafzumessung*”: asignarle sentido<sup>75</sup> prudencial a la tarea, mas partiendo de un “aparato conceptual propio y preexistente”<sup>76</sup>.

Junto con lo anterior, también entiendo que las observaciones hechas por quienes se dedican a desentrañar la cuestión que nos ocupa tratan de cumplir con aquellos objetivos instrumentales generalmente asociados a la labor de la dogmática jurídico-penal. Así, toda contribución digna de estudio ha de orientarse hacia una búsqueda de la razonabilidad en la aplicación del Derecho vigente, en aras de alejar a la praxis forense del intuicionismo<sup>77</sup> (o sea, la pura subjetividad). De modo que –según lo sintetizan MUÑOZ

---

<sup>71</sup> Y por ello “[...] la aplicación de una ley al caso no puede ser entendida como mera interpretación de un texto, sino que se trata más bien de un proceso de concreción de la decisión en el que confluyen de manera indisoluble elementos descriptivos, cognitivos y normativo-valorativos de diversa índole [...]” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 135).

<sup>72</sup> Así lo arguye PERALTA (Dogmática..., en Doxa, N° 31, 2008, pp. 613-614): “[...] el problema de la distribución justa del castigo se encontraba soslayado en un punto de trascendencia indiscutible para el individuo [...], [como es] el de la determinación de la pena concreta”.

<sup>73</sup> Según sostiene ROBLES PLANAS (La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 134), ello es “una de las más relevantes ocupaciones tradicionalmente atribuidas al dogmático en Derecho penal”.

<sup>74</sup> En torno a ello, PERALTA (Dogmática..., en Doxa, N° 31, 2008, pp. 612-613) señala que “la dogmática es el método científico por excelencia, utilizado en el ámbito penal para el análisis del Derecho”; cosa distinta será averiguar si tal proceder es unívoco, o si –en cambio– admite variaciones.

<sup>75</sup> Para una aproximación general acerca de esta cuestión, véase SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. Zur sogenannten ideologischen Auslegung, en PAWLIK, M. / ZACZYK, R. (eds.). Festschrift für Günther Jakobs (zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007). Colonia: Heymann, 2007, pp. 646 y ss.

<sup>76</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 134. Entonces, por eso el jurista Harro OTTO (Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre. Berlín: Walter de Gruyter, 7<sup>a</sup> ed., 2004, § 2, nm. 67) especificaba lo siguiente: “[...] precomprensión de la corrección de la solución de un determinado conflicto social e interpretación metodológica de un texto no son cuestiones distintas, sino que más bien toda interpretación se lleva a cabo sobre la base de una precomprensión [global del asunto, y] con la cual el intérprete acomete el proyecto de la interpretación [...]” –tomo aquí la traducción al español (directamente) de una cita en ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 134.

<sup>77</sup> De esta manera tan clarificadora lo explicó en su día GIMBERNAT ORDEIG (Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft?, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Vol. 82, N° 2, 1970, pp. 405-406), en uno de los artículos ya considerados clásicos sobre la materia:

“[...] al señalar límites y definir conceptos, [la dogmática nos posibilita] una aplicación segura y calculable del Derecho penal, [o] hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté la dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, [o] más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución. Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o [la] impunidad de una conducta no será [ya] la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y[,] cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería [tendremos], hasta llegar a la más caótica y [la más] anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”.

CONDE y GARCÍA ARÁN— el gran desafío científico de la “*Strafrechtsdogmatik*” es conseguir una *realización* del ordenamiento que sea “igualitaria y justa, por encima de la coyunturalidad, el acaso, la arbitrariedad y la sorpresa”<sup>78</sup>. O, con las palabras de PERALTA, una de sus funciones más importantes es “[...] otorgar previsibilidad y uniformidad a las decisiones judiciales”<sup>79</sup>.

