

ÍNDICE

www.librotecna.cl

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	17
NOTA PRELIMINAR	23
ABREVIATURAS	25
INTRODUCCIÓN	27
CUESTIONES PRELIMINARES	31
I. DELIMITACIONES CONCEPTUALES.....	31
II. ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.....	40
III. RELEVANCIA DEL OBJETO DE ESTUDIO.....	43
IV. DENOMINACIONES.....	47

PRIMERA PARTE

SISTEMAS JURÍDICO-PENALES Y ENFOQUES TEÓRICOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

CAPÍTULO I. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL, INTERNA- CIONAL Y ANGLOSAJÓN	55
I. PRECEPTOS REGULADORES DE LA DETERMINACIÓN JU- DICIAL DE LA PENA EN SISTEMAS DE DERECHO PENAL CONTINENTAL Y EN EL ESTATUTO DE ROMA DE LA CPI... ..	55
II. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN SISTE- MAS DE DERECHO PENAL ANGLOSAJÓN.....	61

	Pág.
1. Los sistemas de pena indeterminada	62
2. Los sistemas de pena determinada	64
a) Los sistemas con directrices numéricas	65
b) Los sistemas de pena determinada sustentados en principios.....	69
III. TENDENCIAS POLÍTICO-CRIMINALES EN EL CAMPO DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	71
1. La vaguedad y la inconsistencia de los criterios legales y estatutarios de medición judicial de la pena	71
2. La vigencia creciente del principio de legalidad en el ámbito de la medición judicial de la pena.....	74
3. La aplicación de penas moderadas como tendencia general en la atribución judicial del castigo	76
4. La consolidación de criterios ajenos al injusto culpable.....	79
IV. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA	79
CAPÍTULO II. ENFOQUES TEÓRICOS DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA.....	81
I. LA TEORÍA ALEMANA DEL MARGEN DE LIBERTAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERICANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR	82
1. La teoría alemana del margen de libertad	83
a) El reconocimiento de un margen sustancial de valoración al juzgador	87
b) La inexistencia de una única pena adecuada a la culpabilidad.....	89
c) La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación del castigo: su valoración en etapas sucesivas.....	90
d) La prohibición de imposición de penas fuera de los límites (mínimo y máximo) fijados por la culpabilidad	91
2. La teoría norteamericana del retribucionismo limitador.....	93
a) La relevancia del principio de parsimonia y la orientación hacia la minimización de la aplicación del castigo	98
b) La equiparación entre marco penal legal y marco del merecimiento.....	99
c) El reconocimiento expreso de la incertidumbre científica respecto a los efectos preventivos de la pena	99
d) La defensa abierta de la aplicación de penas desiguales en tanto no se rebasen los límites del marco legal de penas.....	100

	Pág.
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados	103
a) El reconocimiento de un margen sustancial de valoración...	103
b) La problemática de la imprecisión del concepto de culpabilidad.....	106
c) La relevancia directa de la culpabilidad y la prevención en la cuantificación judicial del castigo y su valoración en etapas sucesivas	112
d) El control judicial de las decisiones cuantificadoras de pena	121
e) Sobre la prohibición de imposición de penas fuera de los límites fijados por la culpabilidad.....	125
f) Sobre la relevancia del principio de parsimonia.....	125
II. LA TEORÍA DE LA PENA PUNTUAL	126
1. Planteamiento.....	126
a) La existencia objetiva de una pena puntual adecuada a la culpabilidad.....	127
b) La exclusión de la valoración de aspectos preventivos.....	128
c) La adhesión al principio bilateral de culpabilidad.....	129
2. Valoración.....	131
a) La incorrección del punto de partida: la inexistencia de una pena puntual y el rechazo de la retribución	131
b) La teoría de la pena puntual conduciría a un inmovilismo político-criminal.....	132
c) Las similitudes de las teorías del margen de libertad y de la pena puntual.....	134
d) La crítica de la incompatibilidad con el Derecho positivo...	135
e) La adhesión minoritaria a la <i>Punktstraftheorie</i> y su relevancia como precursora de las teorías de la proporcionalidad con el hecho.....	136
III. LA TEORÍA DEL ACTO DE CONFIGURACIÓN SOCIAL.....	137
1. Planteamiento.....	137
a) La imposición de una pena legal vinculada a la culpabilidad	137
b) El marco penal típico como escala de gravedad continua y la necesidad de que el juzgador configure la pena según las valoraciones del legislador	139
2. Valoración.....	143
a) La teoría de la configuración social como teoría de la pena puntual de carácter histórico	143
b) La imposición estatal de la pena como acto de atribución...	144
c) La excesiva deferencia al marco penal abstracto y a la penalidad máxima prevista en el mismo.....	145

