

Graduación del desvalor y reproche en el marco de la estructura esencial y accidental del delito

Manuel José Arias Eibe
Doctor en Derecho. Universidad de A Coruña (España)
Diplomado en Criminología
Abogado
manuelarias@avogacia.org

Sumario: 1.- Introducción: El debate permanente sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 2.- Aproximación a la significación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 3.- Circunstancias del delito versus circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 4.- Estructura esencial del delito, estructura accidental y circunstancias. 5.- Estructura accidental del delito y circunstancias modificativas: análisis sistemático y preventivo. 6.- Estructura de las infracciones penales, circunstancias fundadoras y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. 7.- Toma de posición: Injusto y culpabilidad como magnitudes graduables. BIBLIOGRAFIA.

1.- Introducción: El debate permanente sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal configuran uno de esos aspectos de la dogmática jurídico-penal en los que la polémica ha sido, y sigue siendo, permanente. Los múltiples debates y diferentes posicionamientos sobre su concepto, su naturaleza, su fundamento, su pertenencia a la teoría del delito o a la teoría de la pena y tantos otros extremos, materializan en la praxis dicho estado de permanente discusión.

En efecto, de una parte, la temática circunstancial –al menos en lo relativo a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- ha recibido escaso estudio, atención que se ha limitado –salvo honrosas excepciones- a tratar esta materia en la Parte General de la manualística –o bien al hilo del estudio de determinadas circunstancias concretas-, siendo preciso añadir además que, dentro de esos escasos estudios, se ha configurado una enorme disparidad de criterios sustentados sobre aspectos sustanciales, tales como la delimitación del propio concepto de circunstancia, su naturaleza jurídica, su fundamento, la clasificación, la comunicabilidad de las mismas, el error, y otras categorías, lo que hace tributaria a esta materia y la

convierte, en suma, en una asignatura pendiente de la dogmática jurídico-penal española¹.

En este sentido, es preciso significar, además, que es un lugar común para la mayoría de los autores que se han aproximado a esta cuestión, el reconocer la complejidad de la materia, y al mismo tiempo criticar precisamente esta situación de *semi-abandono* en la que los investigadores han dejado a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal².

Y si bien es cierto que hay que reconocer, como decimos, la concurrencia de un semiabandono en lo tocante a la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en lo afectante al estudio de las concretas circunstancias modificativas no sucede lo mismo, y en este sentido se han venido formulando, desde hace tiempo, diversos estudios monográficos sobre determinadas circunstancias³, lo que

¹ Alonso Alamo, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Tesis doctoral, Univ. de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981, p. 2, alude a que en la dogmática penal actual “no aparece suficientemente atendido el estudio general, sistemático, de las circunstancias del delito”.

² Así se pronuncia González Cussac, J.L.: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1988, p. 3, quien reconoce que las circunstancias modificativas, tanto en su significado dogmático, técnico, como político criminal, constituyen un “semillero de no pocas controversias”. Por su parte, Díez Ripollés, J.L.: “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXX, 1977, p. 597 y 598, afirmaba también la poca atención que por la doctrina se había dispensado hasta el momento hacia esta materia en sus aspectos dogmáticos, reconociendo que la atención hacia la misma, y hasta el momento, se había limitado a las obras generales, y no por todas, en tanto reconocía la existencia de artículos, en general referidos a circunstancias concretas, pero reconociendo la práctica inexistencia de estudios monográficos tanto sobre circunstancias concretas como sobre la teoría general de las mismas. Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 873, tras reconocer la escasa atención por parte de la doctrina española, señalan que sólo desde fechas recientes se han venido estudiando de forma profunda y monográfica.

³Entre los múltiples estudios que se han proyectado sobre las circunstancias concretas podríamos señalar los siguientes: Alcalá-Zamora y Castillo, N.: *El desistimiento espontáneo y el arrepentimiento activo: (memoria doctoral)*, Ed. Imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos y de Ciegos, Madrid, 1928; Alonso Fernández, J.A.: *Los estados pasionales y su incidencia en la culpabilidad análisis jurisprudencial de la circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Ed. Bosch, Barcelona, 1999; Altés Martí, M.A.: *La alevosía: (estudio de determinados aspectos de la agravante del nº del Art. 10 del Código Penal)*, Ed. Universidad de Valencia, 1982; Amat y Furio, V.: *La embriaguez ante la ciencia penal*. Memoria premiada en el certamen celebrado por la Asociación General para la Reforma Penitenciaria en España, con motivo del Congreso Internacional de San Petersburgo, Ed. Imprenta de “El Noticiero Universal”, Barcelona, 1890; Armengol y Cornet, P.: *La Reincidencia*, Ed. Establecimiento Tipográfico de Jaime Jepús, Barcelona, 1873; Asúa Batarrita, A.: *La reincidencia: su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los códigos españoles del siglo XIX*; Ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1982; de la misma *La Reincidencia en el código penal de 1823*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1981; Baeza Avallone, V.: *La atenuante de arrepentimiento espontáneo*, Tesina de licenciatura, Ed. Universidad de Valencia, Facultad de Derecho, 1978; Bajo Fernández, M.: *El parentesco en el Derecho Penal*, Barcelona, 1973; Benítez de Lugo y Reymundo, M.: *Ensayo sobre la reincidencia*, Tesis inédita, presentada en la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1929; Bravo Gutiérrez, D.: El disfraz y su comunicabilidad, en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Director Lorenzo del Río Fernández (Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 7); Camaño Rosa, A.: *Legítima defensa, alevosía*, Ed. Dirección General de Institutos penales, Separata de “Revista de Criminología”, 1958; Calderón Susín, E.: *Arrepentimiento espontáneo: estudio del artículo 9-9º del Código Penal*, Tesis doctoral bajo la dirección del prof. Javier Boix Reig, Ed. Universitat de les Illes Balears, Facultat de Dret, Palma de Mallorca, 1989; Calderón Susín, E.: “La minoría de edad penal. Aplicabilidad en el código penal militar”, en *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*. Director, Fernando Pérez Esteban (Estudios de derecho judicial, 5); Camargo Hernández, C.: *La alevosía*, Ed.

