

DETERMINACION JUDICIAL DE LA PENA

Claus Roxin

Mary Beloff

Mario Magariños

Patricia S. Ziffer

Eduardo Andrés Bertoni

Ramón Teodoro Ríos

Prólogo de Julio B. J. Maier



CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PROBLEMATICA DE LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

Patricia S. Ziffer

I. INTRODUCCION

“Los tiempos en los cuales el juez del hecho podía atender a su sentimiento en forma más o menos soberana se acercan a su fin”¹. Con esta frase inicia Horn su contribución al Comentario Sistemático al StGB, § 46*, individualización de la pena, y en ella se refleja el desarrollo que han sufrido las tendencias en esta materia. Mientras que hasta hace no mucho tiempo² se admitían escasas restricciones al arbitrio judicial para la determinación de la pena dentro del marco legal, la doctrina ha comenzado a plantearse cada vez con mayor dedicación la necesi-

¹ Horn, E., *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5ta. ed. actualizada a marzo de 1992, núm. 1 al § 46.

* Texto del § 46 StGB (Código Penal alemán):

§ 46 Principios de la individualización de la pena.

(1) La culpabilidad del autor es el fundamento de la individualización de la pena. Se considerarán los efectos de la pena que son de esperar sobre la vida futura del autor en la sociedad.

(2) Al individualizar la pena el Tribunal ponderará las circunstancias que hablan en favor o en contra del autor. Al respecto, se tomarán especialmente en consideración:

los motivos y los fines del autor;

el ánimo que expresa el hecho, y la voluntad aplicada al hecho;

la medida de la contrariedad al deber;

la forma de ejecución y las consecuencias culpables del hecho;

la vida anterior del autor, sus condiciones personales y económicas, así como también su conducta con posterioridad al hecho, y especialmente, sus esfuerzos por reparar los daños.

(3) No deben ser tomadas en consideración aquellas circunstancias que ya constituyen elementos del tipo legal.

² Bader, K., *Das Ermessen des Strafrichters*, “JZ”, 1955, pp. 525 y siguiente.

dad de establecer una base teórica firme para la decisión en la que se selecciona la sanción punitiva a aplicar. Es que en verdad no puede menos que resultar desconcertante la enorme preocupación por establecer un sistema dogmático de alta precisión cuando se trata de establecer el sí o el no de la aplicación de una consecuencia penal, entre otras razones, a fin de evitar que el autor quede sujeto al arbitrio judicial, para luego, en el momento de determinar la calidad y cantidad de la sanción, considerar a ese arbitrio como un valor intangible, inherente a la naturaleza de la mensuración de la pena. Ello resulta contradictorio no sólo si se ve en la teoría del delito fundamentalmente una garantía frente a la discrecionalidad estatal, sino también, y especialmente, si se la admite como la expresión de la necesidad de racionalidad de las decisiones.

Dejar librado a aquel que se ha hecho acreedor de una pena a una resolución que no exige una fundamentación teórica explícita significa tanto como afirmar que a partir del momento en que se ha comprobado que la conducta es "punible", el autor puede quedar sujeto -al menos dentro del marco penal- a la discrecionalidad de quien ha de decidir sobre su destino. Por otro lado, si todos aquellos principios (legalidad, hecho, culpabilidad) tan celosamente conservados al elaborar el esquema de la teoría del delito pueden ser dejados de lado sin más ni más al graduar la sanción, quedan cuando menos parcialmente descalificados todos los esfuerzos teóricos realizados hasta allí, dado que todo aquello que fue rechazado incondicionalmente antes podrá ahora ingresar al análisis sin mayores cuestionamientos (p. ej., la peligrosidad del autor, su conducta durante el proceso, etc.).

Si se parte de la necesidad de que las decisiones deban tener fundamentos explícitos respecto de los cuales sea posible una discusión racional como medio de control de esas decisiones, es necesario establecer pautas teóricas más o menos firmes que guíen el proceso de individualización de la pena, y circunscribir los límites que no es posible traspasar. El objeto de este trabajo es formular algunas de las bases que deberían reunir esas pautas.

II. ALCANCES DEL CONCEPTO DE INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

La pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma³, reac-

³ Jakobs, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, 2da. ed., 1991, 1/1.

ción que resulta siempre a costa del responsable de ese quebrantamiento, lo cual, en este contexto, implica siempre una injerencia en algún bien. La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena determinada⁴. La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la "cuantificación de la culpabilidad"⁵.

Sin embargo, en un sentido más amplio, puede entenderse como determinación de la pena no sólo la fijación de la pena aplicable, sino también su forma de cumplimiento (p. ej., condena de ejecución condicional, accesorias de la condena)⁶. Quedaría por comprobar si las circunstancias relativas al modo de cumplimiento y demás consecuencias de la pena pueden separarse tan estrictamente de la individualización de la pena, o si se trata, más bien, de los distintos pasos de un mismo proceso. Partir de uno u otro concepto tendrá especial importancia en cuanto al método a utilizar cuando se intenta armonizar los fines de la pena.

III. INDIVIDUALIZACION DE LA PENA Y TEORIAS DE LA PENA

a. La teoría del ámbito de juego y las teorías de la unión

La doctrina mayoritaria en Alemania sostiene que el punto de partida de la individualización de la pena es la determinación de sus fines, ya que sólo de este modo sería posible juzgar qué hechos son relevantes en el caso concreto, y cómo deben ser valorados⁷. Los argumentos utilizados son, sintéticamente, los siguientes: la pena no se encuentra justificada sólo como respuesta justa frente al ilícito culpable; si bien debe compensar la culpabilidad (en el sentido de que no puede sobrepasarla), no tiene *solamente* esta finalidad (a diferencia de lo que sostienen las teorías absolutas) o la de posibilitar la expiación (a través de la aceptación y elaboración del mal). Además, la pena debe cumplir, al mismo tiempo, funciones de prevención. En ella se debe manifestar

⁴ Horn, E., *op. cit.*, § 46, núms. 2 y siguientes.

⁵ En lo que se presupone, asimismo, una cuantificación del ilícito; al respecto, cf. Horn, *loc. cit.*

⁶ Cf. Jescheck, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4ta. ed., 1988, p. 777. En contra de esta utilización del concepto, Horn, E., *op. cit.*, § 46, núm. 4.

