

46

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

IN S PRAE IDE ET PRO

Revista

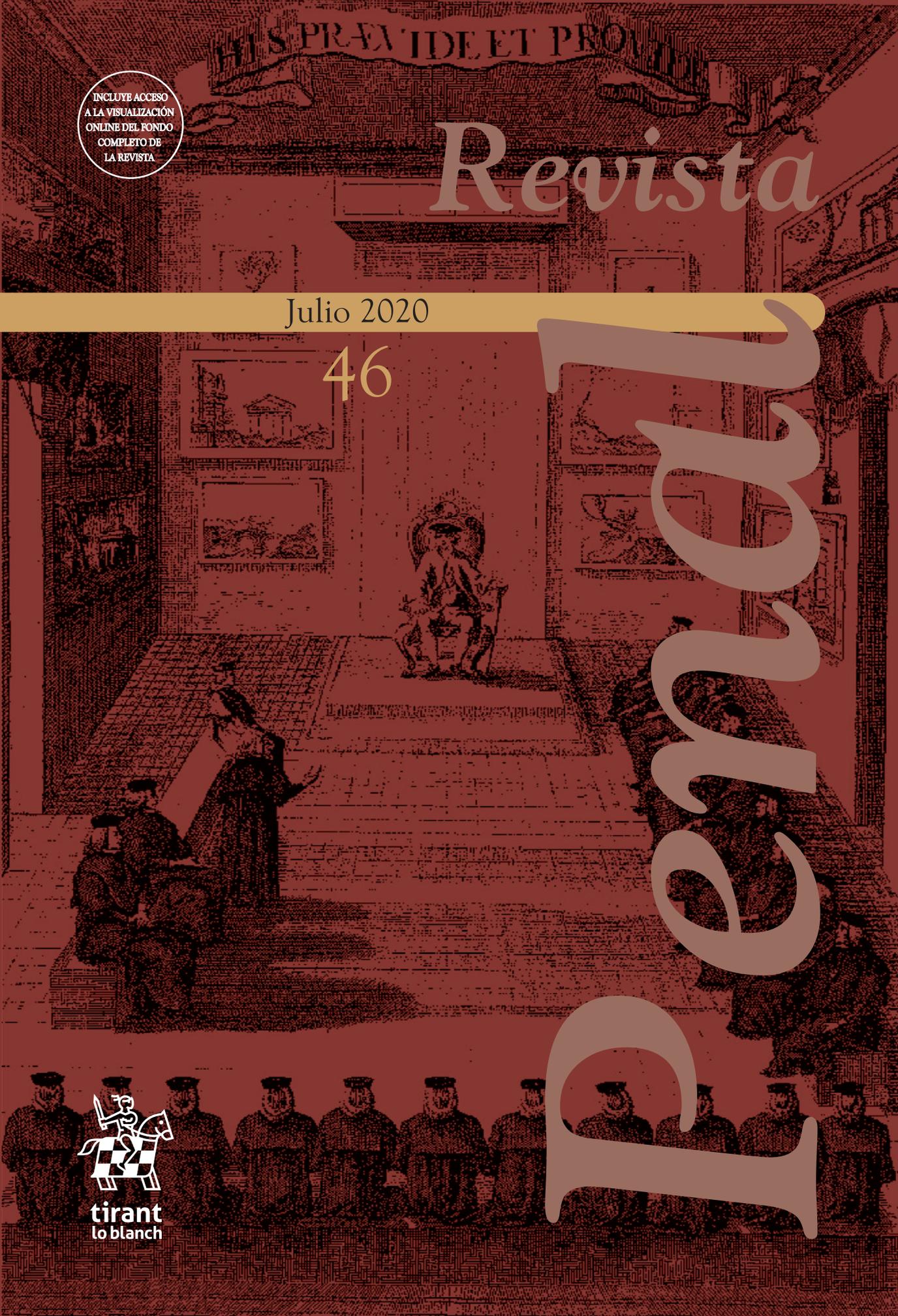
Julio 2020

46

Revista Penal

Penal

Julio 2020



Revista Penal

Número 46

Sumario

Doctrina:

- ¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las Sentencing Guidelines inglesas como objeto de investigación valioso, por *Kai Ambos*..... 5
- Luces y sombras de la transposición al ordenamiento español de la directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal, por *María Ángeles Fuentes Loureiro* 17
- Delitos de odio, Discurso del odio y Derecho penal: ¿hacia la construcción de injustos penales por peligrosidad estructural?, por *Alfonso Galán Muñoz* 41
- El uso de ordenadores personales y de material informático por los internos en un centro penitenciario, por *Pablo García Molina*..... 67
- Tutela penal de la intimidad y grabación de la conversación por uno de los interlocutores, por *José Luis González Cussac* 95
- Documento, fotocopia y falsedad, por *Rubén Herrero Giménez*..... 109
- La “corrupción entre particulares”. Análisis crítico de la regulación italiana, por *Alessandro Melchionda*..... 127
- La difusa frontera entre la vida y la muerte. Reflexiones sobre el objeto material de los delitos contra la vida humana independiente, por *Clara Moya Guillem* 141
- El tratamiento penal del blanqueo urbanístico en tiempos de crisis económica, por *Miguel Ángel Núñez Paz*
- Las definiciones auténticas de la imprudencia en el ámbito de la seguridad vial, por *Inés Olaizola Nogales*.. 157
- España y Europa frente al discurso del odio: una aproximación comparativa a los límites a la libertad de expresión en la jurisprudencia española y en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por *Marta Rodríguez Ramos* 169
- Crisis y transformación de los sistemas penales en Europa en el ámbito de la lucha contra el terrorismo internacional, por *Francesco Rossi*..... 190
- Neuroprevención: un nuevo paradigma para el estudio de la reincidencia delictiva, por *Aura Itzel Ruiz Guarneros* y *José M. Muñoz*..... 207
- Política criminal de exclusión: aporofobia y plutofilia, por *Juan M. Terradillos Basoco* 221

Sistemas penales comparados: La detención preventiva (*Pre-trial detention*)..... 230

Especial: Sul fondamento della responsabilità giuridica dell’estraneo che partecipi a reati propri nel pensiero di Aldo Moro, por *Marianna Pignata* y *Antonio Tisci*..... 312

Bibliografía:

- Recensión: “Delitos Acumulativos”, de Miguel Bustos Rubio (Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017), por *Adrián Viejo Mañanes* 317

* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



UCLM
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD
PABLO DE OLAVIDE

am Arias Montano
Repositorio Institucional
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca,
Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I ^o	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Nacional Andrés Bello de Chile), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Waßmer (Alemania)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Blanka Julita Stefańska (Polonia)
Jiajia Yu (China)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Valentini (Italia)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Pamela Cruz y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



¿Una medición de la pena más uniforme y transparente a través de lineamientos para la medición de la pena? Las *Sentencing Guidelines* inglesas como objeto de investigación valioso

Kai Ambos

Revista Penal, n.º 46. - Julio 2020

Ficha técnica

Autor: Kai Ambos

Adscripción institucional: Profesor de Derecho Penal, Procedimiento Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional (Geor-August Universität Göttingen)

Código ORCID: 0000-0003-3597-2443

Title: A more uniform and transparent measurement of punishment through guidelines for the measurement of punishment? The English Sentencing Guidelines as a valuable research object

Sumario: 1. Introducción. 2. Principales puntos críticos de la práctica actual. 2.1. Extensión de las escalas penales. 2.2. Problemas de interpretación del § 46 StGB. 2.3. Desigualdades regionales en cuanto a la medición de la pena. 3. ¿Lineamientos (ingleses) de la graduación de la pena [*Sentencing Guidelines*] como alternativa? 3.1. Advertencias preliminares. 3.2. Génesis de las *Guidelines inglesas*. 3.3. Estructura y funcionamiento básico de las *Guidelines inglesas*. 3.4. Ejemplo: lesión consumada. 4. Conclusiones (preliminares). Bibliografía.

Summary: 1. Introduction. 2. Main critical points of current practice. 2.1 Extension of the penal scales. 2.2 Problems of interpretation of § 46 StGB. 2.3 Regional inequalities regarding the measurement of punishment. 3. Sentencing Guidelines (English) as an alternative? 3.1 Preliminary warnings. 3.2 Genesis of the English Guidelines. 3.3 Structure and basic operation of the English Guidelines. 3.4 Example: consummate injury. 4. Conclusions (preliminary). Bibliography.