	Pág.
IV. LA TEORÍA DE LOS DOS NIVELES.....	147
1. Planteamiento.....	147
a) La valoración del injusto culpable y la decisión sobre la de- terminación de la cuantía del castigo.....	148
b) La valoración de aspectos preventivos y las decisiones so- bre la clase y la modalidad de pena aplicable.....	150
c) La segmentación en dos niveles de la valoración del injusto culpable y de los aspectos preventivos.....	152
2. Valoración.....	154
a) La coincidencia parcial con la teoría del margen de li- bertad.....	154
b) La segmentación estricta de la valoración de la culpabilidad y de la prevención en fases diversas de la determinación judicial de la pena.....	155
c) Sobre la inadmisibilidad de la prevención general en la de- terminación judicial de la pena en sentido estricto.....	156
d) Sobre los problemas empíricos vinculados con la preven- ción y la medición de la pena.....	156
e) La incompatibilidad del modelo gradual con el Derecho positivo alemán.....	158
V. LAS TEORÍAS DE LA PROHIBICIÓN DE DESBORDAMIE- NTO DE LA CULPABILIDAD Y EL ENFOQUE NORTEAMERI- CANO DEL RETRIBUCIONISMO LIMITADOR EXPANDIDO.	161
1. Las teorías de la prohibición de desbordamiento de la culpabi- lidad.....	162
a) La culpabilidad/proporcionalidad como límite máximo al castigo.....	164
b) La posibilidad de imponer penas inferiores a la culpabili- dad y el respeto de exigencias mínimas de prevención gene- ral positiva.....	166
c) El enfoque prevalente o exclusivo hacia consideraciones preventivas especiales o generales.....	166
2. El modelo norteamericano expandido del retribucionismo limi- tador.....	196
a) El carácter asimétrico del modelo de Frase.....	196
b) La relevancia de la forma de implementación de los princi- pios teóricos.....	199
c) La expansión del modelo del retribucionismo limitador.....	199
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados.....	203
a) El concepto de culpabilidad y su función de límite máximo de punición.....	204

	Pág.
b) La categoría de la responsabilidad de Roxin y la separación tajante de culpabilidad y prevención.....	205
c) La función de fundamento y límite de la culpabilidad	206
d) La incompatibilidad de la pena preventiva inferior al límite mínimo de la culpabilidad con el párrafo 1.º, inciso 1.º del § 46 del StGB alemán	208
e) La prevención especial positiva entendida como maximización de la no desocialización como criterio exclusivo de cuantificación judicial de la pena.....	208
f) Recapitulación: acuerdos y discrepancias entre la teoría clásica del margen de libertad y su versión alternativa de prohibición de desbordamiento de la culpabilidad	217
VI. LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN DE LA CULPABILIDAD POR EL HECHO Y LOS ENFOQUES SISTÉMICOS DE LA PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO	218
1. La teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho.....	218
a) La fundamentación retributiva pre-positiva del Derecho penal y de la determinación judicial de la pena	219
b) El rechazo de fines instrumentales de prevención	220
2. Los enfoques sistémicos de la proporcionalidad con el hecho...	222
a) La relevancia de la necesidad de pena: la orientación prospectiva de ratificación de la vigencia de la norma.....	222
b) La pena proporcional como respuesta a la contradicción con la norma y la necesidad de aproximar la determinación de la pena a la teoría del delito	224
c) El rechazo de la instrumentalización del sujeto	226
d) La relevancia de la prevención especial y la posible imposición de penas inferiores a la pena proporcional al injusto culpable	226
3. Valoración conjunta de los enfoques presentados	228
a) El supuesto carácter retributivo de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho	228
b) Sobre la orientación de los enfoques de la compensación de la culpabilidad por el hecho al injusto.....	229
c) El fundamento común del Derecho penal y de la medición de la pena	230
d) Sobre la supuesta vulneración de la prohibición de doble valoración	231
e) La relevancia de lo intersubjetivo y de la posición de quien castiga	231
f) La necesidad de la imposición de un mal y la falta de orientación respecto a la determinación de la pena concreta.....	231