⁷ Jescheck, H. H., *op. cit.*, p. 782.

la defensa del ordenamiento jurídico, el mantenimiento de la norma como esquema de orientación del contacto social (prevención general positiva)⁸. Debe tener por objetivo, asimismo, la intimidación de autores potenciales (prevención general negativa), al igual que el mejoramiento del autor en concreto, evitar que reincida o, en caso de que ninguna de estas dos metas prometa resultados, separarlo de la sociedad (prevención especial). Al individualizar la pena se debe tener en cuenta todos estos criterios y considerarlos en forma metódica.

El derecho penal vigente en Alemania (§ 46, I, StGB) impone al juez partir de la llamada teoría de la unión, que exige que se llegue a una relación equilibrada de los fines de la pena. Pero, dado que esos fines pueden resultar incompatibles entre sí (lo que Jescheck llama la “antinomía de los fines de la pena”⁹), se le plantea a la doctrina mayoritaria la necesidad de establecer un rango de preferencia entre estos fines. Así, surge la necesidad de determinar, como primera medida, el “marco de la culpabilidad”¹⁰, ya que los fines preventivos sólo pueden ser alcanzados con una pena cuyo monto se corresponda con la medida del ilícito culpable. El único criterio para ello (fuera del límite externo que impone el marco penal) serían las convicciones de justicia de la comunidad, expresadas en la práctica jurisprudencial, lo cual no resulta demasiado confiable; el juez contaría, sin embargo, con un ámbito de libertad que estaría “limitado hacia abajo por la pena ya adecuada a la culpabilidad, y hacia arriba, por la pena todavía adecuada a la culpabilidad”¹¹. Dentro de ese marco podrán tomarse en cuenta los demás fines de la pena: prevención general positiva, prevención general negativa y prevención especial. En contra de esta “teoría del ámbito de juego” (*Spielraumtheorie*) se han sostenido los mismos argumentos que se esgrimen en contra de las llamadas teorías de la unión: no es posible establecer un “rango” para los distintos fines en aquellos casos en que dichos fines resultan antinómicos. Este argumento, por sí mismo, no puede resultar decisivo, ya que los fines antinómicos se plantean permanentemente en la argumentación jurí-

⁸ Jakobs, *AT*, 1/11.

⁹ *Op. cit.*, pp. 784 y s. Según el § 46 solamente están reconocidos de *lege lata* -además de la culpabilidad como fundamento de la pena- los fines de prevención especial, no así los de prevención general, sea positiva o negativa.

¹⁰ Horn, *op. cit.*, § 46, núms. 7 y siguiente.

¹¹ BGH St. 7, 89.

dica que, con frecuencia, no hace otra cosa más que intentar establecer un equilibrio aceptable entre instituciones con finalidades opuestas. Piénsese por ejemplo en la permanente tensión entre garantías procesales y necesidad de esclarecimiento del hecho, o en cualquier derecho constitucional y sus limitaciones (propiedad - expropiación). En todo caso, el principal argumento en contra es la indeterminación de los conceptos utilizados, tanto del de culpabilidad como los relacionados con los fines preventivos; no existe ningún parámetro concreto que permita siquiera intuir cuál es la pena "ya" adecuada a la culpabilidad o la "todavía" adecuada. Lo mismo ocurre con respecto a la medida de la pena necesaria para lograr fines de prevención general o especial.

b. La prevención especial

El § 46, I, 2, establece que se deben tomar en consideración los efectos de la pena sobre la vida futura del autor en la sociedad. Esto significa, en primer término, que la intensidad de la pena sobre el autor en concreto y las consecuencias que se espera que de ella deriven, deben ser tomadas en cuenta al determinar la pena. Así, p. ej., se debe tratar de evitar la desocialización, pero también se debe ponderar que la pena viene acompañada de una serie de perjuicios para quien la sufre (pérdida del trabajo, medidas disciplinarias, etc.)¹².

Prolongar la duración de la pena por razones de prevención especial más allá de la medida de la culpabilidad es considerado como inadmisibles. Pero mientras que con relación a este punto existe acuerdo en la doctrina, ello no ocurre en lo que respecta a la cuestión contraria: la posibilidad de admitir una pena por debajo de la culpabilidad¹³.

c. La prevención general negativa

Cuando se habla de prevención general se entiende, tradicionalmente, la función intimidatoria de la pena frente a los posibles autores. Mientras que la doctrina se manifiesta más bien reticente, o directamente contraria a aceptar un agravamiento de la pena con esta finalidad (aun dentro del "marco de la culpabilidad")¹⁴, la jurisprudencia alemana no parece abrigar demasiadas dudas al respecto, si bien

¹² Horn, *op. cit.*, núm. 16, con otras citas.

¹³ *Idem*, núm. 22.

¹⁴ *Idem*, núm. 11, con otras citas.

siempre manteniéndose dentro del límite de la culpabilidad, y en el último tiempo, con la restricción de exigir una justificación en circunstancias específicas del caso concreto para el aumento de pena en razón de la necesidad de intimidación general¹⁵. Ya no es suficiente, por lo tanto, la mera referencia genérica al aumento de la delincuencia, o de delitos de otro tipo¹⁶. Las circunstancias que fundamentan el peligro de aumento de los delitos deben estar expresadas en la sentencia.

d. La prevención general positiva

Como sus propios sostenedores admiten, de la teoría de la prevención general positiva no es posible extraer una medida determinada de pena, pero igualmente consideran que puede proporcionar un "marco", configurado por la "reacción que ya debe ser tomada en serio y aquella que todavía no resulta exageradamente estricta"¹⁷. Resulta evidente la analogía de la formulación con el marco de culpabilidad descrito por la teoría del margen de libertad. Sin embargo, Jakobs -a diferencia de los demás sostenedores de la prevención general positiva- traslada el problema al concepto de culpabilidad, el cual debe determinarse "funcionalmente"¹⁸, mientras que para quienes parten del concepto tradicional de culpabilidad el fin de "protección de la sociedad" y de "reforzamiento del orden jurídico" sólo puede ser alcanzado por la pena misma. La diferencia entre ambas posiciones permite advertir que parte de los problemas no resueltos que se plantean en la discusión sobre individualización de la pena surgen de una insuficiente definición de los conceptos que se manejan, o dicho de otro modo, posiblemente podrían ser resueltos mediante una reformulación de las categorías dogmáticas, en especial, de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad parece estar fuera de discusión como fundamento legitimador de la pena, que actúa como condición necesaria para su imposición, aunque para muchos, no suficiente (se requeriría, además, fines resocializadores y la reafirmación del ordenamiento jurídico). Pero en la medida en que la culpabilidad actúe como límite para el logro de los fines preventivos, estos fines ya no pueden ser cumplidos efectivamente, con lo cual dejan de constituir

¹⁵ *Idem*, núm. 15.