Resumen: La medición de la pena adecuada es una tarea que se ha vuelto cada vez más compleja. Esto ha dado lugar a que en Alemania se presente una falta de homogeneidad en la praxis, que se hace visible a través de diversos estudios empíricos realizados. En el centro de atención se encuentra hoy la pregunta de cómo lograr una mayor constancia y uniformidad en la medición de la pena. En el siguiente trabajo se analizará el potencial de las *Sentencing Guidelines* inglesas para resolver adecuadamente este problema.

Palabras clave: medición de la pena - lineamientos - escala penal - *Sentencing Guidelines* inglesas - derecho penal comparado.

Abstract: Assessing the appropriate amount of punishment in sentencing is a task that has become increasingly complex. This has led to a lack of homogeneity in practice in Germany, which is made visible through various empirical studies. The question of how to achieve greater consistency and uniformity in sentencing is now at the center of attention. In the following paper we will analyze the potential of the English Sentencing Guidelines to solve this problem.

Key words: Sentencing - Guidelines - Sentencing Range - Comparative Criminal Law

Observaciones: Título original: "Einheitlichere und transparentere Strafzumessung durch Strafzumessungsrichtlinien? Die englischen Sentencing Guidelines als lohnenswertes Untersuchungsobjekt" (próximamente en FS-Albrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2021). Traducción de María Lucila Tuñón Corti (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Revisión de Leandro A. Dias (Julius-Maximilians-Universität Würzburg). Le agradezco a mi colaborador y doctorando

Eric Armbrrecht por la elaboración de un primer borrador y otros valiosos apoyos. Le agradezco al Prof. Julian Roberts, Universidad de Oxford, Reino Unido (Miembro del Sentencing Council 2009-2018) y a la Prof. Jenia Turner, SMU Dedman School of Law, Dallas, así como al Prof. Stephen Thaman por sus valiosas indicaciones.

Rec: 15/02/2020 Fav: 6/03/2020

1. Introducción

Hans Jörg Albrecht ha dedicado una gran parte de su actividad científica a la medición de la pena, en particular en el marco de sus tesis de doctorado y habilitación¹. Sus conocimientos empíricos de la medición de la pena habilitan, por su especial minuciosidad y detalle, nuevas miradas en la práctica de la medición de la pena. Recientemente *Albrecht* certificó una “notable estabilidad” en el sistema de la praxis alemana referida a la pena, la cual se destaca, por ejemplo, por un nivel constante de penas en el ámbito inferior de la escala penal y, en particular, por mantener pautas didácticas producidas internamente dentro de los tribunales².

Sin embargo, el derecho alemán de medición de la pena es motivo de crítica y esto no ha comenzado recién con los conocimientos empíricos de la investigación sobre la graduación de la pena³. Ya *Franz von Liszt* había comparado la medición de la pena de hace más de 100 años con la una oscura “caja negra” [“Griff ins Dunkle”]⁴ y desde entonces se han escuchado una y otra vez voces críticas, que han buscado aclarar un poco más la oscuridad —también recurriendo cada vez más a investigaciones empíricas—⁵. La ola de críticas disminuyó un poco aproximadamente a fines del siglo XX⁶, pero recientemente ha recibido nuevos estímulos

por las deliberaciones la División de Derecho Penal en la 72ª Jornada de Profesores (septiembre de 2018)⁷. En el centro de atención se encuentra ahora (de nuevo) la pregunta de cómo lograr una mayor constancia y uniformidad en la medición de la pena. La necesidad de reforma de la práctica actual está basada esencialmente en tres puntos de crítica: la excesiva amplitud de la escala penal, los problemas de interpretación del §46 StGB y las (demasiado) grandes diferencias regionales en la práctica de la medición de la pena.

Después de un resumen de las críticas (apartado 2), me dedicaré al modelo de los lineamientos para la medición de la pena como alternativa (apartado 3). Mostraré que en particular los lineamientos ingleses para la medición de la pena (*Sentencing Guidelines*) ofrecen un sistema de medición (más) transparente y (más) sistemático (apartado 3.3), con el cual al mismo tiempo se puede alcanzar una práctica de medición de la pena más comprensible y uniforme (por ejemplo, en el caso de lesiones corporales consumadas, tratado en el apartado 3.4). Si bien se trata de reflexiones provisionales —por razones de tiempo y espacio—, al menos debería quedar claro que vale la pena adoptar una visión transfronteriza —por fuera del modelo estadounidense y hacia el enfoque inglés—.

1 *Albrecht* 1980; 1994.

2 *Albrecht* 2017, 189, 197 ss.

3 Sin embargo, los inicios de la investigación empírica sobre las investigaciones de la medición de la pena se remontan a finales del siglo XIX. Por ejemplo, en una evaluación de las estadísticas penales del Reich para el año 1882, el Ministerio de Justicia del Reich manifestó que “hay diferencias respecto a la aplicación de los distintos tipos de pena y niveles de castigo en cada uno de los distritos del Oberlandesgericht, [...] las que [...] deben atribuirse a la diferente aplicación de la ley por parte de los tribunales al medir la pena” (Statistik des deutschen Reiches, Bd. 8 Teil 2, Kriminalstatistik für das Jahr 1882, pág. 54). El estudio *Woerners* (1907) y el estudio —llamado “hito” (*Meier* 2015, 255) o “punto culmine” (*Heinz* 1992, 122)— *Exners* (1931, 46 ss.) mostró ya a principios del siglo XX las diferencias regionales en la práctica de la medición de la pena.

4 v. *Liszt* 1905, 393.

5 *Grassberger* 1932, 80 s.; *Dubs* 1963, 20 ss.; *Haag* 1970, 77, 79; *Stratenwerth* 1972, 26 ss.; *Hassemer* 1978, 95 ss.

6 *Radtke* 2019, M9; *Albrecht* 2017, 185; *Kaspar* 2018, C14.

7 “*Sentencing Guidelines* vs. freies tatrichterliches Ermessen - Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?”, cfr. *Fünfsinn, Kilian & Mosbacher* 2019. Además cfr. *Kudlich & Koch* 2018, 2762; *Verrel* 2018, 811; *Grosse-Wilde* 2019, 130; *Hoven*, 2018, 276; *Hörnle* 2019a, 282. En esta ocasión, el Göttinger Institut für Kriminalwissenschaften también ha organizado un coloquio sobre medición de la pena, con especial atención en la práctica angloamericana, ver *Freixo* 2019, 473 ss.

2. Principales puntos críticos de la práctica actual

2.1. Extensión de las escalas penales

La considerable extensión de las escalas penales típicas, en ocasiones de hasta catorce años⁸, conduce a problemas de distinta índole. Así, se deriva de investigaciones empíricas⁹ la conclusión de que los tribunales, en general, no hacen pleno uso de las escalas penales existentes, sino que se produce una significativa relocalización en el ámbito inferior de las respectivas escalas penales¹⁰. Pero entonces parece ser necesario un ajuste legislativo (“hacia abajo”)¹¹ al menos en aquellos tipos penales que en la práctica se castigan en gran medida solo con la ayuda del instituto jurídico de “casos de menor gravedad”¹².

Además, la considerable extensión de las escalas penales contribuye a que lo dominante sea la escasa uniformidad y constancia en la práctica de la medición de la pena. Esto no es sorprendente, pues cuanto más amplia es la escala penal, más grandes son los márgenes de actuación con los que cuenta el juez de la causa para la medición de la pena y los tribunales se aprovechan de eso¹³. Esto va acompañado, al mismo tiempo, de una escasa previsibilidad para el afectado respecto de una concreta graduación de la pena *in casu*¹⁴.

Pero las escalas penales (demasiado) amplias también dificultan la labor en la práctica¹⁵, pues para los jueces y juezas jóvenes representa un gran desafío determinar la pena adecuada al hecho y a la culpabilidad para un caso concreto¹⁶. Por si fuera poco, se añade a esto el gran número de escalas penales especiales, las que en parte exhiben superposiciones “de un modo apenas comprensible”¹⁷ respecto de las escalas penales normales¹⁸. Cabe pensar, por ejemplo, en los casos en los que puede aplicarse, en paralelo, tanto la escala penal de un caso de menor gravedad, como una escala penal atenuada (por la existencia de una circunstancia atenuante tipificada) según el §49 párr. 1 StGB¹⁹. Otro ejemplo se refiere a la cuestión de la escala penal en caso de un efecto de bloqueo del caso de menor gravedad del §30a párr. 3 BtMG, provocado por el §29a párr. 1 BtMG, que ha sido juzgada de forma incoherente por la jurisprudencia de los tribunales superiores²⁰. En consecuencia, los jueces son inducidos a orientarse según decisiones conocidas en casos similares²¹, lo que a su vez puede conducir a fuertes simplificaciones de los casos que solo superficialmente pueden presentarse como idénticos²². Las inseguridades asociadas a todo esto explican también la existencia de tablas o lineamientos informales (de la fiscalía o de los tribunales), que deberían proveer una unificación y simplificación

8 Véase, por ejemplo, §§249 párr. 1, 177 párr. 4 y 5, 306a párr. 1 y 2 StGB así como §29a párr. 1 BtMG con escalas penales de no menos de uno a quince años (§38 párr. 2 StGB).