Bosch, Barcelona, 1957; Camargo Hernández, C.: *La premeditación en el Derecho positivo español*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1955; del mismo *La premeditación en la doctrina jurisprudencial española*, Ed. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1955, publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Abril de 1955; Campo Moreno, J.C.: *El arrepentimiento postdelictual*, Ed. General de Derecho, Valencia, 1995; del mismo "Arrepentimiento, alcance penal en el iter criminis y en la responsabilidad criminal", en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Director Lorenzo del Río Fernández (Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 7); Carmona Salgado, C.: *La circunstancia atenuante de arrebató u obcecación*, Ed. Universidad de Granada, Granada, 1983; Cobo del Rosal, M.: "Consideraciones sobre las atenuantes de "arrebató u obcecación" y "provocación y amenaza adecuada", en *Anales de la Universidad de La Laguna*. Facultad de Derecho, (1967-68); Cortés Bechiarelli, E.: *Arrebató u obcecación : circunstancias atenuantes*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997; del mismo *Las circunstancias atenuantes de arrebató y obcecación (estudio jurídico- dogmático del artículo 9.8 del Código Penal*, Tesis Universidad Complutense de Madrid, 1994; Del Río Fernández, L.J.: *Atenuantes por analogía: análisis doctrinal y jurisprudencial, requisitos y casuística*, Ed. General de Derecho, Valencia, 1995; Del Rosal Blasco, B.: La alevosía en el Código Penal de 1995, en *Delitos contra las personas* (Manuales de Formación Continuada del CGPJ, 3); Díaz Roca, R.: Situación actual de la agravante de reincidencia en el derecho penal militar, en *El derecho penal y procesal militar ante la reforma de las normas comunes*. Director, Fernando Pérez Esteban (Estudios de derecho judicial, 5); Donna, E.A.: *Reincidencia y culpabilidad : comentario a la Ley 23,057 de reforma al Código penal*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984; Fernández Aparicio, J.M.: *Los antecedentes penales. Efectos. La nueva reincidencia en el Código Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 15 de octubre de 1998; García, L.M.: *Punibilidad y reincidencia : aspectos constitucionales y dogmática penal desde la teoría de la pena*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1992; Latagliata, A.R.: *Contribución al estudio de la reincidencia* (traducción de Carlos A. Tozzini), Título original *Contributo allo studio della recidiva*; Marín de la Espinosa Ceballos, E.B.: *La reincidencia : tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Ed. Comares, Granada, 1999; Márquez y Tirado, F.: *La reincidencia considerada en sus aspectos jurídico y social*, Tesis inédita, presentada en la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1911; Martín González, F.: *Alevosía en el derecho español*, Ed. Comares, Granada, 1988; Martín Sánchez, A.: "La minoría de edad penal" en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Director Lorenzo del Río Fernández (Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 7); Martínez de Zamora, A.: *La reincidencia*, Ed. Universidad de Murcia, 1971; Martínez Pérez, C.: "La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa", en *Cuadernos de Política Criminal*, 1983, nº 19, pp. 59 y ss.; Martínez Val, J.M.: *El arrepentimiento espontáneo*, Ed. Instituto Editorial Reus, Separata de "Revista general de legislación y jurisprudencia", Madrid, octubre de 1957; Matallín Evangelio, M.A.: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Tesis doctoral dirigida por Tomás S. Vives Antón y José Luis González Cussac, Ed. Universitat de València, Facultad de Derecho, 1997; del mismo Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Mir Puig, S.: *La reincidencia en el código penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1974; Mir Puig, S.: *Preterintencionalidad y error tras la reforma de 1983*, Ed. Colegio de Abogados de Las Palmas de Gran Canaria, Separata de Revista del Foro Canario, no 87, 1993; Muñoz Sabaté, J.: *La Embriaguez: sus efectos exculpadores y atenuadores de la pena en el Código de justicia militar*. (Ponencia presentada en las "Primeras Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Valladolid, mayo de 1961"; Orellana Wiarco, O.A.: *La preterintencionalidad : tercera especie de la culpabilidad*, México, D.F., 1959; Orts Berenguer, E.: *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, 1978; Palomo del Arco, A.: "Los estados pasionales", en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Director Lorenzo del Río Fernández (Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, 7); Pérez Soler, J.: *La embriaguez en el derecho penal*, Tesis inédita, procedente de Valencia, presentada en la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1905; Peris Riera, J.M.: *La preterintencionalidad : planteamiento, desarrollo y estado actual : (tendencias restrictivas en favor de la penetración en el elemento subjetivo)*, Ed. Tirant lo Blanch - Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1994; Pina-Fuster, R.R.: *Embriaguez, alcoholismo y derecho penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 2000; Polaino Navarrete, M.: *Minoría de edad penal*, Ed. Edersa, 1985, Separata de "Comentarios a la legislación penal", T.V: La reforma del Código penal de 1983. - Madrid, 1985. Pag. 164-185; Redondo Illescas, S.: *Justicia penal y reincidencia*, Ed. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especializada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1995; Reyes Navarro, A.: *Ensayo sobre la preterintencionalidad*, México, 1949; Sáinz Cantero, J.A.: *La circunstancia de premeditación conocida*, Ed. Universidad de Granada, publicado en los Boletines de la Universidad de Granada, 1957, tomo VI, págs. 11-202, y 1958, tomo VII, págs. 41-89; Suárez Montes, R.F.: *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*, Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1981, Separata de Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1981; Testor Gómez, C.: *Alcoholismo y embriaguez en*

no quita, como decimos, que la pretensión de formular una teoría general de las mismas ha sido abordada por muy pocos autores. Precisamente, esta escasa atención que por la doctrina se ha venido dispensando hacia la teoría general, es lo que de alguna manera explica la actual situación –que no ha mejorado sustancialmente desde que en 1988 GONZALEZ CUSSAC aludiera a la misma⁴- del mantenimiento de vivas polémicas dogmáticas sobre aspectos tan básicos e importantes como el concepto propio de circunstancia, su clasificación, su fundamento, su naturaleza jurídica o sus funciones; polémicas que se extienden hacia aspectos técnicos como su eficacia y virtualidad, la compatibilidad, su compensación, etc., por no aludir también a las polémicas de orden político-criminal existentes⁵.