¹⁶ BGH NStZ 1986, p. 358.

¹⁷ Jakobs, AT, 1/50.

¹⁸ *Idem*, 17/22.

un fundamento real para la decisión en la que se individualiza la pena, y se convierten en expresiones vacías, en fines puramente ficticios. Jakobs quiebra este dilema al ubicar los fines de prevención general, por así decirlo, "dentro" de la culpabilidad, de modo tal que el concepto adquiere un contenido específico, inescindible de su finalidad. Y de este modo el problema queda parcialmente reducido a su planteo más tradicional: la búsqueda de una adecuada cuantificación de la culpabilidad, redefinida según los fines preventivos que debe alcanzar la pena.

e. La teoría del valor de empleo (*Stellenwerttheorie*)

Frente al problema que se plantea cuando el § 46 exige tomar en cuenta, al graduar la pena culpabilidad y prevención, criterios que eventualmente pueden resultar antinómicos, la teoría del valor de empleo ha intentado elaborar un sistema interpretativo que reúna coherentemente las pretensiones legales. Según ella¹⁹, lo que más se corresponde con el texto, el sentido y el sistema de la ley es concebir el proceso de determinación de la sanción como dividido en dos niveles: el juez, en primer lugar, convierte el ilícito culpable en un *quantum* de pena, determina la duración y gravedad de la pena (hipotéticamente, privativa de la libertad y de cumplimiento efectivo). Reflexiones relacionadas con razones de prevención general o especial sólo podrán introducirse en un segundo paso del razonamiento, en el momento en que el juez establece qué tipo de pena debe imponerse, y su modo de cumplimiento, pues sólo podría perseguir fines preventivos una vez que ha establecido qué tipo de pena debe cumplir el autor. La determinación de su monto, sin embargo, tendría prioridad lógica frente a la elección del tipo de pena y modo de ejecución.

Por el momento, puede quedar de lado si el § 46 efectivamente impone este modo de razonamiento, o si este resulta, en general, el más adecuado. Baste señalar, por ahora, que la teoría del valor de empleo ha sido objeto de diversas críticas. Así, Jescheck señala que la culpabilidad también desempeña un papel en la elección de la clase de pena, y que por su parte, la prevención especial igualmente tiene importancia en la duración de la pena²⁰. Por otro lado, parece dudoso que pueda limitarse a establecer un método de interpretación, sin pretensiones de justificar la pena, especialmente en la medida en que pone en

¹⁹ Horn, *op. cit.*, núms. 33 y siguientes.

²⁰ Jescheck, *op. cit.*, p. 786.

cuestión el valor de las teorías de la pena para llegar a un monto determinado. Si los criterios que ofrecen las teorías de la pena son discutibles, lo son en todo caso no sólo para determinar el monto, sino también la clase y el modo de cumplimiento de la pena. Lo que sí puede concederse es que las teorías de la pena, a la hora de establecer una pena en concreto, plantean numerosos problemas y brindan sólo algunos pocos lineamientos idóneos.

IV. LAS CRITICAS A LAS TEORIAS DE LA PENA

Con prescindencia de sus esfuerzos por fundamentar la pena estatal, las teorías de la pena representan la búsqueda de la pena justa²¹. Sin embargo, cuando se trata de cuantificar la pena, su capacidad para formular aportes concretos en este sentido resulta, en principio, dudosa.

En primer término, en la medida en que el sistema incluye distintas clases de sanciones, las cuales, a su vez, pueden ser ejecutadas de diversos modos, y que pueden perseguir objetivos diferentes, se hace cada vez más difícil hablar de los fines de la pena. La cuestión se vuelve aun más compleja si se agrega que, incluso cuando se habla de una misma clase de pena, eventualmente puede no resultar posible el logro de fines preventivos y de retribución simultáneamente.

En lo que se refiere a la idea de prevención, además de la imposibilidad de las teorías de la pena de transformar sus expresiones en un monto determinado, también se ha puesto en cuestión la posibilidad de brindar criterios de alguna manera verificables²². En el caso de la prevención especial, los criminólogos cuestionan permanentemente la posibilidad de actuar efectivamente en forma positiva sobre el autor "resocializándolo"²³. Y esto dejando de lado las limitaciones que debería tener en un estado de derecho la potestad estatal de imponer determinados modelos de conducta²⁴, así como la violación al principio del hecho que implica definir el conflicto por el peligro de comisión de otros hechos. Principio del hecho y prevención especial resultan parcialmente incompatibles, y si además se restringe la posibili-

²¹ Kaufmann, A., *Über die gerechte Strafe. Ein rechtsphilosophischer Essay*, en Hirsch y otros (comp.), *Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 425 y siguientes.

²² Horn, *op. cit.*, núm. 26.

²³ Kaiser, G., *Kriminologie*, 1983, p. 129.

²⁴ Jakobs, *op. cit.*, 1/41 y siguientes.

dad de un tratamiento resocializador a la pena adecuada a la medida de la culpabilidad por el hecho, la prevención especial pierde toda posibilidad de acción y se convierte en una mera ficción. Su campo de actuación no puede ser la pena, sujeta a la comisión de un hecho, sino que debe ubicarse en la verdadera prevención. "El estado no está legitimado a llevar a un punto óptimo la actitud moral de los ciudadanos, sino que debe conformarse con el respeto objetivo del derecho (re-legalización)"²⁵. La función de la prevención especial no puede ser la de crear miembros útiles a la sociedad, sino la de facilitarle al autor el actuar conforme al derecho. Pero aun con los cuestionamientos que se le pueden formular tanto en cuanto a la imposibilidad de verificar sus postulados como con relación a su compatibilidad con el estado de derecho, esto no significa que no pueda constituir un argumento plausible para desechar aquellas penas que podrían tener como consecuencia una definitiva desocialización del autor: permitiría definir así el monto que la pena *no debe alcanzar*.