9 Verrel 2013, 804; Götting 1997, 210, 231 s.; Albrecht 2017, 192.

10 Así, según Verrel (2013, 804), el 99,9% de las multas impuestas por hurto en el año 2011 se encontraban en la mitad inferior de la escala de las penas de 5 a 360 importes diarios, según el §40 párr. 1 pág. 1 StGB y el 99,7% de las penas de prisión dictadas por el mismo delito se encontraban en la mitad inferior de la escala penal y se castigan con una pena mínima de un mes y una pena máxima de 5 años, de conformidad con §242 párr. 1 StGB. Véase también, Kaspar 2018, C16, con referencias adicionales.

11 Albrecht 1994, 500.

12 Se puede suponer una aplicación frecuente de los casos menos graves, por ejemplo, para los delitos de robo (así Albrecht 2017, 193, según el cual, en el año 2014, 1/3 de los juzgados según el §249 I StGB y aproximadamente la mitad de los juzgados según el §250 I, II StGB fueron castigados recurriendo al §249 II StGB, o bien el §250 III StGB). Según Albrecht 1994, 326; 2017, 193; Kudlich/Koch 2018, 2765 así como Streng 2017, n.º m 200 encuentran que se recurre frecuentemente a casos menos graves, además, en el marco de delitos de homicidio y violación, así como en el caso del §30a BtMG y §316a StGB.

13 Streng 2012, n.º m 507, con referencias adicionales.

14 Hörnle 2019a, 283.

15 Cfr. Kaspar 2018, C107.

16 Hörnle 2019a, 282; Verrel 2013, 799.

17 Schäfer, Sander & van Gemmeren 2017, n.º m 1167.

18 Fischer 2019, §46 StGB n.º m 17c.

19 BGH, decisión del 04/06/2015, Az. 5 StR 201/15; Schäfer, Sander & van Gemmeren 2017, 933.

20 Mientras que la Sala tercera del BGH declara que ante la existencia de un caso menos grave de conformidad con §30a párr. 3 BtMG, además de que el §29a párr. 2 BtMG tampoco se aplica, no son aplicables las escalas penales del §29a párr. 1 BtMG (1 hasta 15 años de prisión), las demás Salas parten de escalas combinados (1 hasta 10 años de prisión), cfr. BGH, decisión del 03/02/2015, Az. 3 StR 632/14, n.º m 6; sentencia del 07/09/2017, Az. 3 StR 278/17; por el contrario, BGH, sentencia del 25/05/2010, Az. 1 StR 59/10, n.º m 17; sentencia del 14/08/2013, Az. 2 StR 144/13; sentencia del 19/12/2013, Az. 4 StR 303/13, n.º m 5; s.a. Körner et al. 2019, §30a n.º m 121; Schäfer, Sander & van Gemmeren 2017, n.m 1773 con nota al pie n.º 512.

21 Kaspar 2018, C13, C64; Hörnle 2019a, 283; Streng 2012, n.º m 496, 768; véase también los resultados de la investigación empírica de Streng (1984, 239 s.), según los cuales el 28% de los 522 jueces y fiscales encuestados consideraron que la orientación según casos comparables era “muy” importante y el 51% lo consideró “medianamente” importante para la evaluación de las penas.

22 Eschelbach 2019, n.º m 193.

por lo menos en un distrito jurisdiccional o un estado de la federación [*Bundesland*]²³.

2.2. Problemas de interpretación del §46 StGB

El §46 StGB plantea numerosos problemas de interpretación. De la referencia a la culpabilidad como “fundamento de la medición de la pena” en la primera oración del primer párrafo, se deduce la pregunta por el concepto de culpabilidad sostenido en este sentido²⁴. Entretanto, existe claridad en el hecho de que el §46 párr. 1, oración 1 StGB se refiere a la culpabilidad de la medición de la pena y que a esta debe diferenciársela de la culpabilidad de la fundamentación de la pena, en el sentido del §20 StGB²⁵. El objeto de la culpabilidad que *fundamenta* la culpabilidad es la reprochabilidad del ilícito cometido a través de la realización del tipo penal, porque el autor se ha decidido en contra —a pesar de tener la posibilidad de evitarlo— del derecho (penal)²⁶. Sin embargo, aún no hay un acuerdo sobre el contenido exacto de la culpabilidad de la *medición* de la pena²⁷.

Del §46 párr. 1 oración 2 StGB también se desprende que la pena no solamente sirve como compensación de la culpabilidad, sino también a los fines preventivos especiales (“efectos ... para la vida futura del delincuente ...”) que con ella se persiguen²⁸; pero es discutible y no está claro exactamente cuáles son/deberían ser estos²⁹. Los planteos aquí defendidos difieren esencialmente en la cuestión de si la pena, en el sentido de la teoría preventiva de la unión, sirve a la persecución de los fines preventivos especiales y generales, o si esta —tal

como es defendido por la teoría la prevención general positiva— confirma (en cierto modo, de modo contrafáctico) la validez de la norma jurídica que fue debilitada por el hecho ilícito³⁰. La falta de claridad asociada a esto plantea la pregunta adicional de si una delegación de esta clase al poder judicial de determinar el contenido en verdad satisface las exigencias de la reserva de ley y el mandato de certeza³¹.

También las circunstancias para la graduación de la pena mencionadas en §46 párr. 2 StGB — no de forma concluyente (“nominal”)— ofrecen un motivo de crítica³². Por un lado, normalmente son difícilmente diferenciables unas de otras y muestran claras superposiciones (como “motivos”, “objetivos”, “ánimo”, “energía criminal”)³³. Por otro lado, las redacciones muy abiertas (como “pasado”, “circunstancias personales y económicas del autor”) aumentan el peligro de que en el derecho de la medición de la pena también sean tenidos en cuenta puntos de vista de una “culpabilidad por la conducción de vida”³⁴, que no tienen ningún tipo de conexión con el delito en concreto que se ha cometido, con lo cual se prepara el terreno³⁵, finalmente, para un derecho penal de autor³⁶.

2.3. Desigualdades regionales en cuanto a la medición de la pena

Los problemas mencionados podrían ser mitigados por la jurisprudencia, si esta pudiese garantizar, con su “cinta métrica secreta”³⁷, una sanción constante y uniforme. Sin embargo, este no es el caso, tal como lo

23 Cfr. *Kaspar* 2018, C13, C88 s.; *Kudlich & Koch* 2018, 2763; *Eschelbach* 2019, n° m 3; *Meier* 2011, 37 s.

24 *Eschelbach* 2019, n° m 74.

25 Desde un punto de vista teórico instructivo para la diferenciación *Bung* 2018, 182 s.

26 *Schäfer, Sander & van Gemmeren* 2017, 574; *Radtke* 2016, n° m 15.

27 Mientras que por un lado es aceptado que los comportamientos anteriores y posteriores al hecho (el llamado concepto ampliado del delito) también son directamente relevantes para la culpabilidad, tales circunstancias ajenas a la ejecución del propio delito solo tienen un efecto indirecto según la teoría de la construcción de indicios desarrollada por la jurisprudencia, en el sentido de que de ellos pueden derivarse conclusiones sobre el contenido de la culpabilidad que existía directamente en el momento de la comisión del delito. Según un enfoque más reciente, la culpabilidad por la medición de la pena de una pena no debería extenderse más allá de la culpa por la fundamentación de la pena y asumir, en cambio, una función limitadora, de modo que en el caso de una culpabilidad reducida se logre una mitigación correspondiente del delito, que se refleje en la pena concreta, cfr. en resumen y con referencias adicionales *Streng* 2012, n° m 528 ss.; 2017, n° m 23 s.

28 *Eschelbach* 2019, n° m 28; *Streng* 2017, n° m 33; *Kaspar* 2018, C61.

29 *Miebach & Maier* 2016, n° m 40 ss.

30 *Miebach & Maier* 2016, n° m 42; con referencias adicionales *Hörnle* 1999, 84 ss.

31 *Kaspar* 2018, C63; sobre el mandato de certeza, también *Eschelbach* 2019, n° m 13.

32 *Albrecht* 1989, 25.