2.- Aproximación a la significación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, en el fondo de las polémicas –que muchas veces no son sino, al menos parcialmente, fiel reproducción de planteamientos íntimamente conectados con diferentes posicionamientos sistemáticos en relación con la teoría del delito y de la pena⁶-, ninguna de las formulaciones puede soslayar –y de hecho todas vienen a

el derecho penal. Tesis inédita, presentada en la Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1912; Varela Méndez, S.: *La Embriaguez en el derecho penal*; Ed. Tip. de Juan Pérez, Madrid, 1911; Zapater Ferrer, J.J.: *La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Universidad de Valencia, Colección de estudios del Instituto de Criminología, Valencia, 1980, entre otras muchas obras.

⁴ Vid. nota 2.

⁵ En este sentido Salinero Alonso, C.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 2, reconoce que “en materia de agravantes y atenuantes todo sea discutido y discutible”. Por su parte, Cobo de Rosal-Vives Antón: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., op. cit., p. 873, señalan que existe una gran disparidad y distanciamiento en la doctrina y un alto grado de incerteza en esta materia, disparidad, distanciamiento e incerteza de los que participan también, como no podía ser de otro modo -a la vista del estado que presenta la dogmática-, los pronunciamientos del Tribunal Supremo, y ello sobre aspectos tales como su naturaleza, su clasificación, su ubicación sistemática o su función, e incluso también sobre cuestiones no ya generales sino aspectos concretos de cada una de las circunstancias en particular. Cobo del Rosal-Vives Antón imputan una cierta responsabilidad en la complejidad de la materia a la propia ubicación sistemática y ámbito de aplicación de las circunstancias, ya que proclamándose en principio indiscriminado su ámbito, se problematiza en exceso el campo de acción, al contrario de lo que sucede, por ejemplo en el Código Penal alemán, en el que las circunstancias se aplican sólo a determinados delitos, no a todos, además de que tampoco se encuentran ubicadas en el Libro I del Código. Precisamente la radical diferencia entre el sistema alemán y nuestro modelo, explicaría la causa –según algunos autores- del tradicional abandono que por parte de la doctrina se ha hecho del estudio de la teoría general de las circunstancias. Vid. Rivacoba Rivacoba, M.: “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología, T.II, Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, Ed. UNED, Madrid, 1989, p. 184, para quien la dependencia o “enfeudización” de la dogmática española respecto de la alemana, explicaría el desinterés hacia esta materia, dada la radical diferencia de trato legislativo aplicado en uno y otro ordenamiento jurídico en esta materia.

⁶ En efecto, la complejidad intrínseca de la materia y las vivas polémicas que alrededor de la misma se vienen suscitando, se ven acentuadas, aún más si cabe, y al menos en parte, por la existencia de varias sistemáticas y de una pluralidad de planteamientos o estructuras dogmáticas en la parte general del Derecho Penal, y ello en la medida en que las diversas construcciones que alrededor de esta teoría se articulan, guardan coherencia con los respectivos planteamientos que sobre los diferentes institutos de la parte general se formulan, razón por la cual aparecen y se encuentran, no sólo diferentes soluciones y posibilidades a los problemas dogmáticos planteados, sino que llegan a existir incluso problemas netamente terminológicos ante la dificultad de encontrar significaciones unívocas a los términos empleados, derivado ello de las concepciones que, en cada caso, y desde cada autor, se sostengan.

aceptarlo expresa o tácitamente- el que la ley penal debe castigar comportamientos humanos en atención a sus peculiaridades propias, y lo que suponen las circunstancias no es sino la especificación y concreción significativa de las peculiaridades relevantes de la conducta humana en un determinado contexto político-criminal, temporal y situacional.

Las opciones político-criminales de cada momento han venido determinando históricamente esos aspectos de la conducta humana que, accesoriamente al aspecto nuclear de la conducta criminal, han venido siendo considerados relevantes a la hora de la determinación de la responsabilidad criminal. En ese sentido, la ley penal positiva – fundamentalmente a partir de la Revolución Francesa- ha ido contemplando expresamente aquellos datos, hechos o relaciones que se consideraron por el legislador como trascendentes para la final determinación de la responsabilidad criminal, ya fueran datos, hechos o relaciones concomitantes al delito, ya externos al mismo.

Sin embargo, las consideraciones y opciones político-criminales en relación con la contemplación legal de las circunstancias han respondido generalmente a una realidad material subyacente previa a dichas decisiones legislativas. Afirmar que la relevancia positiva de todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal responde a razones únicamente político-criminales, y negar por tanto que muchas circunstancias tienen su razón de ser en la incidencia que suponen en lo injusto o en la culpabilidad resulta de difícil aceptación, máxime cuando existen determinadas circunstancias meramente modificativas de la responsabilidad que con su misma significación fáctica y jurídica aparecen también en la ley penal configurando determinadas figuras delictivas como elementos esenciales de las mismas. Que muchas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal –por no decir la mayoría- inciden en lo injusto o en la culpabilidad, es decir, en el delito, debe admitirse sin ambages.