Incuestionable su condición de disciplina con cierta autonomía científica<sup>80</sup>, no en vano la dogmática jurídica (e igualmente la penal) es una actividad compleja —en cuyo seno caben muy diversas manifestaciones o estilos<sup>81</sup>. Y, en cambio, sí que parece haber acuerdo sobre un elemento esencial: su carácter sistematizador<sup>82</sup>. Entonces, aquélla tie-

---

(La versión española está sacada de la primera traducción oficial a nuestro idioma: GIMBERNAT ORDEIG, E. ¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?, en Estudios de Derecho penal. Madrid: Civitas, 1976, pp. 64 y ss.)

En una línea argumental similar, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito, en WOLTER, J. / FREUND, G. [eds.]. El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 29) asimismo coincide en afirmar que el método científico-jurídico allí empleado “[...] constituye la expresión más clara de la voluntad de elaborar una dogmática orientada a la racionalización de la aplicación judicial del Derecho penal”.

<sup>78</sup> MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M. Derecho penal. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1996, p. 203.

<sup>79</sup> PERALTA, J. M. Dogmática..., en Doxa, N° 31, 2008, p. 612.

<sup>80</sup> Así, cfr. —por todos— NINO, C. S. Consideraciones sobre la dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal). México, D.F.: UNAM, 1989, pp. 9 y ss.; con bibliografía adicional al respecto. De otra parte, a favor de tal conclusión también parece posicionarse ROBLES PLANAS (La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 135), cuando indica que “[...] la dogmática realiza una *aproximación propia e independiente al objeto de la regulación legal*” (mantengo la cursiva del original).

Pero en cambio ATIENZA (La dogmática jurídica como tecno-praxis, en VV.AA. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo IV. Volumen 1. Estado constitucional. México, D.F.: UNAM, 2015, pp. 179-180) se hace una pregunta retórica: “¿No podría reconstruirse esa actividad [la dogmática] como una técnica, cuyo cometido fundamental [...] no sería (no debería ser) obtener conocimiento (describir o sistematizar un sector del ordenamiento [...]), sino resolver (en un cierto nivel de abstracción) un tipo peculiar de problema práctico[,] referido a la aplicación, la interpretación y la producción del derecho?”. Sin embargo, ello no le restaría valor material o prestigio epistemológico alguno a la dogmática —como no ocurre tampoco con la medicina ni con la arquitectura. Entonces, visto ahora de este otro modo, la cuestión sería si, “[...] en cuanto [que una] técnica, puede incorporarse y utilizar conocimiento científico [...]” (ATIENZA RODRÍGUEZ, M. Introducción al derecho. Barcelona: Barcanova, 1986, p. 254).

<sup>81</sup> En este sentido, HASSEMER (Fundamentos del Derecho penal. Barcelona; Bosch, 1984, p. 250) puntualiza lo siguiente: “La dogmática jurídico-penal, en la que trabajan tanto la ciencia del Derecho penal, como la jurisprudencia [...], formula [las] reglas para la decisión jurídico-penal de un caso a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el caso”.

<sup>82</sup> Véanse aquí —muy especialmente— ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, pp. 136 y ss.; PERALTA, J. M. Dogmática..., en Doxa, N° 31, 2008, pp. 613-614; SCHÜNEMANN, B. La culpabilidad: estado de la cuestión, en VV.AA. Sobre el estado de la teoría del delito. (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000, pp. 91 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, E. Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Madrid: Tecnos, 1999, pp. 51 y ss., 77, 102 y ss.; RÖDIG, J. Einführung in eine analytische Rechtslehre. Berlín: Springer Verlag, 1986, pp. 89 y s.; o SILVA SÁNCHEZ, J.-M<sup>a</sup>. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Barcelona: Bosch, 1992, pp. 72 y ss.

ne como fin básico la “[...] ordenación del Derecho [positivo]<sup>83</sup>] a través del hallazgo de principios y enunciados teóricos abstractos que permitan crear un aparato conceptual más reducido[,] al cual puedan remitirse las decisiones [...] concretas”<sup>84</sup>. Para Eberhard SCHMIDT, es evidente que tal técnica<sup>85</sup> “[...] sirve al dominio [...] de la *informe* materia jurídica[,] y garantiza con ello al mismo tiempo el avance hacia un método más seguro para el enjuiciamiento práctico de [...] cada caso particular [...]”<sup>86</sup>.