	Pág.
g) La diferencia entre los enfoques de la retribución jurídica y los enfoques comunicativos de la proporcionalidad.....	234
VII. LA TEORÍA DE LA PROPORCIONALIDAD POSITIVA CON EL HECHO	235
1. Planteamiento.....	235
a) La diferenciación entre fundamentación de la pena como institución y como acto particular.....	237
b) La aproximación a la teoría jurídica del delito	241
c) La distinción entre proporcionalidad cardinal y ordinal y la ordenación relativa de los delitos y las penas según su gravedad.....	244
d) La diversa función del tribunal de instancia y del tribunal de alzada en la determinación judicial de la pena.....	252
2. Valoración.....	252
a) El margen de atribución valorativa reconocido al juzgador...	252
b) Sobre el criterio del menoscabo de la calidad de vida de la víctima y sobre el criterio del merecimiento empírico.....	253
c) Sobre la inadmisión de consideraciones preventivas directas	254
d) La distinción entre penas privativas de libertad efectivas y condicionales.....	254
e) La orientación del caso normativo de referencia hacia el tipo delictivo.....	255
f) La adopción de un concepto expresivo de injusto y la implementación de una teoría material de la medición judicial de la pena	255
g) ¿Teoría de medición judicial de la pena o enfoque conceptual orientado a la elaboración legislativa de tipos? Sobre el papel marginal del juzgador en la configuración de los tipos y penas aplicables	256
h) La escasa atención brindada al concepto de proporcionalidad cardinal y la admisión excepcional de penas que exceden lo proporcional	258
i) La inconveniencia de distinguir entre determinación judicial de la pena en sentido estricto y construcción (judicial) del marco penal.....	258
j) El escaso tratamiento del ingreso a la escala penal (y de su segmentación)	259
k) La diferenciación respecto de la doctrina y jurisprudencia tradicionales de determinación judicial de la pena.....	259
VIII. IDENTIFICACIÓN DE CUESTIONES REQUERIDAS DE ULTERIOR PROFUNDIZACIÓN DOGMÁTICA E IDENTIFICACIÓN DE LINEAMIENTOS Y TENDENCIAS	261

SEGUNDA PARTE
**DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA
 Y PROPORCIONALIDAD CON EL HECHO:
 UN ENFOQUE ALTERNATIVO**

CAPÍTULO III. PUNTOS DE PARTIDA	271
I. EL CONCEPTO DE INJUSTO Y CULPABILIDAD: SU GRADUACIÓN	271
1. El concepto de injusto y su posibilidad de graduación (en sentido ascendente y en sentido descendente)	272
2. El concepto de culpabilidad y su graduación (en sentido descendente)	274
3. Valoración	275
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO DE ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	277
1. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional y soberano del juzgador exento de toda posibilidad de control	278
2. La concepción de la medición judicial de la pena como acto discrecional sujeto a control judicial	279
3. La determinación judicial de la pena como acto híbrido de aplicación y de configuración de normas por parte del juzgador	282
III. LOS FINES DE LA PENA EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	291
1. Las concepciones tradicionales y la relevancia directa de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo	292
2. Las concepciones contemporáneas y la supuesta irrelevancia de los fines de la pena en la mensuración judicial del castigo	293
3. El efecto reflejo de los fines de la pena en su graduación judicial	294
IV. LA ESTRUCTURACIÓN DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO ESTATAL	296
1. El énfasis en recorrer la escala penal legislativa	296
2. La diferenciación de operaciones de anclaje judicial de la pena individual en la escala legal	298
V. SINOPSIS	300

	Pág.
CAPÍTULO IV. PROPORCIONALIDAD CARDINAL Y PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	301
I. UNA PENA EXACTA DETERMINADA POR APROXIMACIÓN	301
II. LA PROPORCIONALIDAD CARDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	303
1. El concepto de proporcionalidad cardinal y su capacidad de rendimiento	303
2. La proporcionalidad cardinal y el deber de interpretación restrictiva de los alcances de la norma jurídico-penal	306
a) Consideraciones de tipo dogmático	309
b) Consideraciones de tipo procesal	315
c) Consideraciones de tipo constitucional	329
d) Consideraciones procedentes del Derecho penal internacional	334
e) Consideraciones derivadas de las teorías de la pena	340
III. LA PROPORCIONALIDAD ORDINAL EN LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL CASTIGO	344
1. El concepto de proporcionalidad ordinal y su capacidad de rendimiento	344
2. El primer punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta	349
a) La realización de un juicio de subsunción formal y la identificación de la penalidad mínima aplicable	349
b) El juicio de suficiente gravedad del hecho como complemento material indispensable del juicio de tipicidad formal	349
c) Conclusión sobre la primera operación de anclaje judicial de la pena	366
3. El segundo punto de anclaje de la pena individual en la escala abstracta	367
a) Sobre la escala abstracta a emplear	368
b) La valoración del menoscabo típico concurrente como criterio para recorrer el marco penal	378
c) La determinación de puntos discontinuos de castigo	379
d) Conclusión sobre la segunda operación de anclaje judicial de la pena	383
IV. SINOPSIS	383
CONCLUSIONES	387
BIBLIOGRAFÍA	393