La prevención general negativa, por su parte, se maneja con un modelo en el cual resulta decisivo el poder intimidatorio y ejemplificador de la pena, sin que nada se sepa, empíricamente, acerca de cómo actúan en las sociedades las sentencias condenatorias²⁶.

La prevención general positiva admite su incapacidad para expresarse en un monto de pena concreto. Pero, por otro lado, y aunque en parte también le serían aplicables las objeciones relativas a la falta de verificación empírica de sus postulados²⁷, logra explicar de forma más o menos convincente por qué en ciertos casos en los que no hay necesidad de resocialización ni de intimidación (por la improbabilidad de que el hecho se repita), de todos modos, las sociedades no están dispuestas a renunciar a la pena, por cuanto su aplicación reafirma el ordenamiento jurídico. En este sentido, es el ordenamiento jurídico mismo el que define cuál es la pena adecuada, sin buscar una solución en principios extrasistemáticos. En tanto el ordenamiento jurídi-

²⁵ *Idem*, 1/47.

²⁶ Horn, *op. cit.*, núm. 30.

²⁷ En la medida en que la prevención general positiva entiende la pena como la negación de la negación del derecho, -siguiendo a Hegel-, como la reafirmación de la norma, y por lo tanto, como un proceso comunicativo, puede prescindir de la verificación empírica, del mismo modo que esta no se requiere para la interpretación de los conceptos.

co establezca como principio fundamentador de la pena el principio de culpabilidad, la pena adecuada será aquella que resulte conforme a la culpabilidad del autor, quedando planteado el problema en términos en cierta medida análogos a los de las teorías retributivas²⁸.

En cuanto a si es legítimo "utilizar" al sujeto en concreto para reafirmar la norma en la sociedad, no parece posible que se cargue al autor en concreto con las inseguridades y conflictos que la sociedad no consigue superar de otro modo. En tal sentido, podría sostenerse que la amplitud y variedad con que un hecho puede conmover la vigencia de la norma ya habría quedado reflejado en la escala penal, en abstracto. Frente al hecho concreto, y frente a la alternativa de cuál es la pena a aplicar, sólo sería posible tomar en cuenta la culpabilidad del autor, con lo cual la cuestión quedaría, nuevamente, restringida al problema de la cuantificación de la culpabilidad.

V. LOS CONCEPTOS DE ILÍCITO Y CULPABILIDAD EN LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

a. Los problemas del concepto de culpabilidad

Si se repasa lo dicho hasta ahora, se ha rechazado la teoría de la prevención general negativa, admitiéndose la prevención especial sólo como el límite que una pena racional no debe alcanzar, y se ha aceptado que la posibilidad de reafirmar el ordenamiento jurídico a través de la imposición de una pena estaría reflejada en abstracto en el marco penal²⁹, y en concreto, solamente aquella pena que se adecue a la culpabilidad podrá actuar de este modo, pues sólo esa pena es la que la norma prevé. Al quedar reducida la cuestión al problema de la cuantificación del ilícito y de la culpabilidad, todo parece haberse simplificado. Pero esto es sólo aparente, ya que mientras que la determinación de la culpabilidad en tanto existencia de un ilícito reprochable al autor se encuentra medianamente acotada, su graduabilidad es la que plantea las mayores dificultades. Estas dificultades podrían ser

²⁸ Acerca de la similitud entre la teoría de la prevención general positiva y las teorías retribucionistas, cf. Kaufmann, *op. cit.*

²⁹ Debe estar determinado de antemano cómo se reafirma la norma, y no sujeto a los vaivenes de la vida social. No sería legítimo que el juez recogiera los temores (fundados o no) de la sociedad y los reflejara en la pena de X. Captar las necesidades y temores sociales es, en todo caso, función del legislador, que sólo puede hacerlo en abstracto.

agrupadas, al menos provisionalmente, en dos grupos: a) el carácter relacional del concepto, que implica la necesidad de establecer cuál es el parámetro con el que se compara, y b) cuál es el hecho que puede ser legítimamente comparado: factores determinantes de la culpabilidad, y en qué medida estos pueden diferir del ilícito mismo.

b. La culpabilidad como reflejo del ilícito

La culpabilidad, en tanto reprochabilidad del hecho antijurídico, hace referencia a los presupuestos sin los cuales no es posible responder al ilícito con una pena. Pero la culpabilidad también expresa la mayor o menor posibilidad de motivación conforme a la norma, y en este sentido, es un concepto graduable. La culpabilidad tiene carácter *constitutivo* al determinar si se aplica o no una pena, en tanto para graduar la pena, resulta decisiva la *medida* de esa culpabilidad.

El concepto de culpabilidad al momento de graduar la pena no puede ser otro que el de la teoría del delito. En efecto, cuando se habla de una pena “adecuada” a la culpabilidad, ello significa que el grado de culpabilidad sólo puede ser expresado en unidades de pena³⁰. Esto significa que la medida de la pena es reflejo de la medida de la culpabilidad, la cual, a su vez, presupone la existencia de un ilícito: lo que se reprocha es el hecho antijurídico cometido por el autor. De este modo, se reconoce la culpabilidad por el hecho, y se descarta la culpabilidad de carácter o por conducción de vida. Tomado estrictamente, esto llevaría a descartar también la consideración de toda circunstancia ajena al ilícito al momento de graduar la pena. Sin embargo, aun los autores más estrictos en cuanto al principio del hecho admiten que la graduabilidad del concepto de culpabilidad puede hacer necesaria una “investigación” acerca de circunstancias que hacen a la personalidad del autor (p. ej., en casos de inimputabilidad)³¹.

Cuando se plantea la discusión en términos de si es posible o no superar la medida de la culpabilidad se está dando por sentado que se conoce cuál es la pena “ya” adecuada a la culpabilidad o la “todavía” adecuada, cuando en realidad esto es lo que falta definir. Sólo un concepto de culpabilidad que abarque los distintos matices de la reprochabilidad del ilícito -el cual, a su vez, también es un concepto graduable- permitirá que la medida de la pena sea un reflejo de ella.

³⁰ Horn, *op. cit.*, núm. 24.