O bien, según sostiene SILVA SÁNCHEZ, la argumentación<sup>87</sup> propia de la “*Strafrechtsdogmatik*” procura “la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas para llevar a cabo una imputación de responsabilidad penal conforme a Derecho[,] segura e igualitaria”<sup>88</sup>. Y, sin embargo, la búsqueda de certidumbre a la hora de aplicar las normas<sup>89</sup> no ha de confundirse con la simplificación del análisis acerca del contenido inherente a las leyes<sup>90</sup>. En cambio, ROBLES PLANAS explica que se opera “precisamente de

---

<sup>83</sup> “Por ello, el dogmático debe vincular su argumentación a la letra de la ley, en una relación o nexo de suficiencia normativa” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 136). Y, no obstante, las leyes “[...] casi nunca aparece[rán] *primariamente* como «la solución» del caso. A ella se llega sólo a partir de la ubicación del problema en el sistema[,] y de la inevitable reflexión sobre la legitimidad material de la decisión. [Empero,] Que tras ello sea imprescindible la vinculación con la letra de la ley, si es que la solución dogmática quiere producir efectos en una praxis regida por el principio de legalidad, es algo que queda fuera de toda duda” (p. 135; la cursiva está en el texto original del autor).

<sup>84</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 136.

Por otra parte, la ventaja más crucial es que ello nos “[...] permite dar respuesta a cuestiones no planteadas hasta el momento, ofreciendo así una mayor seguridad jurídica en relación con otros métodos que no procedan sistemáticamente”.

<sup>85</sup> “La sistematización [...] es el núcleo del pensamiento dogmático[,] y es precisamente lo que le ofrece su extraordinaria potencia por encima de otras formas de análisis de la realidad, es, en definitiva, algo constante en la ciencia del Derecho penal. Por ello[,] no debe de extrañar que la frase con la que comienza el Lehrbuch des deutschen Strafrechts de VON LISZT, a saber[,] que: «la ciencia del Derecho penal es el conocimiento desarrollado en un todo ordenado (en un sistema)[,] sobre el delito y la pena en sus conexiones internas», no solo haya mantenido su vigencia [...] desde hace casi 140 años, sino que su contenido se haya elevado a elemento irrenunciable [...]” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 138).

<sup>86</sup> SCHMIDT, E. Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 3ª ed. 1965, p. 148; con la traducción al castellano de AMBOS, K. Dogmática jurídico-penal y concepto universal de hecho punible, en Política Criminal, Vol. 3, Nº 5, 2008, p. 3 (nota 2).

<sup>87</sup> “[...] la dogmática [...], al interpretar, está, en realidad, definiendo el campo semántico de los conceptos jurídicos, esto es,  *fijando* el significado que debe darse a los términos legales que fundamentan la imposición de deberes jurídico-penales. Se trata entonces más que de interpretación en sentido estricto, de *argumentación dogmática*” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 135; mantengo la cursiva del original). Cfr. RUIZ SANZ, M. El cambio de paradigma en las funciones de la dogmática jurídica. Algunos apuntes sobre la teoría de la argumentación jurídica de R. Alexy, en Anuario de Filosofía del Derecho, Nº 11, 1994, pp. 347-366.

<sup>88</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-Mª. Aproximación al Derecho penal contemporáneo. Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª ed. (ampliada y actualizada), 2010, p. 285. De manera similar, PERALTA (Dogmática..., en Doxa, Nº 31, 2008, p. 613) destaca el “respeto a la igualdad” que se gana con este método.

<sup>89</sup> En torno a la individualización, SILVA (La teoría..., en InDret 2/2007, p. 7, nota 19) afirma que “una teoría dogmática, si es teleológica, dará cuenta de aquellos principios [filosóficos], pero los concretará, los desnortativizará y posibilitará su aplicación más segura y fiable”.