33 *Kaspar* 2018, C66.

34 Cfr. *Mezger* 1937, 688.

35 Sobre la “culpabilidad por la conducción de vida” (*Mezger*) y derecho penal de autor en el derecho penal nacionalsocialista, véase *Arbans* 2019, 58, 112 ss., 119 ss.

36 *Horn & Wolters* 2016, n° m 144; *Hörnle* 1999, 49 ss.; *Timm* 2012, 259; *Kaspar* 2018, C66.

37 *Dreher* 1961, 344.

muestran los estudios empíricos³⁸. En particular, en un estudio actual de *Grundies*, que se ocupa de las diferencias regionales en cuanto a las penas privativas de libertad³⁹, se prueba que las penas entre dos distritos jurisdiccionales elegidos al azar difieren en un promedio del 15% unas de otras. Además, *Grundies* muestra que entre los distritos judiciales existen importantes desigualdades en la práctica de la medición de la pena, principalmente, de los tribunales estatales superiores⁴⁰. Estos no están distribuidos al azar, sino que se ajustan a diseños geográficos. Un mapa diseñado muy claramente deja en claro que existen diferencias en especial entre los distritos jurisdiccionales de los distintos estados de la federación⁴¹. Por ejemplo, las penas en Baden-Württemberg y en la mayoría de los estados del norte de Alemania resultan ser más bajas, mientras que en Baviera y algunos estados del centro es evidente que domina una práctica sancionatoria más rigurosa.

Empíricamente menos comprobado⁴², pero no por eso menos relevante, son las variaciones dentro de los distritos jurisdiccionales. Así puede suponerse que las diferencias regionales también pueden ser proyectadas a nivel local en los tribunales individuales⁴³. Tales diferencias intra-judiciales —que tienen su origen en una práctica judicial diferente— son estadísticamente difíciles de comprobar, dado que las cifras y los datos disponibles muestran⁴⁴ únicamente valores agregados para distritos enteros⁴⁵ o estados de la federación⁴⁶. De esta forma, la práctica local de medición de la pena no

uniforme se reduciría, en el marco de un sondeo estadístico, a un promedio que, en comparación con otros distritos jurisdiccionales, no debería mostrar ninguna gran peculiaridad⁴⁷.

3. ¿Lineamientos (ingleses) de la graduación de la pena [Sentencing Guidelines] como alternativa?

3.1. Advertencias preliminares

Cuando aquí se habla de “Sentencing Guidelines”, por regla general se hace referencia a las *U.S. Federal Sentencing Guidelines*⁴⁸, como por ejemplo en el dictamen de *Kaspar* para la DJT⁴⁹. Pero no son transferibles a las condiciones alemanas, porque generalmente prevén penas mucho más altas en comparación con las prescripciones alemanas, es decir, son más punitivas⁵⁰. También por eso es poco sorprendente que *Kaspar* lleve a la conclusión de que las *Federal Guidelines* no sean un instrumento apropiado para la mejora de la graduación de la pena en la práctica alemana⁵¹.

Pero con esto, el tema “lineamientos de la medición de la pena” no está en absoluto finalizado, ni siquiera con respecto a los Estados Unidos de América. Es que en este sentido debe primero indicarse que la mayor parte de los delitos allí perseguidos no caen dentro de la competencia federal⁵², sino de los sistemas de justicia penal de los 51 estados federales, así como de numerosas jurisdicciones locales⁵³. Sin embargo, sus leyes

38 *Schiel* 1969, 55 s.; *Albrecht* 1980, 86 ss.; 1994, 348 ss.; *Schöch* 1973, 111 s.; *Lewrenz et al.* 1968, 117 s.; *Pfeiffer & Savelsberg* 1989, 25 ss.; *Langer* 1994, S. 238 ss.; *Hupfeld* 1999, 347 ss. Sin embargo *Albrecht* ha advertido recientemente (2017, 185) que la cuestión de la irregularidad del castigo se había calmado de todos modos; en cambio, la cuestión de la punitividad había pasado a primer plano.

39 *Grundies* 2016, 511 (evaluación de los datos almacenados en el Registro Central Federal sobre todas las transacciones realizadas según el StGB en 2004 y 2007).

40 *Grundies* 2016, 517 ss.

41 *Grundies* 2016, 519.

42 Una excepción es el estudio de *Albrechts* (1994, 354 ss.), que llega a la conclusión de que existen “desviaciones no sistemáticas y, por lo tanto, no intencionadas” en la práctica de la graduación de la pena dentro de los tribunales.

43 Cfr. *Streng* 2012, n° m 486 ss.

44 *Verrel* 2018, 811.

45 Así por ejemplo en el ya mencionado estudio de *Grundies*.

46 Por ejemplo, las estadísticas de la persecución penal 2017, serie 10, fila 3, administración de justicia, 194 s.

47 *Hörnle* 2019a, 283.

48 *Grosse-Wilde* 2019, 131; ejemplarmente *Streng* 2017, n° m 199; *Maurer* 2005, 71 ss.; *Reichert* 1999, 137 ss.; *Uphoff* 1998, 80 ss.; *Radke* 2018, 252. Refiriéndose también a otros sistemas de *Guidelines*, *Jescheck & Weigend* 1996, 883 s.; *Giannoulis* 2014, 257 s.

49 *Kaspar* 2018, C76 ss.

50 Cfr. en detalle y con diferencias, *Hörnle* 2019a, 287; 2019, 905 (sobre las razones de la diferente punitividad, *ibid.*, 906 ss.).

51 *Kaspar* 2018, C82 ss., C116 subraya el diferente punto de partida histórico entre Alemania y los EE.UU. y expresa reflexiones estructurales sobre las *Guidelines* de los EE.UU., que se refieren en particular a la gran simplificación del proceso de medición y la diferenciación detallada de las penas con respecto a la justicia en el caso individual; también crítico *Frish* 2003, 166 ss.; *Maurer* 2005, 79 s.

52 La competencia penal del Congreso se deriva del art. 1, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos; los (varios miles de) delitos que son de competencia federal pueden encontrarse en numerosas leyes federales, como el 18 U.S.C.A. §7. En particular, el poder judicial federal persigue los delitos relacionados con los estupefacientes, la delincuencia criminal organizada, los delitos económicos, los delitos de posesión de armas, véase *Abrams, Beale & Klein* 2015, pág. 13 ss.

53 Los casos federales (“federal cases”) constituyen sólo una pequeña proporción (2-5%) de los casos de justicia penal en Estados Unidos, por ejemplo, cfr. *Beale* 1995, 993 (“... states are still handling more than ninety-five percent of all violent crime prosecutions”); *Klein*

de medición de la pena y sus prácticas se diferencian fundamentalmente en algunos aspectos y solo menos de la mitad de los estados federales disponen de lineamientos de medición de la pena⁵⁴; estos son, de nuevo, muy diferentes⁵⁵; en algunos casos son menos punitivos que las *Federal Sentencing Guidelines*⁵⁶. Por eso, en general, no se habla de un derecho de la medición de la pena uniforme en los Estados Unidos⁵⁷, sino más bien de un “crazy quilt”⁵⁸, o mejor dicho, “hodge-podge of policies”⁵⁹. Por cierto, estos lineamientos de medición de la pena se encuentran en un gran número de otras jurisdicciones —por ejemplo, en Inglaterra y Gales, Escocia, Nueva Zelanda, Sudáfrica e Israel— y no solo se diferencian considerablemente de los estadounidenses, sino también entre sí⁶⁰.

En este sentido, parece especialmente útil una reflexión más cercana a los lineamientos para la medición de la pena de Inglaterra y Gales (“*Guidelines inglesas*”), ya que estos son desarrollados por un grupo de expertos compuesto principalmente por jueces y son adaptados constantemente (véase 3.2.), han tenido una gran aceptación (fundamentalmente entre los jueces) y sirven a otros Estados como modelo a seguir⁶¹. Si uno compara los lineamientos ingleses con las *U.S. Federal Guidelines*, las diferencias estructurales entre los dos modelos son evidentes de inmediato: si bien las *Guidelines inglesas* siguen una estructura uniforme, están diseñadas para delitos específicos (por así decirlo, de forma inductiva de abajo hacia arriba); a cada tipo penal le corresponde una *Sentencing Guideline*. Por el contrario, para las *Federal Guidelines* hay una tabla central para la graduación de la pena (“sentencing table”), que es válida para todos los delitos (mirada de-

ductiva de arriba hacia abajo). De esta tabla se extrae la pena concreta mediante dos factores (gravedad de los hechos y antecedentes), que normalmente les dejan a los tribunales, para la medición de la pena concreta, una escala de seis meses. Mientras que las *Guidelines inglesas* reconocen la autonomía judicial y hacen las veces más de indicación para la estructuración del acto en sí de la medición de la pena que como determinación (abstracta) de una pena en concreto, las *Federal Guidelines* intentan (aunque de un modo —ya— no vinculante)⁶² determinar en lo posible una pena concreta, mediante una fuerte reducción de la complejidad del caso⁶³. Con esto viene aparejado el peligro de que se nivelen las circunstancias concretas de diferentes casos de medición de la pena y que se pierda el verdadero objetivo de crear más justicia para el caso individual en concreto⁶⁴. Esto entra en conflicto con el principio de proporcionalidad, pues este último quiere proteger la justicia para el caso concreto⁶⁵. Aparte de esto, puede verse una violación al principio de igualdad, por el hecho de que solo los casos comparables superficialmente son tratados del mismo modo⁶⁶.