³¹ Stratenwerth, G., *El futuro del principio jurídico de culpabilidad*, trad. de Bacigalupo, E., Madrid, 1980, pp. 48, 58 y siguientes.

c. Culpabilidad y fines preventivos

1. La culpabilidad "pura"

Cuando se quiere determinar la mayor o menor reprochabilidad del hecho, inevitablemente, se introducen cuestiones que no siempre están vinculadas directamente a ese hecho, y que responden, por ejemplo, a criterios de prevención. Decidir qué se considera reprochable y qué no, presupone partir de ciertas concepciones a las cuales no resultan ajenos estos criterios. Parte de las dificultades surgen, justamente, a raíz de que estas relaciones entre culpabilidad y prevención permanecen ocultas. En muchos casos, sin embargo, esto ya está reflejado en los tipos penales. Así, por ejemplo, es más grave el hurto con ganzúa que el hurto simple, no sólo porque la escala penal prevista sea mayor, sino que la escala penal es mayor porque el hecho es considerado más grave, sobre la base de ciertas razones tomadas en cuenta por el legislador. Una escala penal mayor hace suponer un ilícito mayor, al que corresponde, a su vez, una reprochabilidad mayor. El proceso de graduación dentro de un mismo marco penal no puede ser diferente, es decir, que no pueden ser ajenos a él las consideraciones preventivas que constituyen el trasfondo de la norma de que se trate. Una parte importante del proceso de individualización de la pena consistirá, entonces, en hacer explícitas esas razones, manteniéndolas en límites compatibles con el estado de derecho. Pero mientras que con relación al ilícito se puede -y se debe- encontrar apoyo normativo, la graduación de la culpabilidad se presenta con un grado mayor de complejidad, especialmente en lo que se refiere a los factores relevantes para su graduación.

Stratenwerth³² propone dejar fuera de consideración, en cuanto sea posible, las circunstancias que hasta ahora se han incluido en la culpabilidad bajo el título de consideración total de la personalidad del autor; ellas sólo podrían ingresar al análisis, en un momento posterior, cuando se apliquen los fines preventivos³³.

"Lo decisivo... es la *situación* en la que el hecho ha sido cometido: solamente ella determinará la gravedad de la culpabilidad por el hecho"³⁴. En un sistema en el que se admita el principio del hecho tal afirma-

³² *Op. cit.*, p. 73.

³³ *Op. cit.*, p. 74.

³⁴ *Op. cit.*, p. 75.

ción no puede ser puesta en duda. Sin embargo, con esto no se ha avanzado en nada en cuanto a cómo debe valorarse esa situación, ni tampoco con relación a cuánto vale, lo cual indica que, en algún momento, habrá que recurrir a otro punto de apoyo.

2. La idea de prevención como base de la culpabilidad

La idea de un concepto de culpabilidad que no puede ser definido sin tener en cuenta finalidades de prevención ha sido desarrollada por Jakobs³⁵, quien realiza una amplia crítica del concepto tradicional. Cuando se afirma que la individualización de la pena se realiza expresando el ilícito del hecho en una magnitud de pena, tal como lo hace, por ejemplo, Horn, sin tener en cuenta la finalidad, con el resultado de que “medida de culpabilidad” y “medida de la pena” se convierten en conceptos idénticos, se intenta salir de la relatividad sin apoyarse en un punto fijo³⁶. Es decir, que al suprimirse la cuestión de la finalidad no se logra establecer ninguna pauta fija que sirva de apoyo y oriente la decisión. Para Jakobs³⁷, “la culpabilidad se fundamenta a través de la prevención general... y se mide según esta prevención”. El concepto de culpabilidad define un ámbito de libertad aprehensible en categorías *generalizadas*, dejando de lado el fenómeno psíquico particular, y orientándose según necesidades de política criminal³⁸. Esto se ve en las diferentes regulaciones legales, tal como en materia de error. Allí no se exige un conocimiento efectivo, sino que el ordenamiento jurídico se conforma con un conocimiento potencial, o en los casos de estado de necesidad disculpante y de coacción, en los cuales las excepciones demuestran que no se trata de otra cosa más que de una determinada *decisión* acerca de quién debe hacerse cargo de ese error o de ese riesgo. No puede hablarse de que lo decisivo sea la “posibilidad de motivarse conforme a la norma”, sino que de lo que se trata es de una decisión normativa. La misma situación psíquica (p. ej., un particular o un bombero frente a una situación de estado de necesidad disculpante) no conduce a igual culpabilidad si la finalidad de la norma es diferente³⁹. Para definir si una circunstancia agrava o

³⁵ En *Schuld und Prävention*, publicado en “Recht und Staat”, núms. 452/453, 1976.

³⁶ *Idem*, p. 4.

³⁷ *Idem*, p. 9.

³⁸ *Idem*, p. 15.

³⁹ *Idem*, pp. 20 y siguiente.

no la culpabilidad es necesario establecer previamente qué finalidad tiene⁴⁰. Cuando una circunstancia tiene direcciones contradictorias, hay que redefinir la distribución de responsabilidad. El juicio de culpabilidad es siempre una nueva determinación del aporte que debe brindar el sujeto, sin poder ampararse en caso de fracaso, en que la responsabilidad recaía en otro ámbito. La medida de la culpabilidad sería tanto como la medida de la decepción de las expectativas⁴¹. Pero en la aplicación de la pena no se trata de lo que el autor se “merece” según la opinión general, sino de aquello que es necesario para mantener la confianza. Es decir, que la necesidad de pena se independiza de las “sensaciones” generales en un caso concreto, y son definidas a través de la idea del “mantenimiento de la confianza en el ordenamiento jurídico”.

No queda claro, sin embargo, cómo una pena que no respondiera a la opinión general puede lograr este efecto. Si a la hora de determinar la consecuencia jurídica en concreto la opinión general carece de toda relevancia en cuanto a cómo se mantiene la confianza en el ordenamiento jurídico, entonces, esto sólo podría ser definido por el ordenamiento jurídico mismo, que es el que debería haber captado y generalizado las sensaciones y opiniones generales de antemano, de forma tal que las reacciones sean previsibles. El mantenimiento de la confianza se produciría, según esta interpretación de lo afirmado por Jakobs, en la medida en que el ordenamiento jurídico funcionara tal como estaba previsto para los distintos casos⁴². El ordenamiento jurídico se reafirmaría a sí mismo a través de su propio funcionamiento eficiente, y en tanto permitiera dar respuestas lo más previsible que se pudiera. En el caso de la individualización de la pena, en que es el ordenamiento jurídico mismo el que prevé distintas respuestas posibles (marco penal y penas alternativas), cuál de esas respuestas es la adecuada sólo podrá determinarse a través de la *finalidad* de los distintos factores que el ordenamiento jurídico prevé como relevantes

⁴⁰ Así, por ejemplo, la reincidencia puede reflejar una mayor culpabilidad si se considera que el reincidente expresa su desprecio por el ordenamiento jurídico, a pesar de que ya le fue impuesta una pena anterior, pero también es posible ver en el reincidente una muestra del fracaso de la pena anterior, o considerar que la sociedad no logró insertarlo debidamente; *idem*, pp. 25 y siguiente.