3.- Circunstancias del delito versus circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Con frecuencia la doctrina y la jurisprudencia⁷ se refieren a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como *circunstancias del delito*. La referencia a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como *circunstancias del delito* supone sin embargo una afirmación comprometida con una concepción determinada del delito y de las circunstancias no exenta de polémica. En efecto, podría admitirse que pocos problemas dogmáticos puede suponer, para quien defiende una concepción del delito como acción típica, antijurídica, culpable y punible⁸,

⁷ E incluso la propia Ley penal como sucedía con el art. 61 del Código Penal de 1944.

⁸ Respecto a la punibilidad, mucho se ha escrito, y muchas son las opiniones respecto a si ésta categoría constituye un elemento más o no, de los esenciales en el delito. Así, se ha defendido por unos, que la punibilidad no puede constituir un elemento esencial del delito, básicamente por cuanto aún cuando podría admitirse que las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias serían el contenido propio de ésta categoría dogmática, que integraría por tanto los presupuestos de la pena, y que poseería un ámbito marcadamente diferente al contenido de los restantes elementos del delito, sin embargo, es lo cierto que tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las excusas absolutorias son ciertamente escasas como para elevar las mismas a la categoría de elemento esencial del delito. Esta es, entre otros, la postura de Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 20-22*; Vid. también Engisch: “Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition”, en *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín,

aceptar que todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son circunstancias *del delito*, pero para quienes los elementos del delito son tan sólo la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, o para quienes defiendan la concepción bipartita del delito, la expresión “*circunstancias del delito*” tropieza con la existencia de determinadas circunstancias que no pertenecen *al delito*, que no pertenecen a la acción típica, antijurídica y culpable, que no pertenecen al injusto culpable, sino que adquieren relevancia por exclusivas razones político-criminales de corte preventivo, utilitaristas o compensatorias. De manera que la expresión *circunstancias del delito* para referirnos a las circunstancias modificativas no resulta ser una expresión técnicamente impecable, por más que, como decimos, un amplio sector de la doctrina y la jurisprudencia se refiera a esta realidad con la indicada expresión.

Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal consideradas como un todo, en conjunto, no son genuinamente circunstancias *del delito*, pero sí están íntimamente conectadas con el delito, y de hecho la mayoría tienen su fundamento conectado con el injusto y la culpabilidad. Ahora bien, la existencia al lado de aquellas, de circunstancias cuyo fundamento se encuentra en razones netamente político-criminales hace que por razones de precisión sistemática y terminológica debamos referirnos a esta realidad como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En realidad, una adecuada clasificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe permitirnos diferenciar en su seno a dos subcategorías: las circunstancias del delito y las circunstancias post-delictuales. Mientras que las primeras poseen un fundamento esencialmente⁹ dogmático, por ir referidas a las categorías injusto o culpabilidad, las segundas poseen un fundamento estrictamente político-criminal.

Ahora bien, tanto desde las concepciones más clásicas del delito como desde las más modernas concepciones preventivas, desde la perspectiva del principio de necesidad de pena o desde la perspectiva del principio constitucional de proporcionalidad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal adquieren una significación material análoga. Ya por afectar al injusto, ya por suponer

1974, p. 352 y ss.. MEZGER osciló en sus trabajos respecto a esta cuestión, y así, en un primer momento rechazó que la punibilidad formara parte de los elementos esenciales del delito al provocar dicha pretensión una tautología. Sin embargo, posteriormente acabó aceptando dar entrada a la punibilidad dentro de los elementos esenciales del delito, considerando que, a pesar de que se trataba de una tautología –ya que se incluía lo definido en la definición misma, definiendo el delito no por sus caracteres sino por sus consecuencias–, la misma no resultaba nociva ya que el estudio del concepto de delito, en su opinión, exigía inexorablemente, para alcanzar su verdadera esencia, el tomar en consideración sus consecuencias jurídicas. Vid. Cerezo Mir, J.: *Ibidem*, nota (14). En el marco del funcionalismo, o sus aledaños, autores como FIGUEIREDO DIAS o SCHMIDHÄUSER consideran que el fundamento de la punibilidad es el merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*). ROXIN, por su parte, reserva a la punibilidad un contenido meramente negativo: los casos en los que la pena se excluye por razones de política general o extra penal; mientras que en JAKOBS la punibilidad desaparece como categoría, de tal suerte que los supuestos que habitualmente se encuadraban como supuestos de no punibilidad se tratarán, aquí, de casos de atipicidad o de exclusión de la antijuridicidad. Vid. Roxin, C.: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 977.; Jakobs, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid 1997, p. 404 ss.

⁹ Aunque lo cierto es que las mismas, en mayor o menor medida, pueden estar también cofundamentadas por determinadas razones político-criminales.

una mayor o menor desvalor de acción o resultado, ya por implicar un mayor o menor reproche, las circunstancias y sus efectos sobre la responsabilidad criminal permiten ser sometidas a enfoques análogos -en cuanto a sus resultados- a los que resultarían del análisis de su realidad desde perspectivas estrictamente preventivas o de necesidad de pena o proporcionalidad. Que la comisión de un delito contra las personas con alevosía presenta un mayor desvalor y revela un mayor injusto, y por tanto justifica sobradamente su efecto agravatorio sobre la responsabilidad no desdice que tal realidad pueda ser explicada asimismo desde una perspectiva preventiva del Derecho penal. La realización del hecho con alevosía justifica la agravación tanto desde la perspectiva de la prevención general como desde la perspectiva de la prevención especial, y asimismo se justifica desde el enfoque de la necesidad o proporcionalidad de la pena.

4.- Estructura esencial del delito, estructura accidental y circunstancias.