3.2. Génesis de las *Guidelines inglesas*

Las *Sentencing Guidelines* existen en Inglaterra y Gales aproximadamente desde 1980. Las primeras *Guidelines* fueron formuladas por el *Court of Appeal* como “guideline judgements”⁶⁷. Esta situación cambió especialmente a pedido del *Labour Party* con la creación del *Sentencing Advisory Panel* en el año 1998⁶⁸. Esta comisión debía aconsejar al *Court of Appeal* en el ejercicio de sus actividades legislativas, que hasta ese momento estaban muy fragmentadas y limitadas a

& Grobey 2012, 7 (5% “felonies” [delitos graves] conciernen a las competencias federales); véase Grosse-Wilde 2019, 132; Hörnle 2019a, 287.

54 Frase 2019, 79 (según el cual, desde 1980, 22 estados han adoptado *Guidelines* y en la actualidad 19 todavía las tienen); para una visión general véase el sitio web (siempre actualizado) del Instituto Robina de la Universidad de Minnesota, disponible en: [https://sentencing.umn.edu/\[03.12.2019\]](https://sentencing.umn.edu/[03.12.2019]).

55 Frase 2019, 79, 82 ss., 127 (“no single, or even clear, ‘consensus model’ of sentencing guidelines ...” [79]).

56 Especialmente con referencia a las *Sentencing Guidelines de Minnesota*, Grosse-Wilde 2019, 132.

57 Cfr. por ejemplo Reitz 2001, 223: “[T]here really is no such thing as ‘U.S. sentencing practice’”.

58 Tonry 2013, 141.

59 Hester 2020, 9.

60 Grosse-Wilde 2019, 133 s.

61 Véase, por ejemplo, la implementación de las llamadas *Starting Point Sentences* en Nueva Zelanda Roberts (2013, 7). Otros países que siguen de cerca las *Guidelines inglesas* son Baréin, Escocia y Corea del Sur (le agradezco a Julian Roberts por esta información).

62 *U.S. Supreme Court* ha explicado en *U.S. v. Booker/Fanfan* (543 U.S. 220 (2005)) que un efecto vinculante fue declarado inconstitucional porque era incompatible con la 6.ª *Enmienda* y el requisito resultante de independencia judicial, véase Scott 2011, 197 s. Para el efecto vinculante, ver Frase 2019, 99 ss. (“... binding force ... as a continuum, not a simple mandatory-advisory dichotomy” [99]).

63 Kaspar 2018, C83.

64 Streng 1984, 315.

65 Kaspar 2014, 833; 2018, C83.

66 Kaspar 2018, C83.

67 Ashworth 2015, 23, 38; Wasik 2014, n° m 2.06.

68 Ashworth & Roberts 2013, 4.

áreas del derecho individuales y así también delimitar su correspondiente facultad de promulgar *Guidelines*⁶⁹. En el año 2003 fue transferida la autorización para promulgar nuevas *Guidelines* por parte del *Court of Appeal* al recién creado *Sentencing Guidelines Council*. Con el establecimiento del modelo de la comisión⁷⁰, la confección de los lineamientos debía ser separada de la jurisprudencia específica del *Court of Appeal*, para no depender de su remisión jurisdiccional⁷¹.

Con el *Coroners and Justice Act* del año 2009 se introdujeron, entonces, cambios de mayor alcance, entre otros, también en cuanto a la medición de la pena. El motivo de esta reforma básica lo constituyó, en particular, el veloz crecimiento —también en una comparación a nivel internacional— de la población carcelaria en Inglaterra y Gales a partir de 1995 aproximadamente⁷². A través de un efecto vinculante reforzado⁷³ de las *Guidelines* y del establecimiento del (permanente, independiente y dominado por jueces⁷⁴) *Sentencing Council*⁷⁵ (como sucesor del ya mencionado *Sentencing Guidelines Council*) debía alcanzarse cada vez más coherencia, uniformidad y transparencia en la medición de la pena en todo el país y también una desgestión de los centros penitenciarios. Sin embargo, esto no debe recortar indebidamente el margen de decisión judicial ni fomentar una “matemática” de la medición de la pena⁷⁶. Al *Sentencing Council* le fueron transferidas,

además de la elaboración de *Guidelines* reales, numerosas nuevas tareas, por ejemplo, la pronóstico de repercusiones de las nuevas *Guidelines* y la evaluación de las ya existentes, así como la creación de un informe anual con información estadística relevante⁷⁷.

3.3. Estructura y funcionamiento básico de las *Guidelines* inglesas

El mencionado *Coroners and Justice Act* del año 2009 estipula que a cada delito —codificado legalmente o procedente del *common law* (consuetudinario)— le es son asignados lineamientos de la medición de la pena específicos; además, puede haber *Guidelines* generales⁷⁸. Las *Guidelines* están disponibles en la página web del *Sentencing Council*⁷⁹, donde se diferencia entre *Guidelines* para los *Magistrates’* y para *Crown Court* por las facultades objetivamente diferentes⁸⁰. Son válidas hasta que se emita una nueva *Guideline* para el mismo delito, la que reemplaza a la antigua *Guideline*⁸¹. La nueva formulación a través del *Coroners and Justice Act* en el año 2009 refuerza, como ya se ha mencionado⁸², el efecto vinculante de las *Guidelines*⁸³. Sin embargo, un tribunal puede desviarse de la aplicación de la correspondiente *Guideline*, en la medida en que se lo considere en “interés de la justicia”⁸⁴; pero esto ocurre rara vez en la práctica⁸⁵, sin olvidar que el

69 Así pues, la facultad del *Court of Appeal* de dictar *Guideline Judgements* se ha limitado a los casos en que el *Sentencing Advisory Panel* ha prestado anteriormente asesoramiento, véase *Ashworth* 2015, 23; *Wasik* 2014, n.º m 2.06; *Roberts* 2013, 2.

70 Para una mirada desde el derecho comparado del modelo de la comisión vs. la postura legislativa, véase *Hörnle* 2019, 897 a.

71 *Ashworth & Roberts* 2013, 4 s.; *Wasik* 2014, n.º m 2.06.

72 Cfr. *Roberts* 2019, 193; *Roberts & Ashworth* 2016, 333, 349 s.; véase también el informe del año 2007 encargado por el gobierno, *Lord Carters* 2007, 4 s.

73 Cfr. *Coroners and Justice Act* del año 2009, sec. 125(1)(a), según el cual el tribunal “must ... follow any sentencing guidelines which are relevant to the offender’s case ...”. Según la situación jurídica anterior, el tribunal tenía que “have regard” de la *Guideline* pertinente (*Criminal Justice Act* 2003, sec. 172(1)).

74 Para la composición, etc. véase <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-us/council-members/>[03.12.2019].

75 *Coroners and Justice Act* del año 2009, sec. 118.

76 *Roberts* 2013, 3.

77 Cfr. *Coroners and Justice Act* del año 2009, sec. 119, 120(9), 123, 127-132, así como <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-us/>[03.12.2019]; véase también, *Roberts* 2013, 3 s.

78 *Coroners and Justice Act* del año 2009, sec. 120.

79 <https://www.sentencingcouncil.org.uk/>[03.12.2019].

80 Los *Magistrates’ Courts* son competentes exclusivamente para delitos leves (“summary only offences”), los *Crown Courts* para delitos más graves (“indictable offences”). Una facultad concurrente existe con respecto a delitos, que son “triable either way” y los más graves están dentro de la jurisdicción del *Crown Court*, véase *Magistrates’ Courts Act* del año 1980 y *Courts Act* del 1971 (para *Crown Court*). Sin embargo, debe prestarse atención a que todos los delitos comienzan en *Magistrates’ Court* y solo algunos pocos llegan al *Crown Court* luego de los alegatos; más del 90% de los casos comienzan y terminan en el *Magistrates’ Court*, cfr. <https://www.judiciary.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/magistrates-court/>[03.12.2019], así como *Leake et al.* 2019, 341 ss.