⁴¹ *Idem*, p. 29.

⁴² En verdad, esto no sería otra cosa que el principio de legalidad.

para la graduación del ilícito, de la culpabilidad, y consiguientemente, para la individualización de la pena.

d. El hecho objeto de la individualización de la pena

El principio de legalidad, en tanto garantiza la previsibilidad de la reacción estatal, presupone que sólo se tomen en cuenta factores que surjan de una valoración coherente de *normas* jurídicas. Con esto quedarían fuera, por ejemplo, las consideraciones morales acerca de los motivos del autor. En verdad, la eliminación de valoraciones morales parece ser la solución más adecuada también respecto del principio del hecho, con lo cual cabe preguntarse qué es lo que ocurre cuando la ley es la que introduce circunstancias que sólo podrían valorarse desde un punto de vista ético. Jescheck considera, incluso, que no es posible, según el derecho vigente, dejar de considerar parámetros éticos al individualizar la pena⁴³. Esto pareciera difícilmente armonizable con el rechazo del derecho penal de ánimo. No se trata aquí de aquello que, en última instancia, pudiera considerarse dentro de la esfera de intimidad del autor, sino de determinar sobre qué base es posible la injerencia en esta esfera, o si la mera referencia legal que impone al juez valorar al momento de graduar la pena, por ejemplo, los motivos del autor, hace que esto siempre sea posible. En verdad, un rechazo consecuente de la posibilidad de hacer “valoraciones morales” debería regir tanto para los “fines bajos” como para las “buenas intenciones”; con lo cual quedaría en igual situación quien roba para pagar una intervención quirúrgica de su hijo como quien lo hace para poder cambiar el auto. Posiblemente, nadie estaría dispuesto a asumir una consecuencia tan restrictiva. En efecto, parece difícil poder graduar la pena eludiendo toda valoración moral, pero tampoco parece posible permitir que el juez, so pretexto de un ámbito discrecional, pueda introducir sus propias pautas éticas. El ordenamiento jurídico constituye la única pauta a que se puede recurrir, ya que es él el que reúne los modelos de conducta que pueden exigirse al autor. Y para el ordenamiento jurídico una conducta que está orientada a salvaguardar un bien jurídico no es idéntica a aquella que no lo está. Aun cuando una conducta no llegue a estar cubierta por una causa de justificación o de disculpa, si la situación puede ser analogada a las previstas por estas causas resultarán menos graves que si esto no es posible.

⁴³ *Op. cit.*, p. 795.

Si bien no existe ninguna duda de que el "hecho" es el hecho del ilícito, y la culpabilidad no es otra que la culpabilidad por el hecho, la existencia de escalas penales permite suponer la existencia de culpabilidades diferentes ante el mismo hecho⁴⁴, y supuesta la imputabilidad, graduar la culpabilidad es idéntico a medir la pena, pero esto no puede ser hecho sin tener en cuenta qué finalidad cumple la culpabilidad, o dicho de otro modo, por qué a tal culpabilidad le corresponde tal pena. Sin embargo, los conceptos que se manejan son valorativos, y no parece posible traducirlos en magnitudes fijas expresadas en cifras⁴⁵. Pero esta imposibilidad no debe llevar a afirmar sin más ni más que entonces se trata de un ámbito dentro del cual el juez puede decidir discrecionalmente. Por cierto, a esto podría objetarse que si se admite que es imposible lograr traducir la valoración de circunstancias atenuantes y agravantes en un monto exacto se está dejando la decisión, en último término, librada a la discreción del juez. Pero, en realidad, la imposibilidad de lograr una precisión absoluta, en la que no existan zonas grises, tampoco es ajena a muchos otros problemas dogmáticos, sin que por ello se afirme que la solución dependerá del arbitrio judicial. Piénsese en los problemas de analogía, los elementos normativos del tipo, o el límite entre dolo eventual y culpa conciente, por citar sólo algunos ejemplos. De lo que se trata es, frente al caso concreto, de llegar a una solución lo más exacta posible, y que esté apoyada en los fundamentos teóricos de que se dispone. El hecho de que la individualización de la pena no pueda ser un procedimiento racionalizable *more geometrico*, que sólo permita la precisión propia de objetos valorativos, no libera de la necesidad de que los fundamentos de la determinación estén decididos sin contradicciones en sus concreciones⁴⁶. Esto implica que en la decisión se deben hacer explícitas las circunstancias que se valoran y cómo se lo hace.

De este modo, si el sistema presupone el principio de culpabilidad en el nivel constitucional, todo lo demás deberá ser una concreción de este principio⁴⁷. Y si bien es cierto que no todas las concreciones del principio de culpabilidad se orientan en el mismo sentido, en aquellos

⁴⁴ Lackner, K., StGB, § 46.

⁴⁵ Acerca de esta imposibilidad, cf. Stratenwerth, *op. cit.*

⁴⁶ Cf. Köhler, M., *Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung*, Heidelberg, 1983, p. 27.

⁴⁷ *Idem.*

casos en los que no sea posible hacer jugar a todos esos factores en una misma dirección, será necesario colocarlos en equilibrio, reordenándolos según el lugar que les corresponde de acuerdo con el ordenamiento normativo⁴⁸. Frente a dos posibles interpretaciones, una a favor (atenuante) y otra en contra (agravante), habrá que determinar si es legítimo o no que se responsabilice al autor, si era posible esperar otra cosa de él, o si es otro quien debe responder. Esto toca uno de los puntos decisivos para la individualización de la pena: la dirección de la valoración de los distintos factores⁴⁹.