La ley penal no castiga las meras intenciones, sino determinados hechos humanos -no los simples hechos del hombre-, de manera que sin hecho humano o sin conducta humana concreta no existe delito; ahora bien, los hechos humanos pueden ser muy diferentes entre sí -no existen dos delitos iguales como no existen fácilmente dos hechos humanos exactamente iguales en su doble significado o dimensión individual y social-, y por ello los tipos penales incriminadores, como fruto de un proceso de abstracción conceptual, tan sólo pueden contemplar los elementos esenciales o necesarios del hecho humano para que tal hecho sea considerado delictivo, más en el hecho humano concreto -que ya ha superado el filtro de la tipicidad-, pueden concurrir, a buen seguro, y a mayores, determinadas circunstancias que habrán de determinar la singularidad del comportamiento humano en el caso concreto¹⁰. De alguna forma puede afirmarse que el delito presenta una estructura esencial en la que se integran los elementos esenciales y necesarios que la ley considera indispensables para la existencia del delito mismo, esto es, los elementos fundadores de la conducta delictiva, y una estructura accidental dentro de la que se integran determinadas circunstancias o características concretas que fundamentan la mayor o menor gravedad del comportamiento criminal¹¹. En este sentido, la relevancia y operatividad jurídica de las

¹⁰ Señalaba Maggiore, G.: *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna, 1958, p. 487, que las circunstancias no son elementos constitutivos, sino simplemente accesorios, que influyen en la gravedad del delito dejando inalterada su esencia; las circunstancias son así *accidentalia delicti*, en contraposición a los *essentialia delicti*; del mismo modo que el delito puede presentarse en su escueto modelo legal, circunscrito por sus elementos esenciales y por nada más que estos, también puede presentarse -lo que es más habitual- rodeado de una constelación de elementos no esenciales que, sin perjudicar su perfil cualitativo, tienen como consecuencia el disminuir o intensificar la cantidad; el delito sin circunstancias es el delito básico o simple, y el delito acompañado de circunstancias es el delito circunstanciado. En este sentido, y como señaló Santoro, A.: "Circostanze del reato", en *Novissimo Digesto italiano*, (curatti dalla redazione giuridica della UTET sotto la direzione di Dante Scarella); diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, III, Ed. UTE, Torino, 1959, p. 264, las circunstancias tienen la función de diluir en lo posible el inicial contraste entre el tipo legal de delito, genérico, indiferenciado e incoloro, y el hecho concreto, que generalmente presenta una más tenue o intensa coloración al presentar particulares modalidades o específicas determinaciones no contempladas de ordinario por el tipo penal.

¹¹ En la obra de Tiberio Deciano, en el siglo XVI, orientada más hacia la investigación y enseñanza que hacia la práctica, ya se vislumbra una nítida separación entre lo que se dio en llamar "*substantialia, naturalia et accidentalia delicti*", distinción que, como se ve, tiene la máxima importancia y que fue parangonada por el jurista alemán Petrus Theodoricus. De particular relevancia hay que destacar, en este sentido, la obra "*Tractatus criminalis utriusque censurae*", que el hijo de Tiberio Deciani (o Deciano) publicó póstumamente, en Venecia, en el año 1590. Vid. Cordero, F.: *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Ed. Laterza, Roma-Bari 1985, p. 300 ss.; Marongiu, A.: "Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no puede considerarse de forma independiente o autónoma del hecho criminal al que acompañan, antes al contrario, su valoración es dependiente y ha de ir unida a la valoración del propio hecho criminal, de tal suerte que la respuesta penal deriva de la concurrencia y valoración conjunta de hecho y circunstancias concurrentes en el mismo.

5.- Estructura accidental del delito y circunstancias modificativas: análisis sistemático y preventivo.

Aún admitiendo lo controvertido del planteamiento, injusto y culpabilidad son dos magnitudes graduables, no en cuanto a que un hecho pueda ser más o menos antijurídico o más o menos culpable –ya que o es ilícito o no y es culpable o no lo es– sino en cuanto a que puede presentar mayor o menor desvalor –subjetivo u objetivo– de acción o resultado, o puede ser más o menos reprochable al autor¹², y que precisamente esta realidad es sobre la que se apoya el fundamento de la mayoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Precisamente en este sentido, en la determinación de la mayor o menor gravedad de injusto o culpabilidad, la estructura accidental del delito desempeña un papel crucial,

diritto, consulente, criminalista” (estrato da *Rivista di storia del diritto italiano*), Bologna, 1935, p. 73 ss. Deciano diferenciaba cuatro *causae delicti*: la causa *formalis*, que consistía en la prohibición legal del hecho cometido; la causa *materialis*, mejor identificada como “*voluntatem et facta hominum*”, la causa *efficiens*, representada por el hombre; y la causa *finalis*, que evaluó con relación a los fines y a los motivos de la acción delictuosa. Sobre la base de la valoración global de estas cuatro causas Deciano elaboró una verdadera definición general del concepto de delito: “*Delictum est factum hominis, vel dictum aut scriptum, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iusta causa excusari potest*”. Vid. Melchionda, A.: *Le circostanze del reato Origine, Sviluppo e Prospettive di una controversa categoria penalistica*, Ed. CEDAM, Padova, 2000, p. 87–88 y notas (94) y (95). Para Deciano los *substantialia delicti* eran elementos sin cuya presencia el delito no podía existir, y fueron identificados por el mismo con los tres aspectos de la previa definición general de delito, y por lo tanto con la “*lex*”, la “*voluntas et animus delinquendi*” y el “*factum ipsum*”. El cuarto elemento que Deciano identificó fue la “*iniuria sive damnum patines*”, claro antecedente remoto del actual y moderno principio de ofensividad. Asimismo, mediante la categoría de los “*naturalia delictorum*” Deciano trató de identificar unos principios generales para la punibilidad del hecho: en síntesis llegó a la afirmación de que el delito nunca debería resultar útil para el delincuente, que la pena debería estar siempre en estrecha conexión con el delito, y que debería afectar sólo el reo y no a terceros ajenos al delito. Introdujo así en su tesis el principio interpretativo de *in dubio pro reo*. Pues bien, estas primeras categorías de elementos fueron contrapuestas a los *accidentalia delicti*, es decir a las circunstancias particulares de cada hecho concreto, como por ejemplo el lugar y el tiempo del hecho o la persona del agente y las causas materiales del delito, entre otras. Vid. Melchionda, A.: *Le circostanze del reato, Origine, Sviluppo e Prospettive di una controversa categoria penalistica*, Ed. CEDAM, Padova, 2000, p. 88, nota (95). Para Nuvolone, P.: *Il Sistema del diritto penale*, 2ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1982, p. 428, el tipo de ilícito está determinado en función del sujeto activo, de la acción y del evento. Si estos tres elementos quedan inmutados de no concurrir el dato, hecho o relación analizado, tal dato, hecho o relación puede ser catalogado como circunstancia: así ocurre, por ejemplo, en el caso en el que la modificación de la pena sea consecuencia del empleo de un particular medio ejecutivo, o al concurso de particulares condiciones de tiempo y lugar, o sea consecuencia de particulares cualidades de la víctima o, en determinados casos, del autor.