81 *Roberts* 2013, 4 s.; *Ashworth & Roberts* 2013, 5 s.

82 Véase nota al pie n.º 73.

83 *Roberts & Ashworth* 2016, 307 (“statutorily binding”).

84 *Coroners and Justice Act* del 2009, sec. 125(1) una postura: “unless the court is satisfied that it would be contrary to the interests of justice to do so”. Véase también *Roberts & Ashworth* 2016, 337.

85 Cfr. el *Crown Court Sentencing Survey*, disponible en: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/CCSS-Annual-2014.pdf> [03.12.2019]. Según esto, solo un 3% de las penas impuestas en 2014 por lesiones corporales y hurto con fractura están

término “interés de la justicia” se trata de un criterio normativo impreciso⁸⁶.

En cuanto a la aplicación concreta de las *Guidelines*, se prevén *nueve pasos* que son característicos de la estructura de cada *Guideline* (específica de los delitos)⁸⁷ y que deben ser tratados por el tribunal que dicte sentencia en el orden establecido:

- (1) El primer paso se refiere a la categorización (tripartita) del correspondiente hecho acusado según su gravedad (“offence categories”) mediante factores específicos, mencionados en el lineamiento respectivo. Mientras que la primera categoría trata sobre los hechos por medio de los cuales (en cuanto al ilícito del resultado) se causó un gran daño (*harm*) y cuya comisión (en lo que se refiere al ilícito de acción)⁸⁸ implica una alta medida de culpabilidad (*culpability*) por parte del autor, para hechos de la segunda categoría es necesario un daño mayor o un mayor contenido de culpabilidad⁸⁹; los hechos de la tercera categoría se destacan por un daño bajo y una baja culpabilidad. El lineamiento correspondiente le asigna a cada categoría una pena inicial específica y una escala penal (con una tendencia decreciente de la primera a la tercera categoría)⁹⁰.
- (2) En el segundo paso, el tribunal tiene en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes, partiendo de la pena inicial dada para la correspondiente categoría del delito (“starting point”). Para eso también tiene que orientarse por los factores específicos del hecho o del autor, que están dados por la correspondiente *Guideline*. Pero no tienen un carácter concluyente y el tribunal puede, en circunstancias especiales, apartarse de las escalas penales establecidas (“category range”) y usar otra⁹¹. Estos dos pasos —especialmente importantes— serán ejemplificados más adelante (3.4.) mediante una lesión consumada.
- (3) El tercer paso se refiere a un posible comportamiento cooperativo posterior al hecho, el cual (similar al §46b StGB)⁹² se tiene en cuenta para mitigar la pena⁹³.
- (4) Las consecuencias de una confesión en el marco de la medición de la pena son tratadas en el cuarto paso. Aquí prima el siguiente principio: cuanto antes se haga la confesión, más fuerte será el efecto de la atenuación de la pena. En este sentido, una *Guideline* especial regula⁹⁴ que, en caso de una confesión en el momento más temprano la pena será reducida a un tercio (en general, el primer interrogatorio), mientras que la rebaja en caso de una confesión durante el último momento posible (incluida en la *Guideline*) (primer día del debate) es de 1/10. En caso de una confesión posterior el tribunal debe disminuir aún más la correspondiente reducción de la pena⁹⁵.
- (5) El quinto paso abarca la cuestión de si un procesado es particularmente peligroso⁹⁶, lo cual hace que la privación de libertad sea inevitable —comparable a la detención preventiva alemana⁹⁷— por motivos de protección al orden público (“imprisonment for public protection”)⁹⁸.
- (6) El sexto paso recuerda el “totality principle”, según el cual, en caso de varios delitos o de la ejecución en curso de una pena por un delito, cuando se define la pena total (“total sentence”)

fuera de los límites establecidos por las directrices (pág. 39, 41). En lo que respecta al castigo de delitos de narcotráfico, solo el 2% de todos estos delitos en el mismo período de tiempo fueron castigados desviándose de las directrices (pág. 42). Cfr. también *Ashworth* 2015, p. 31; *Roberts* 2019, p. 221.

86 Cfr. *Ashworth* 2015, 31; *Roberts* 2012, 439 ss. Sobre la importancia del criterio idéntico en el derecho procesal penal internacional (Art. 53 (1) (c) del Estatuto de la Corte Penal Internacional), cfr. *Ambos* 2016, 387 ss.

87 Aquí sigo la —igualmente válida para *Magistrates’* y *Crown Court Guideline* para “Assault occasioning actual bodily harm/Racially or religiously aggravated ABH”, disponible en: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/assault-occasioning-actual-bodily-harm-racially-religiously-aggravated-abh/\[03.12.2019\]](https://www.sentencingcouncil.org.uk/offences/magistrates-court/item/assault-occasioning-actual-bodily-harm-racially-religiously-aggravated-abh/[03.12.2019]).

88 Sobre el paralelismo con el ilícito del resultado y el ilícito de acción, véase *Hörnle* 2019a, 289.

89 “Greater harm ... and lower culpability; or lesser harm and higher culpability”, véase Assault Guideline, o nota al pie n° 87, con énfasis en el original.

90 *Roberts* 2013, 6; *Ashworth* 2015, 24 s.

91 *Ashworth* 2015, 25 s.; *Roberts* 2013, 6 ss.

92 Esto está ahora en detalle en *Ambos* 2020, XXX.

93 *Ashworth* 2015, 26, 188 s.; *Roberts* 2013, 10.

94 “Reduction in sentence for a guilty plea - first hearing on or after 1 June 2017”, disponible en: [https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-first-hearing-on-or-after-1-june-2017/\[03.12.2019\]](https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/reduction-in-sentence-for-a-guilty-plea-first-hearing-on-or-after-1-june-2017/[03.12.2019]).

95 *Ashworth* 2015, 26, 179 ss.; *Roberts* 2013, 10.

96 Para ver los criterios de peligrosidad, cfr. Criminal Justice Act 2003, parte 12, cap. 5.

97 Sin embargo, el derecho inglés no tiene un sistema vicario con la distinción entre las penas basadas en la culpabilidad y las medidas de mejoramiento y seguridad independientes de la culpabilidad.

98 *Ashworth* 2015, 26, 237 s.

se debe prestar mucha atención a que esta pena sea justa (“just”) y proporcional (“proportionate”)⁹⁹.

- (7) En el séptimo paso, el tribunal debe ordenar, en caso de ser necesario, una indemnización a favor de la víctima u otras medidas¹⁰⁰.
- (8) En el octavo paso, el tribunal debe fundamentar la pena en concreto y aclarar sus efectos, lo cual incluye el detalle organizativo del cumplimiento y puesta en libertad anticipada¹⁰¹.
- (9) En el noveno paso debe acreditarse el tiempo ya cumplido en prisión preventiva o el tiempo pasado en libertad bajo caución¹⁰².

3.4. Ejemplo: lesión consumada

A modo de ilustración, en lo sucesivo serán representados los primeros, y especialmente importantes, dos pasos del programa descrito para la medición de la pena mediante la *Guideline*¹⁰³ para el delito de lesiones consumadas, que en la práctica es muy relevante (“assault occasioning actual bodily harm”).

Primero (*primer paso*) debe clasificarse el hecho en una de las tres categorías ya mencionadas, con miras a la gravedad del daño causado y la culpabilidad del autor. La *Guideline* nombra y explica los factores, que “indican” la forma y medida de los daños y la culpabilidad (“factors indicating...”). Se puede suponer un alto nivel de daño, por ejemplo, si la víctima sufre lesiones graves o es maltratada durante un período de tiempo largo. Un menor grado de culpabilidad se presume, por ejemplo, por el comportamiento particularmente provocativo de la víctima¹⁰⁴ o trastornos psicológicos del delincuente.