VI. PROBLEMATICA DEL PROCESO CONCRETO DE DETERMINACION DE LA PENA

a. El marco penal

En el marco penal el legislador establece los límites de la pena en el caso individual para cada delito. La relación entre las distintas escalas penales caracteriza, al mismo tiempo, la importancia y el rango de la norma respectiva dentro del ordenamiento jurídico⁵⁰. Las valoraciones sociales respecto de un determinado delito quedan plasmadas dentro de este marco, y en él quedan recogidas, entre otras cosas, las razones de prevención general.

Las valoraciones previamente dadas por el legislador, reflejadas en el marco penal, son vinculantes para el juez, quien debe dejar de lado sus propias valoraciones y aplicar las valoraciones legales. Esto parece evidente. Sin embargo, la cuestión se torna problemática cuando se plantea la posible inconstitucionalidad de un marco penal. Según Bruns⁵¹, las valoraciones judiciales deben ceder paso a las del legislador aun en caso de duda respecto de la constitucionalidad de la escala.

Prescindiendo aquí de las dificultades vinculadas al principio de proporcionalidad -cuya violación constituiría el argumento más frecuente en contra de la constitucionalidad de un determinado marco

⁴⁸ Cf. críticas a la teoría del ámbito de juego (III. a)

⁴⁹ Esto es especialmente importante en sistemas legales como el alemán o el argentino, en los cuales los factores a tomar en cuenta al graduar la pena son enumerados sin indicar si juegan a favor o en contra del autor.

⁵⁰ Horn, *op. cit.*, núm. 48.

⁵¹ Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 2da. ed., 1985, p. 44.

penal-, no parece posible rechazar de antemano la eventual declaración de inconstitucionalidad de una escala penal, ya que, en primer lugar, no se trata allí simplemente de las concepciones valorativas del juez (que por cierto deben postergarse en favor de las del legislador), sino de una valoración jurídica, apoyada en la interpretación del ordenamiento jurídico, es decir, justamente la función esencial de la actividad judicial.

La determinación del marco penal tiene prioridad lógica frente a la determinación de la pena dentro de este marco⁵². Esto tiene especial importancia en aquellos casos en los que se prevé la facultad de un marco penal atenuado (en el sistema alemán, tentativa, casos más o menos graves, delitos de omisión). Frente a la posible aplicación de dos marcos penales no es posible dejar abierta la elección sobre la base de que, de todos modos, la pena aplicada estaría en un ámbito cubierto por ambos marcos penales. Si bien en el sistema argentino -a excepción de los casos de delito imposible, art. 44 CP *in fine*- la elección del marco penal formaría parte del proceso de subsunción mismo, la cuestión puede adquirir relevancia en los casos de subsunción alternativa en que no fuera posible determinar cuál es la escala penal más favorable.

Teniendo en cuenta que el marco penal rige siempre para la totalidad del ilícito de que se trata, el juez, al determinar la pena en concreto, no puede valorar un elemento que ya ha sido tomado en cuenta "en abstracto" para calificar la gravedad del ilícito (prohibición de doble valoración). Lo mismo ocurriría con las valoraciones preventivas, dado que ya fueron consideradas en el marco penal, y si no lo fueron, quedarían fuera del ámbito de valoración judicial, ya que resultan consideraciones extrañas al hecho, por las cuales el autor no puede ser responsabilizado, como en el caso del aumento de un determinado delito⁵³.

⁵² Horn, *op. cit.*, núm. 50 (de otra opinión hasta la 3ra. ed., *op. cit.*). Con relación a la opinión contraria, cf. Frisch, *Die Strafmilderungen beim Versuch*, en *Festschrift für Spindel*, 1992, pp. 381 y siguientes.

⁵³ Nadie sostendría que cometer un delito que nadie comete constituye una circunstancia atenuante; ¿por qué, entonces, podría ser más grave cometer uno que cometen todos? El aumento de un determinado delito indica, o bien un cambio en las valoraciones sociales respecto de una norma, o bien un déficit en el sustrato social presupuesto por esa norma. Y en cualquier caso, no corresponde que sea el autor quien responda por ello.

La escala penal cubre tanto el caso más grave como el caso más leve concebibles para el delito de que se trate. Esto no significa que las penas mínimas o máximas sólo puedan ser impuestas cuando no sea posible pensar un caso más grave o más leve que el que se está juzgando⁵⁴. La ubicación de un caso en las penas mínimas o máximas presupone que el ilícito, valorado en su totalidad se encuentre en el ámbito inmediatamente cercano a estos límites⁵⁵. La fórmula, aunque no resulta demasiado precisa, toma como base el ilícito, con respecto al cual el ordenamiento jurídico ofrece pautas más concretas para su valoración.

b. Los distintos factores a considerar y la dirección de la valoración

Como ya se señalara, uno de los problemas que se plantean tanto en el sistema legal alemán como en el argentino (arts. 40 y 41 CP) es que la ley enumera los factores que deben ser tenidos en cuenta al graduar la pena sin decir si agravan o atenúan. A esto se suma que tampoco es evidente en qué dirección se debe efectuar la valoración, y que además, es posible imaginar situaciones en las que agrave o atenué según el punto de vista que se tome o el delito de que se trate. La decisión no puede tomar otro punto de apoyo que el ordenamiento jurídico, y argumentar a partir de él. Esto parece obvio, y así formulado, casi trivial. Pero esta apariencia engaña, y esto se advierte en cuanto se repara en que habitualmente ni siquiera se expresa en las decisiones si ese factor fue tomado en cuenta o no. Es decir, que en primer lugar es imprescindible que se haga explícito si se valora *a favor* o *en contra*, y en segundo lugar, *por qué*, teniendo en cuenta que sólo resultarán argumentos válidos aquellos que estén apoyados en valoraciones normativas, antes que en la eventual reprochabilidad moral de ese aspecto de la conducta.

c. El punto de apoyo del caso concreto en relación con el marco penal: el caso-regla

El marco penal ofrece un punto de apoyo a grandes rasgos para la medición de la pena⁵⁶. Marca los límites externos que la pena para un determinado delito no puede sobrepasar. Pero uno de los problemas

⁵⁴ Con relación a esto, muy ilustrativos los argumentos y ejemplos de Timpe, G., *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot*, Berlín, 1983, p. 70.

⁵⁵ Tal la solución de Bruns, *op. cit.*, p. 45.