¹² Vid. Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, p. 349 y ss. y Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III, Teoría jurídica del delito/2*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 147 y ss.; Marqués Da Silva, G.: *Direito Penal Português, Parte Geral, II, Teoria do crime*, Ed. Verbo, Lisboa-Sao Paulo, 1998, p. 12 y 13; Salinero Alonso, C.: “Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas” en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam, Vol. I*, Ed. Universidad de Salamanca-Universidad de Castilla-La Mancha, (Dtores. L. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE), 1ª ed., 2001, p. 1306.

al tratarse de un ámbito en el que determinadas circunstancias –entre las que se encuentran las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal- juegan un relevante papel determinante de la pena en función de la previa ponderación de la gravedad de injusto y culpabilidad y de la misma necesidad de la pena¹³. La concurrencia de la circunstancia y la relevancia de la misma en relación con la responsabilidad criminal adquiere idéntico sentido si el análisis de la situación se efectúa, en la mayoría de los casos, no desde la perspectiva que referimos sino incluso desde un enfoque puramente preventivo del Derecho penal, y ello por cuanto el enfoque preventivo del Derecho penal no resulta en absoluto irreconciliable o incompatible con la concepción de que injusto y culpabilidad son magnitudes graduables. La orientación preventiva del Derecho penal en su conjunto, y más en concreto en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no entra en absoluto en colisión con el hecho de que el fundamento de la mayoría de las circunstancias debe residenciarse en su afectación a injusto o culpabilidad. Ninguna duda cabe de que ya se enfoque desde una perspectiva preventiva, desde el principio de necesidad de pena, desde el prisma del principio constitucional de proporcionalidad o desde una concepción puramente sistemática, la concurrencia de la alevosía justifica una agravación de la responsabilidad criminal. Otra cuestión es el enfoque desde el que se parta en el análisis del conjunto, y aquí, como se dice, se adopta como punto de partida una concepción sistemática defendiendo que tanto injusto como culpabilidad son magnitudes graduables, planteamiento en el que encuentran acomodo la mayoría de las circunstancias.

Existen circunstancias que suponen una menor gravedad de lo injusto (como las causas de justificación incompletas y las atenuantes por analogía a las causas de justificación incompletas), lo que determina congruentemente su concepción como circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, atenuación que también se justifica desde la perspectiva de la prevención general y especial, desde el principio de necesidad de pena y desde el principio de proporcionalidad; existen al mismo tiempo circunstancias que suponen una mayor gravedad de lo injusto (como la alevosía, el abuso de superioridad, el aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente, disfraz, prevalimiento del carácter público, abuso de confianza o parentesco) lo que determina congruentemente su concepción como circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, agravación que también se justifica desde la perspectiva de la prevención general y especial; y al mismo tiempo existen circunstancias que atenúan la culpabilidad (como la eximentes incompletas de estado de necesidad en determinados supuestos, la eximente incompleta de miedo insuperable, arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad, parentesco y atenuantes por analogía a las referidas) lo que determina congruentemente su concepción como circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal, atenuación que también se justifica desde la perspectiva de la prevención general y especial, y circunstancias que aumentan la reprochabilidad (como precio, recompensa o promesa, motivos racistas u otros motivos discriminatorios, ensañamiento o reincidencia), lo que

¹³ Las circunstancias desempeñan así una función concreta. Los datos, hechos o relaciones en que las circunstancias modificativas de la responsabilidad consisten, no sirven para distinguir un delito de otro, o un delito de un no-delito –en cuyo caso serían elementos esenciales del delito-- , sino que intervienen agravando o atenuando el delito. Vid. Antolisei, F.: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6ª ed. aggiornata, a cura di Luigi Conti, Ed. Giuffrè, Milano, 1969, p. 340; Graciano, G.: *Lineamenti di diritto penale: Parte generale e parte speciale*, 3ª ed., Ed. Laurus Robuffo, Roma, 1997, p. 74.

determina congruentemente su concepción como circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, agravación que también se justifica desde la perspectiva de la prevención general y especial.