Luego de la categorización, el *segundo paso* es una primera determinación (provisional) del monto de la pena. Para eso el tribunal debe orientarse por la pena inicial dada por la *Guideline* para cada categoría (“starting point”) y por la escala (“category range”). La *Guideline* para las lesiones, aquí tomada de base, está prevista de la siguiente manera:

Categoría del hecho	Penal inicial	Escala penal
1.	1 año y 6 meses de pena privativa de libertad	1 a 3 años de pena privativa de libertad
2.	26 semanas de pena privativa de libertad	Una leve (“low level”) “community order” ¹⁰⁵ de hasta 51 semanas de pena privativa de libertad
3.	“Community order” media (“medium level”)	Desde una multa (“fine”) hasta (“high level”) “community order”

La pena dependiente de la categoría se ajusta luego para tener en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes relativas al delito o al autor dentro de la escala penal pertinente. A tal fin, las *Guidelines* prevén una lista de factores —aunque no exhaustiva— cuya presencia indica una adaptación de la pena inicial, ya sea hacia arriba o hacia abajo. Entre los factores agravantes de la pena figuran los antecedentes penales, la comisión del delito en determinados lugares que requieren una protección especial, como escuelas u hospitales, o una humillación particular de la víctima. En cuanto a las atenuantes, se considera, por ejemplo, un estilo de vida exento de penas, el arrepentimiento (creíble) o la voluntad de someterse a una terapia. Teniendo en cuenta todas las circunstancias relevantes, la pena inicial de la categoría respectiva se modela de esta manera con miras a la escala penal asignada y se precisa dentro de esta escala penal. Después se hace una especificación adicional de acuerdo con los pasos tres a nueve, ya descritos anteriormente.

4. Conclusiones (preliminares)

Una comparación de la *Assault Guideline*, examinada en relación con su homólogo alemán de lesiones corporales dolosas según el §223 párr. 1 StGB, muestra la superioridad fundamental del enfoque inglés en lo

99 Ashworth 2015, 26, 279 s.

100 Ashworth 2015, 26, 377 ss.

101 Este deber de información se introdujo a través de *Criminal Justice Act* del 2003, sec. 174; además, Ashworth 2015, 27, 435 ss.

102 Ashworth 2015, 27.

103 Cfr. nota al pie nº 87

104 “A greater degree of provocation than normally expected”, véase *Guideline*, o nota al pie nº 87.

105 “Community order” se refiere a una sanción que, en cuanto a su intensidad, puede clasificarse entre una multa y una pena de prisión. El tribunal puede elegir entre diversas opciones de sanción (como el servicio comunitario, el arresto domiciliario o la prohibición de residencia), todas las cuales tienen en común la idea de la compensación (social) por los daños. Además, también es posible una combinación de “community order” y multa. Cfr. el *Guideline* (general) para la imposición de “community orders” y penas de prisión, disponible en: <https://www.sentencingcouncil.org.uk/overarching-guides/magistrates-court/item/imposition-of-community-and-custodial-sentences/> [03.12.2019].

que respecta a la previsibilidad, es decir, lo determinable de la pena específica y la comprensibilidad de la medición de la pena. Mientras la escala penal del §223 párr. 1 StGB (desde una multa hasta cinco años de pena privativa de libertad) somete a las personas que están sujetas a la ley a una gran incertidumbre en lo que respecta a la estimación de la pena concreta, se puede determinar la pena en expectativa de forma relativamente exacta mediante la *Assault Guideline*. Incluso la fundamentación judicial de la medición de la pena¹⁰⁶ que se produce no compensa el déficit de explicación del proceso concreto de medición de la pena. Por un lado, esto sucede recién después del enjuiciamiento, en el contexto de los fundamentos (hechos oralmente) y, por otro lado, se reducen generalmente a la mención de pocos criterios, como, en caso de lesiones dolosa por ejemplo, la conducta al declarar o la existencia de antecedentes penales¹⁰⁷. Así, como en la época de *von Listz*, el proceso de medición de la pena sigue siendo para las personas sujetas a la ley una “caja negra” [“Griff ins Dunkle”]; el acusado no puede comprender cómo el tribunal, con una escala penal tan amplia, llega a la pena concreta contenida en el sentencia.

En cambio, el modelo inglés permite una subsunción sistemática y lógica en las circunstancias concretas de la graduación de la pena mediante el correspondiente lineamiento para tal delito (“offence Guideline”), incluso antes de que se haya dictado la sentencia, a través del sitio web de fácil de acceso del *Sentencing Council*. El acto judicial real de la graduación de la pena se vuelve (más fácil) de entender. En general, el sistema de graduación de la pena inglés —a pesar de las penas iniciales relativamente altas¹⁰⁸— ha demostrado ser un modelo que merece más atención y una investigación más exhaustiva también en este país¹⁰⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- Abrams, N., Beale, S.S. & Klein, S.R.* (2015): *Federal Criminal Law and Its Enforcement*. 6. Ed. St. Paul, Minn.
- Albrecht, H.J.* (2017): *Empirische Strafzumessungsforschung*, en: C. Safferling, G. Kett-Straub, C. Jäger & H. Kudlich (eds.), *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*. Heidelberg, págs. 185-199.
- Albrecht, H.J.* (1994): *Strafzumessung bei schwerer Kriminalität*. Berlin.
- Albrecht, H.J.* (1989): *Die Entwicklung des Strafzumessungsrechts im internationalen Vergleich*, en: W. Melnizky & O.F. Müller (eds.), *Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie*. Wien, págs. 11-30.
- Albrecht, H.J.* (1980): *Strafzumessung und Vollstreckung bei Geldstrafe*, Berlin.
- Ambos, K.* (2020): *Die Kronzeugenregelung in Deutschland*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, tomo 132, n° 1, págs. XXXX.
- Ambos, K.* (2019): *Nationalsozialistisches Strafrecht*. Baden-Baden.
- Ambos, K.* (2016): *Treatise on International Criminal Law*. Volumen III: *International Criminal Procedure*. Oxford.
- Ashworth, A.* (2015): *Sentencing and Criminal Justice*. 6. Ed. Cambridge.
- Ashworth, A. & Roberts, J.V.* (2013): *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, en: A. Ashworth & J.V. Roberts (Eds.), *Sentencing Guidelines - Exploring the English Model*. Oxford, págs. 1-13.
- Beale, S.S.* (1995): *Too Many and Yet Too Few: New Principles to Define the Proper Limits for Federal Criminal Jurisdiction*. *Hastings Law Journal* 46/4, 979-1018.
- Bung, J.* (2018): *Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit im materiellen Strafrecht*, en: B. Zabel (Eds.), *Strafrechtspolitik*. Baden-Baden, págs. 181-194.
- Carter, P. Lord* (2007): *Securing the Future - Proposals for Efficient and Sustainable Use of Custody in England and Wales*. London. Disponible en: [news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/05_12_07_prisons.pdf](https://www.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/05_12_07_prisons.pdf) [03.12.2019].
- Dreher, E.* (1961): *Anmerkung zu OLG Stuttgart, Urt. V. 26. 8. 1960 - 1 Ss 348/60*. *Monatsschrift für Deutsches Recht*, págs. 343-344.
- Dubs, H.* (1963): *Analytische Bewertung als Grundlage richterlicher Strafzumessung*, en: *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*. Basel, págs. 9-23.
- Eschelbach, R.* (2019): *Kommentierung zu §46 StGB*, en: H. Satzger & W. Schluckebier (Eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*. 4. Ed. Köln.

106 Cfr. *Schäfer, Sander & van Gemmeren* 2017, n° m 1352 ss.

107 *Kaspar* 2014, 833.

108 Las penas iniciales suelen ser más elevadas que las penas mínimas alemanas, cfr. por ejemplo, el §223 StGB (multa o un mes de prisión, §38, párr. 2 StGB) y el *Assault Guideline* (26 semanas de prisión para los delitos de categoría 2, pero solo “community order” para los delitos de categoría 3, véase la tabla en el texto); cfr. también *Hörnle* 2019, 906. Cabe señalar que las penas iniciales se ajustan hacia arriba o hacia abajo dentro de la secuencia de pasos establecida, de modo que pueden resultar penas mucho más bajas.