⁵⁶ Horn, *op. cit.*, núm. 85.

más agudos de la individualización de la pena es ubicar un punto para ingresar en el marco penal, un punto fijo a partir del cual poder "atenuar" y "agravar". Dicho de otro modo, un caso que sirva de base para la comparación. En la medida en que se trata de una escala y que los factores que se toman en cuenta implican un "más" o un "menos" resulta ineludible establecer *respecto* de qué. En tanto no es posible comparar utilizando como parámetro el mismo objeto a ser comparado, tampoco es posible limitar la valoración a las particularidades del caso concreto, sino que es imprescindible compararlo con un parámetro de valoración relevante⁵⁷.

Hablar de circunstancias atenuantes o agravantes (como lo hace el art. 40 CP, o que juegan a favor o en contra del autor, en los términos del § 46 StGB) importa utilizar conceptos relacionales o comparativos. Como tales, aluden a la relación que existe entre un hecho concreto y un hecho que se toma como referencia⁵⁸. Es decir, que sólo pueden utilizarse cuando se conoce el punto de referencia, o cuando este se da por sobreentendido. Sin esto, lo que se afirme carecerá de sentido, será una afirmación vacía de contenido, y especialmente, no permitirá controlar la corrección de lo afirmado.

Lo que ocurre con frecuencia es que ese parámetro está implícito tácitamente en la discusión, ya que, en verdad, sin él no sería posible trabajar. Esto significa que los tribunales utilizan algún parámetro con el que comparan, pero sin que esto se formule. Ello, por sí mismo, no resultaría incorrecto, siempre y cuando fuera posible la explicitación de ese parámetro. Pero si esto no es factible, queda eliminada la posibilidad de una discusión racional acerca de la pena concreta, y la decisión carecerá de fundamentos reales.

Para dar solución a este problema se ha recurrido en Alemania al llamado "caso-regla"⁵⁹, denominación con la cual se designa el grupo de casos que, según la experiencia, siempre se repiten, la "criminalidad de todos los días". Teniendo en cuenta que la mayoría de los delitos que se cometen habitualmente manifiestan sólo un bajo grado de gravedad, sería posible ubicar la magnitud del disvalor característico del caso-regla en el tercio inferior de la escala penal. Se trata de un con-

⁵⁷ Frisch, W., *Die Bewertungsrichtung von Strafzumessungstatsachen*, "GA", 1989, pp. 338 y ss., esp. 344.

⁵⁸ *Idem*, p. 345.

⁵⁹ Horn, *op. cit.*, núm. 88.

cepto jurídico, en el cual se debe subsumir el caso concreto. No depende de una frecuencia estadística, y se determina especialmente por la experiencia del juez en su actividad cotidiana. Se habla también de los casos de gravedad media, que estarían ubicados en la mitad aritmética de la escala. La imprecisión de estos conceptos es evidente (¿qué sucede cuando el juez aún no tiene “experiencia”?, ¿qué, en los casos que no se dan frecuentemente?); Frisch, luego de un detallado análisis de las distintas alternativas, propone un criterio normativo: el hecho que alcanza el umbral de la norma se ubicaría en el mínimo legal. La cuestión capital de la medición de la pena no es otra cosa que el hecho punible mismo, con las categorías que le son propias (disvalor de acción, disvalor de resultado, imputación, posibilidad de evitación del quebrantamiento de la norma, etc.). Pero mientras que para la teoría de la imputación lo que importa es si estas categorías están dadas o no, en el campo de la medición de la pena lo que interesa es la dimensión concreta de estas categorías; por lo cual inevitablemente entrarán en consideración numerosos factores y situaciones que, si bien regularmente no llevan a descartar la categoría respectiva, sí determinan su caracterización particular. El parámetro para la comparación estará dado por aquellas condiciones que están tácitamente presupuestas en un tipo penal como punto de partida para la medición de la pena⁶⁰.

VII. CONCLUSION

Si bien este modelo, como todos los formulados hasta ahora, no está exento de puntos débiles, tiene la ventaja de ofrecer, cuando menos, claridad en cuanto a la necesidad de buscar una solución normativa; esto hará que el caso paradigmático no dependa de consideraciones tan vagas como la “experiencia judicial”, sino que deberá estar apoyado en una interpretación del tipo, en la búsqueda de los presupuestos de la norma para cada posibilidad de las que ofrece el marco penal. La búsqueda de la finalidad de la norma para concretar conceptos altamente abstractos no es, por otro lado, ajena a ninguna de las fases del análisis dogmático, y en muchos casos, sin que se pueda llegar a admitir como correcta sólo una de las soluciones propuestas. Pero en el caso de la individualización de la pena la falta de concreción y las

⁶⁰ Por ejemplo, en los delitos contra la propiedad el caso-regla sería aquel en el cual el autor se apropia de algo que le sería difícil de conseguir por medios lícitos; cf. Frisch, pp. 366 y siguiente.

dificultades teóricas quedan más expuestas en la medida en que el resultado del análisis debe expresarse en una magnitud aritmética.

La medición de la pena puede ser entendida como un proceso de elaboración y clasificación de informaciones de distinta clase. En ese proceso habrá que definir cuáles son los factores relevantes para graduar la pena, determinar por qué constituyen atenuantes o agravantes frente al caso concreto, y formular el rango de esos factores, teniendo en cuenta su relación con los principios generales (culpabilidad, hecho, legalidad) y la finalidad que deben cumplir dentro del ordenamiento jurídico.

El punto de partida es el marco penal, pero la amplitud de valoraciones que él permite, su carácter "abierto", hace que *solamente* sea un punto de partida, que habrá de ser completado mediante la tarea interpretativa, a fin de reconstruir los casos abstractos que se pretendió alcanzar entre el mínimo y el máximo. El método concreto a seguir para la construcción de estos casos tiene que orientarse al hallazgo de circunstancias del hecho que guarden similitud con la estructura de los elementos del tipo (que fundamentan o agravan el ilícito), cuando se trata de atribuirles un efecto agravatorio, y a circunstancias que guarden similitud con la estructura de las causas de justificación o de disculpa, cuando se trata de atribuirles efecto atenuante. En la medida en que se quiera posibilitar la discusión racional acerca del por qué de una determinada pena, no podrá eludirse la explicitación en las decisiones de cuáles fueron los criterios utilizados para su individualización.