6.- Estructura de las infracciones penales, circunstancias fundamentadoras y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

En las infracciones penales debe diferenciarse pues entre una estructura esencial y una estructura accidental. En la estructura esencial del delito hacen acto de presencia los elementos y también las circunstancias esenciales –referidas al hecho, al autor o a la víctima- fundamentadoras del delito y cuya presencia resulta imprescindible para la realización del delito concreto, mientras que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal forman parte de la estructura accidental del delito, siendo ajenas, por tanto, al tipo incriminador, y configurando la concreta gravedad de lo injusto culpable a tenor de los caracteres propios del hecho concreto. Debemos señalar también que, generalmente, tanto los elementos objetivos como los subjetivos del tipo suelen ser elementos esenciales, perteneciendo pues a la estructura esencial del delito, pero debe reconocerse que en ocasiones existen elementos del tipo –tanto subjetivos como objetivos- que no son esenciales sino puramente accidentales de tal suerte que su ausencia no determina la atipicidad de la conducta sino la concurrencia de otro tipo relacionado, generalmente el básico del que derivan los tipos en los que aparecen tales elementos accidentales¹⁴.

Por supuesto debe advertirse que en el caso concreto, un elemento que opere como esencial no puede operar al mismo tiempo como elemento accidental, ya que en otro supuesto se incurriría en una doble valoración del mismo elemento que, ontológicamente, puede tener el mismo valor ya opere como elemento esencial o como elemento accidental¹⁵.

¹⁴ Vid. Delpino, L.: *Diritto Penale. Parte Generale*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, p. 437; Melchionda, A.: *Le circostanze del reato...*, op. cit., p. 184 y ss., sostiene que una nítida separación entre elementos constitutivos del delito y circunstancias agravantes del mismo comienza a vislumbrarse, desde una perspectiva procesal y no material, en el seno de la legislación y doctrina francesas, a raíz de *Code d'instruction criminelle* de 1808; en el famoso *Traité théorique et pratique du droit criminel français ou Cours de législation criminelle* de Rauter, Ed. Charles Hingray, París, 1836, p. 234, el autor mantenía que las circunstancias agravantes, propiamente dichas son circunstancias accesorias de un hecho principal, de suerte que era preciso diferenciar entre elementos esenciales del delito y circunstancias agravantes del mismo como realidades distintas. En el *Code d'instruction criminelle* de 1808 la concurrencia de causas de agravación determinaba y exigía la intervención sobre las mismas del jurado popular como cuestión separada y autónoma respecto al hecho principal. Mientras que el Tribunal penal deliberaba sobre el hecho principal, las circunstancias agravantes, como realidad diferenciada, competía al jurado popular.

¹⁵ En realidad, como señala Antolisei, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, p. 238, un mismo dato, hecho o relación puede operar indistintamente, y según los casos, como elemento constitutivo o como circunstancia de un determinado delito. Para establecer, por lo tanto, si nos encontramos ante un elemento esencial o ante un elemento accidental no es suficiente atender a su naturaleza intrínseca, sino a la función que a él se le atribuye. Cuando el dato, hecho o relación sirve para diferenciar un delito de un hecho lícito o de otro delito diferente, tal dato, hecho o relación ha de ser considerado un elemento constitutivo y por tanto perteneciente a la estructura esencial del delito; cuando por el contrario tal dato, hecho o relación se limita a agravar o atenuar un determinado delito, determinando una mera variación de la pena, nos encontramos ante una genuina circunstancia.

Los elementos y las circunstancias esenciales del delito conforman y fundamentan figuras delictivas concretas de tal suerte que la concurrencia de la acción típica, antijurídica y culpable determina la fijación y ulterior aplicación de una pena variable en la que se precisará la pena concreta en función de la cantidad o gravedad de la entidad de la infracción criminal acontecida y de la culpabilidad del agente –cantidad o gravedad en la que incidirán especialmente, y entre otros factores, las circunstancias modificativas concurrentes¹⁶-, y del mismo modo, la acción típica y antijurídica –con culpabilidad disminuida o sin culpabilidad- determinará la fijación de la medida de seguridad variable en función de la mayor o menor peligrosidad criminal del sujeto, y en atención también, entre otros factores, a las circunstancias modificativas que concurren¹⁷.

El establecimiento en las leyes penales de un abanico punitivo entre un mínimo y un máximo, responde precisamente a la admisión implícita de que los comportamientos incardinables en un mismo tipo penal pueden revestir diversa consideración en cuanto a su gravedad, reprochabilidad o necesidad de pena.

Como acabamos de indicar, puede afirmarse, al menos en principio, que la estructura esencial del delito, contiene los elementos esenciales del mismo que dan lugar a su existencia, en tanto que la estructura accidental del delito fundamenta la mayor o menor gravedad del delito y la graduación de la pena consiguiente a aquella¹⁸.

¹⁶ Como señala la generalidad de la doctrina italiana, las circunstancias afectan o se proyectan sobre la cantidad de delito antes que sobre su calidad. Vid. Bettiol, G.: *Diritto penale, Parte Generale*, 11ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1982, p. 519; Maggiore, G.: *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna, 1958, p. 487, para quien las circunstancias son condiciones que aumentan o disminuyen la cantidad “política” del delito; para Nuvoione, P.: *Il Sistema del diritto penale*, 2ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1982, p. 425, las circunstancias son elementos accidentales que, sin modificar la estructura del delito en sus elementos constitutivos típicos, influyen en la cantidad criminosa, agravando o atenuando la responsabilidad del culpable; en el mismo sentido Zaza, C.: *Le circostanze del reato, Vol. I, Elementi generali e circostanze comuni*, Ed. Cedam, Padova, 2002, p. 21.

¹⁷ En este punto Luzón Peña, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 62, señala que en materia de medidas de seguridad, las razones de prevención especial y las manifestaciones del Derecho penal de autor están por encima de las razones de prevención general y de un Derecho penal de hecho, propugnando entre otras medidas correctoras, la del establecimiento del principio de proporcionalidad de la medida no sólo con la peligrosidad del sujeto, sino también con la gravedad de los hechos cometidos o que pueda cometer, lo que a mi juicio no es sino abrir la puerta precisamente a la determinación de la duración de la medida en función de la peligrosidad del sujeto.