109 Una investigación como tal es llevada a cabo en mi departamento de Göttingen por Eric Armbricht.

- Exner, F.* (1931): Studien über die Strafzumessungspraxis der deutschen Gerichte. Leipzig.
- Fischer, T.* (2019): Strafgesetzbuch Kommentar. 66. Ed. München.
- Frase, R.S.* (2019): Forty Years of American Sentencing Guidelines: What Have We Learned? *Crime and Justice* 48/1, págs. 79-135.
- Freixo, I.* (2019): Colloquium Report: Sentencing/Strafzumessung - Comparative Insights. *Criminal Law Forum* 30/4, págs. 473-478.
- Freund, G.* (1999): Straftatbestand und Rechtsfolgenbestimmung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, págs. 509-538.
- Frisch, W.* (2003): Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus, en: W. Frisch, A. von Hirsch & H.J. Albrecht (eds.), *Tatproportionalität*. Heidelberg, págs. 155-184.
- Fünfsinn, H., Kilian, I. & Mosbacher A.* (2019): Sitzungsbericht über die Verhandlungen der Abteilung Strafrecht, en: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages* tomo II/1 parte M. München, págs. M1-M67.
- Giannoulis, G.* (2014): Studien zur Strafzumessung. Tübingen.
- Götting, B.* (1997): Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis. Frankfurt am Main.
- Grassberger, R.* (1932): Die Strafzumessung. Wien.
- Grosse-Wilde, T.* (2019): Brauchen wir eine neues Strafzumessungsrecht? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, págs. 130-143.
- Grundies, V.* (2016): Gleiches Recht für alle? - Eine empirische Analyse lokaler Unterschiede in der Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, en: F. Neubacher & N. Bögelein (eds.), *Krise - Kriminalität - Kriminologie*. Mönchengladbach, págs. 511-525.
- Haag, K.* (1970): Rationale Strafzumessung. Köln.
- Hassemer, W.* (1978): Die Formalisierung der Strafzumessungsentscheidung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 90, págs. 64-99.
- Heinz, W.* (1992): Strafzumessungspraxis im Spiegel der empirischen Strafzumessungsforschung, en: J.M. Jehle (eds.), *Individualprävention und Strafzumessung*. Wiesbaden, págs. 85-149.
- Hester, R.* (2020): Sentencing in American Jurisdictions, en K. Ambos (eds.), *Sentencing/Strafzumessung - Comparative Insights/Rechtsvergleichende Einsichten*, en prensa.
- Horn, E. & Wolters, G.* (2016): Kommentierung zu §46 StGB, en: J. Wolter (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* tomo 2. 9. Ed, Köln.
- Hörnle, T.* (2019): Comparative Assessment of Sentencing Laws, Practices, and Trends, en: D.K. Brown, J.I. Turner & B. Weisser (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Process*. New York, págs. 887-909.
- Hörnle, T.* (2019a): Zur Lage der Strafzumessung in Deutschland. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, págs. 282-295.
- Hörnle, T.* (1999): *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin.
- Hoven, E.* (2018): Die öffentliche Wahrnehmung von Strafzumessungsentscheidungen - Anlass für Reformen? *Kriminalpolitische Zeitschrift*, págs. 276-290.
- Hupfeld, J.* (1999): Richter- und gerichtsbezogene Sanktionsdisparitäten in der deutschen Jugendstrafpraxis. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 82, págs. 342-358.
- Jescheck, H.H. & Weigend, T.* (1996): *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. 5. Ed. Berlin.
- Kaspar, J.* (2018): Sentencing Guidelines versus freies tatrichterliches Ermessen - Brauchen wir ein neues Strafzumessungsrecht?, en: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages* Band I. München, págs. C1-C129.
- Kaspar, J.* (2014): Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht. Baden-Baden.
- Kinzig, J.* (2019): Kommentierung zu §46 StGB, en: A. Schönke & H. Schröder (eds.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Ed. München.
- Klein, S.K. & Grobey, I.B.* (2012): Debunking Claims of Over-Federalization of Criminal Law. *Emory Law Journal* 62/1, págs. 1-120.
- Körner, H.H., Patzak, J., Volkmer, M. & Fabricius, J.* (2019): *Betäubungsmittelgesetz*. 9. Ed. München.
- Kudlich, H & Koch, J.* (2018): Das Ringen um die richtige Strafzumessung. *Neue Juristische Wochenschrift*, págs. 2762-2766.
- Langer W.* (1994): Staatsanwälte und Richter - Justizielles Entscheidungsverhalten zwischen Sachzwang und lokaler Justizkultur. Baden-Baden.
- Leake, S., Branstom, G., Carter, W., Ikram, T., McCormag, K., Rai, H., Shay, S., Stockdale, M. & Cowen, L.* (2019): *Archbold Magistrates' Courts Criminal Practice* 2020. 16. Ed. London.
- Lewrenz, H., Bochnik, H.J., Broszio, E., Donike, H., Pittrich, W. & Wilbrand, K.* (1968): *Die Strafzumessungspraxis bei Verkehrsdelikten in der Bundesrepublik Deutschland*. Hamburg.
- Liszt, F. von* (1905): *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge* Erster Band. Berlin.
- Maurer, M.* (2005): *Komparative Strafzumessung*. Berlin.

- Meier, B.D.* (2015): *Strafrechtliche Sanktionen*. 4. Ed. Berlin.
- Meier, B.D.* (2011): Regionale Justizkulturen in der Strafrechtspraxis - ein Problem für den Rechtsstaat?, en: A. Dessecker & R. Egg (Eds.), *Justizvollzug und Strafrechtsreform im Bundesstaat*. Wiesbaden, págs. 31-49.
- Miebach, K. & Maier, S.* (2016): Kommentierung zu §46 StGB, en: W. Joecks & K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Ed. München.
- Mezger, E.* (1938): Die Straftat als Ganzes. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 57, págs. 675-701.
- Pfeiffer, C. & Savelsberg, J.J.* (1989): Regionale und altersgruppenbezogene Unterschiede der Strafzumessung, en: C. Pfeiffer & M. Oswald (eds.), *Strafzumessung*. Stuttgart, págs. 17-41.
- Radtke, H.* (2019): Eröffnung der Verhandlungen der Abteilung Strafrecht, en: *Verhandlungen des 72. Deutschen Juristentages* tomo II/1 parte M. München, págs. M7-M10.
- Radtke, H.* (2018): Begrenzungen tatrichterlicher Strafzumessung? *Deutsche Richterzeitung*, págs. 250-253.
- Radtke, H.* (2016): Vorbemerkung zu §38 StGB, en: W. Joecks & K. Miebach (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 3. Ed. München.
- Reichert, C.* (1999): *Intersubjektivität durch Strafzumessungsrichtlinien*. Berlin.
- Reiz, K.R.* (2001): The Disassembly and Reassembly of U.S. Sentencing Practices, en: M. Tonry & R.S. Frase (Eds.), *Sentencing and Sanctions in Western Countries*. Oxford, págs. 222-258.
- Roberts, J.V.* (2019): The Evolution of Sentencing Guidelines in Minnesota and England and Wales. *Crime and Justice* 48, págs. 187-253.
- Roberts, J.V. & Ashworth, A.* (2016): The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015. *Crime and Justice* 45, págs. 307-358.
- Roberts, J.V.* (2013): Sentencing Guidelines in England and Wales: Recent Developments and Emerging Issues. *Law and Contemporary Problems*, págs. 1-26.
- Roberts, J.V.* (2012): Points of Departure: Reflections on Sentencing Outside the Definitive Guidelines Ranges. *Criminal Law Review*, págs. 439-448.
- Schäfer, G., Sander, G.M. & van Gemmeren, G.* (2017): *Praxis der Strafzumessung*. 6. Ed. München.
- Schiel, J.* (1969): *Unterschiede in der deutschen Strafrechtsprechung*. Hamburg.
- Schöch, H.* (1973): *Strafzumessungspraxis und Verkehrsdelinquenz*. Stuttgart.
- Scott, B.* (2011): United States v. Booker: System Failure or System Fix? *University of Pennsylvania Law Review Online* 160, págs. 195-208.
- Stratenwerth, G.* (1972): *Tatschuld und Strafzumessung*. Tübingen.
- Streng, F.* (2017): Kommentierung zu §46 StGB, en: U. Kindhäuser, U. Neumann & H.U. Paeffgen (Eds.), *Strafgesetzbuch*, tomo 1. 5. Ed. Baden-Baden.
- Streng, F.* (2012): *Strafrechtliche Sanktionen*. 3. Ed. Stuttgart.
- Streng, F.* (1984): *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit*. Heidelberg.
- Timm, F.* (2012): *Gesinnung und Straftat*. Berlin.
- Tonry, M.* (2013): Sentencing in America, 1975-2015. *Crime and Justice* 42, págs. 141-199.
- Uphoff, R.* (1998): *Die deutsche Strafzumessungspraxis unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien*. Bielefeld.
- Verrel, T.* (2018): Brauchen wir eine neues Strafzumessungsrecht? *Juristenzeitung*, págs. 811-815.
- Verrel, T.* (2013): Die normative Kraft des Faktischen, en: M.A. Zöllner, H. Hilger, W. Küper & C. Roxin (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension*. Berlin, págs. 799-813.
- Wasik, M.* (2014): *A Practical Approach to Sentencing*, 5. Ed. Oxford.
- Woerner, O.* (1907): *Die Frage der Gleichmässigkeit der Strafzumessung im deutschen Recht*. München.