<sup>90</sup> Seguramente por dicho motivo, ATIENZA RODRÍGUEZ (El futuro de la dogmática jurídica. A propósito de Luhmann, en El Basilisco, Nº 10, 1980, p. 63) se posiciona en contra de esa (supuesta) mayor se-

modo inverso, esto es, mediante la *multiplicación de la complejidad*<sup>91</sup>, por relación con los casos regulados<sup>92</sup>. Así pues, ello atestigua un verdadero “potencial teórico-crítico”<sup>93</sup> del pensamiento dogmático, como “herramienta” heterogénea de la ciencia jurídica.

Veamos de qué manera la “*Strafrechtsdogmatik*” configura un “sistema”: ¿es algo unívoco, o hay expresiones varias, aunque complementarias? Sobre esta particular cuestión, que es crucial para mi tesis, nos ilustra también ROBLES PLANAS en dos niveles de reflexión. Por un lado existen –al menos– dos dimensiones de la dogmática penal<sup>94</sup> (con autonomía): analítica y ético-normativa; ambas usan un “instrumental” científico diferente: lógico-estructural o axiológico-valorativo<sup>95</sup>, respectivamente. Al último aspecto se refiere Eberhard SCHMIDT, cuando afirma que la dogmática sirve a la justicia merced a “la fundamentación de cada teoría en [unos] presupuestos filosóficos<sup>96</sup> indiscutidos”<sup>97</sup>. Se trata de un espacio al que, con atinada metáfora, se le ha llamado “limbo”<sup>98</sup>: más allá –por encima– del Derecho positivo<sup>99</sup> pero todavía dentro del discurso jurídico.

---

guridad jurídica: “La dogmática acrecienta, pues, el grado de [la] incerteza del sistema jurídico (por ejemplo, aumentando la indeterminación de las reglas legislativas para insertar nuevas posibilidades de decisión)[, lo] que [no obstante] debe[ría] resultar compatible con la obligación de observar las normas jurídicas y de decidir en caso de conflicto”.

<sup>91</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 137; mantengo la cursiva del autor.

<sup>92</sup> Se trataría aquí, como ya ha puesto de manifiesto Joachim HRUSCHKA (Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Madrid: Thomson Aranzadi, 2005, p. 267), de “[...] reunir los grupos de casos imaginables, tanto los problemáticos como los aparentemente no problemáticos, tanto los discutidos como los indiscutidos, ordenarlos y establecer variantes de manera sistemática, para conseguir sistemas completos, de casos y de sistemas de casos”.

<sup>93</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 138. Y más adelante, el autor lo a “[...] la tantas veces evocada función crítica de la dogmática frente al legislador y a la jurisprudencia [...]” (p. 139).

Acerca de ello, véase también el comentario de MUÑOZ CONDE a la ponencia de BURKHARDT, B. Dogmática penal afortunada y sin consecuencias, en VV.AA. La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 243 (nota 34).

<sup>94</sup> Así, cfr. ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, pp. 136 y ss.

<sup>95</sup> Esto es, “[...] la elaboración de conceptos operativos –categorías– que sean portadores de valoraciones fundamentales. [...] [Ello] dado que, en última instancia, la gran pregunta que ésta acomete es la relativa al sentido de una conducta desde el punto de vista de la correcta atribución de responsabilidad” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 137).

<sup>96</sup> En torno a la interacción entre la filosofía y la dogmática jurídica, Ricardo ROBLES (La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 141) defiende lo siguiente: “Las diferencias [...] son escasas, si bien puede afirmarse que[,] mientras la primera se detiene ante concepciones fundamentales en un elevado nivel de abstracción, la segunda comienza precisamente en ese punto a trabajar y trata de extraer consecuencias a partir de ellas. La dogmática construye la teoría del Derecho correcto para ámbitos concretos de la vida y para la solución de determinados problemas”.

<sup>97</sup> SCHMIDT, E. Einführung..., 3ª ed. 1965, p. 148.

<sup>98</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 141.

<sup>99</sup> A tal respecto, Karl ENGISCH (Introducción al pensamiento jurídico. Granada: Comares, 2001, p. 218) argumenta que “[...] en el trato con la ley se entrevé algo que está detrás de ella[,] y que nosotros [juristas] llamamos de una manera general e indeterminada «derecho» [con minúscula]”. Sobre las referencias a lo “*supralegal*” –desde posturas no directamente iusnaturalistas–, véanse (por todos) SEELMANN, K. Rechtsphilosophie. Múnich: C. H. Beck, 4ª ed., 2007, pp. 99 y ss.; ZIPPELIUS, R. Rechtsphilosophie. Ein Studienbuch. Múnich: C. H. Beck, 5ª ed., 2007, pp. 56 y ss.; ZACZYK, R. Was ist

Aplicado (por analogía) a mi propuesta terminológica, creo que bien puede decirse que dichas esferas de la “*Strafrechtsdogmatik*” se corresponden con los sentidos estricto –lo analítico– y lato –lo valorativo– de la palabra. Teniendo en cuenta, claro está, que no son ámbitos aislados<sup>100</sup> sino vasos comunicantes, i.e., “capas” o círculos concéntricos de una misma “cosa”. Los cuales operarán (desde luego) con métodos diversos<sup>101</sup>, y en función de cómo sean o de qué aproximaciones científicas requieran sus objetos de investigación *ad hoc*<sup>102</sup>. No otra es la premisa elemental de un genuino “realismo” jurídico, que aquí definiendo: el modo de conocer algo –y, así, poder sistematizarlo, ordenarlo, y dar respuesta correcta a los casos– viene determinado por su naturaleza, debiendo adaptarse a ello<sup>103</sup>.

#### IV. CONCLUSIÓN

Con todo, la perspectiva metodológica más adecuada para abordar el estudio de la individualización de la pena es –en esencia– dogmática<sup>104</sup>, en las dos dimensiones indicadas *supra*. Por un lado, o ampliamente consideradas, cualesquiera reflexiones han de reflejar lo que ROBLES PLANAS llama “*ideas abstractas* de justicia y de Derecho”<sup>105</sup>, en aras de una mejor comprensión de los problemas planteados en sede de la concreción del castigo. Esto podría significar, por cierto, cuestionar la división interna de la teoría

---

Strafrechtsdogmatik?, en HETTINGER, M. *et alter* (eds.). Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag. Heidelberg: C. F. Müller, 2007, pp. 732-733; MAIWALD, M. Dogmatik und Gesetzgebung im Strafrecht der Gegenwart, en BEHREND, O. / HENCKEL, W. (eds.). Gesetzgebung und Dogmatik. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1989, pp. 131, 135 y ss.; o HENCKEL, H. Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho. Madrid: Taurus, 1968, p. 737.

<sup>100</sup> Igualmente, cfr. ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 140.

<sup>101</sup> Así pues, “[...] intervienen consideraciones de diversa índole, sin que pueda hallarse algo así como un método para la formación y depuración de sistemas de casos. Lo cierto es que el dogmático trabaja habitualmente con reglas de la lógica y de teoría de la argumentación, pero no está excluido que pueda utilizar otros métodos[,] para formar el material relevante sobre el cual proyectar las valoraciones” (ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 137).

<sup>102</sup> Si bien desde una perspectiva que es radicalmente distinta a la que aquí manejo, a lo mismo alude Luigi GIUSSANI [El sentido religioso. Curso Básico de Cristianismo. (Volumen 1). Madrid: Encuentro, 10ª ed., 2008, pp. 18 y ss.] como la primera premisa “[...] para una investigación seria sobre cualquier acontecimiento o «cosa» [...]”: se trata de reconocer sin ambages que “el método de la investigación lo impone el objeto”.

<sup>103</sup> Y no al contrario, según pretenden algunas cosmovisiones científicas de la Modernidad. A tal respecto, véase esta crucial objeción de Tulio RAMÍREZ (Ciencia, método y sociedad. Contribución a la crítica del empirismo en la investigación social. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2ª ed., 2002, pp. 115-116): “El apego ortodoxo al enfoque naturalista [...] y al Método Científico [...] conduciría a recortar las dimensiones del objeto a aquellas [que fueran] lo suficientemente *registrables* por el método. [...] La ciencia, pues, obliga a convertir el objeto en una [simple] función de las posibilidades del Método. Es una cuestión inescapable [...]” (mantengo la cursiva del original).

<sup>104</sup> Al respecto, véase mi propuesta teórico-práctica, desarrollada en el último capítulo de la obra referenciada en la nota 3.

<sup>105</sup> ROBLES PLANAS, R. La identidad..., en ZIS 2/2010, p. 141; la cursiva es del autor.

del delito –esto es, las categorías y su contenido–, desde fundamentos iusfilosóficos<sup>106</sup>. Ahora bien, no menos importante es que, incluso *stricto sensu*, toda propuesta habrá de manifestarse también en el ámbito de lo analítico y estructural; en particular, a partir de una determinada noción *intra-sistemática*<sup>107</sup> de la culpabilidad, en otra parte he sugerido usar *herramientas* científicas alternativas a las que son predominantes hoy en día<sup>108</sup>.

En definitiva, y siguiendo a ROBLES PLANAS, no existe un “*Method*” omnicompreensivo de la realidad sujeta al examen dogmático en Derecho penal, sino que más bien estaríamos frente a horizontes plurales y complementarios de un conocimiento científico<sup>109</sup>. Luego el método para captar la esencia del proceso decisorio de cuantificación del castigo es plural, indefectiblemente, pues varios son sus aspectos elementales. Así pues, el análisis integral del juez conecta la atribución dogmática de responsabilidad personal al delincuente con la individualización prudencial de su pena, en el *continuum* que abarcará también a los eventuales mecanismos de inejecución penitenciaria. Efectivamente, pues ya “no tiene sentido establecer una separación estricta entre imputación de comportamiento y consecuencia jurídica [sancionatoria,] que vaya más allá de una cierta utilidad práctica”<sup>110</sup> –esto es, solo con carácter sistemático y/o pedagógico.

---

<sup>106</sup> En efecto, puesto que “[...] la ciencia del Derecho penal no sólo se refiere a la ordenación e interpretación del correspondiente Derecho vigente, sino también a su determinación crítica[,] pre-positiva” (KÖHLER, M. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Berlín: Springer, 1997, p. 65).

Por eso, cuando nos hallamos en la Parte general, “[...] la cuestión no son [esencialmente] las regulaciones positivas, sino la materia de la regulación. No se trata de las respuestas que la ley ofrece en sus proposiciones legales positivas a determinadas preguntas, sino de esas preguntas en sí mismas [...]” (HRUSCH-KA, J. *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*. Berlín: Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988, p. XVI). O bien, en definitiva, “[...] de la cuestión del *derecho en el Derecho*” (HENKEL, H. *Introducción...*, 1968 p. 17; aquí mantengo la cursiva del original, pero añadido un matiz a la traducción de Enrique GIMBERNAT ORDEIG: la primera vez pongo “derecho” con minúscula, para referirme al orden jurídico extra-positivo). Por otro lado, las restantes transcripciones del alemán las tomo de ROBLES PLANAS, R. *La identidad...*, en ZIS 2/2010, p. 140.

<sup>107</sup> Esto es, que se encuentra dentro de un esquema de análisis de los casos tradicionalmente seguido por la “*Verbrechenslehre*”, como la última categoría dogmática propia de aquél.

<sup>108</sup> Así, cfr. la obra referenciada en la nota 3, en el epígrafe VI.2.

<sup>109</sup> Véase ROBLES PLANAS, R. *La identidad...*, en ZIS 2/2010, p. 134.

<sup>110</sup> PÉREZ DEL VALLE, C. *La función del arresto de fin de semana en el sistema penal, una perspectiva fenomenológica*, en PÉREZ DEL VALLE, C. / GONZÁLEZ-RIVERO, P. / SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. *El arresto de fin de semana en la legislación española*. Madrid: Dykinson, 2002, p. 28.