¹⁸ Señala Marqués Da Silva, G.: *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoría das Penas e das medidas de segurança*, Ed. Verbo, Lisboa-Sao Paulo, 2001, p. 134, que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son elementos objetivos y subjetivos, anteriores, coetáneos o posteriores al hecho típico, meramente accesorios a éste, y que no integran el delito, limitándose a influir sobre su gravedad dejando inalterada su esencia; en el mismo sentido de afirmar su presencia anterior, coetánea o posterior al hecho, Vid. Antolisei, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, p. 239; en el mismo sentido, también en Italia Manzini, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., Ed. UTET, Torino, 1981, p. 653 señala que las circunstancias son elementos de hecho, de carácter personal, material o psíquico, ajenos a los elementos constitutivos del delito, y que representan algo que viene añadiéndose a éstos, dejándolos inalterados, pero haciendo más o menos grave de por sí, o en sus consecuencias, el hecho delictuoso típico, con la consecuencia de determinar un agravamiento o una atenuación de la imputabilidad y responsabilidad del agente. Para MANZINI las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no deben confundirse con sus elementos constitutivos, porque estos, esenciales, poseen un carácter principal y ordinario: aquellas en cambio poseen carácter accidental, secundario y extraordinario. Para Antolisei, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2000, p. 237, lo que caracteriza a las circunstancias en sentido técnico es el hecho de que su presencia pone de manifiesto una mayor o menor gravedad del delito y consiguientemente, y a partir de ello, una modificación (agravación o atenuación) de la pena.

7.- Toma de posición: Injusto y culpabilidad como magnitudes graduables.

En su operatividad, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pueden obrar dentro del marco punitivo establecido en la correspondiente figura delictiva, fuera del mismo, o bien pueden conformar, por la mayor o menor gravedad a que responden, tipos cualificados o privilegiados derivados del tipo básico al que se añaden.

Sentado lo anterior, en mi opinión, todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya sean generales o especiales -y en cuanto que elementos accidentales- no condicionan la existencia del delito mismo, sino que en función de su incidencia sobre las categorías dogmáticas esenciales de injusto y culpabilidad o bien por razones estrictamente político-criminales y de prevención, intervienen determinando y concretando la respuesta penal ajustada a aquellas premisas¹⁹. Al responder a una misma esencia todas las circunstancias, debe defenderse un mismo tratamiento dogmático en aspectos tales como error, participación y formas imperfectas de ejecución.

Hay que advertir también que las normas penales, y como presupuesto de la respuesta penal –no sólo para el caso de aplicación de medidas de seguridad, sino también como presupuesto de las penas- no sólo contemplan el hecho, sino también otras circunstancias del sujeto anteriores –como la reincidencia-, coetáneas –como la personalidad del sujeto- o posteriores –como el comportamiento postdelictivo- al hecho mismo. Es decir, podría afirmarse pues, que sujeto y hecho son presupuesto de la respuesta penal²⁰.

¹⁹ En otras palabras, mientras que los elementos esenciales del delito son *contitio sine que non* para que un hecho pueda considerarse delito, y al faltar sólo uno el delito deja ya de existir, las circunstancias agravantes o atenuantes, por el contrario, no son condiciones esenciales del delito, sino simples elementos accidentales. Vid. en este sentido Saltelli, C.- Romano di Falco, E.: *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale, I*, con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco, Ed. Delle Mantellate, Roma, 1930, p. 357.

²⁰ Vid. Luzón Peña, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996, p. 53 y 61 y ss. Como señala éste autor, la previsión de circunstancias personales del sujeto, anteriores, coetáneas o posteriores al hecho delictivo como presupuesto de la pena responde a razones de prevención especial que habrán de desarrollar su función en el marco de la adecuada proporcionalidad con la gravedad del hecho. En este sentido, la manifestación del Derecho penal de autor que tales circunstancias personales suponen operarán dentro de un Derecho penal de hecho, lo que lejos de resultar negativo resulta muy positivo al permitir individualizar correctamente la respuesta punitiva más adecuada. Vid. en este sentido el art. 66.1^a del Código penal, en su primitiva redacción, al señalar: “*En la aplicación e la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 1^a Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia*”; del mismo modo la regla 6.^a del actual art. 66.1 dispone que: “*Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”. No obstante, esas “*circunstancias personales del delincuente*” a que se refiere el citado precepto no encajan en el concepto que manejamos de “*circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal*”, tratándose más bien, como señala CERREZO MIR, de factores de medición de la pena y no de auténticas circunstancias modificativas, al no aparecer expresamente catalogadas. Las que sí son circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y se refieren al sujeto y su personalidad, y son presupuestos de la pena al margen del hecho realizado, son las circunstancias de confesión de la infracción y de reparación del daño del art. 21.4^a y 5^a del Código

Tomando en cuenta lo anterior, injusto y culpabilidad, como elementos conformantes de la infracción criminal, son magnitudes graduables, es decir, un comportamiento no es que pueda ser más o menos contrario a Derecho –pues o se ajusta a Derecho o lo contraría-, pero no cabe duda de que el desvalor de la acción y/o el desvalor del resultado, puede ser mayor o menor, es decir, tanto el desvalor de acción como el desvalor del resultado –lo que es predicable para los delitos dolosos como para los imprudentes, en sus respectivos casos- puede ser más o menos grave²¹; del mismo modo, la culpabilidad, como reprochabilidad de la acción típica y antijurídica al sujeto, puede revestir, asimismo, mayor o menor gravedad²². Pues bien, si se admite esto, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son datos, hechos o relaciones concretos y determinados por la ley y que son tomados en cuenta por la misma –en la mayoría de los casos- para graduar tanto lo injusto como la culpabilidad²³, aunque en ocasiones –las menos- son tomados en cuenta por razones puramente preventivas o de necesidad de pena, lo que a su vez derivará, en un segundo momento, y en función de aquella graduación realizada conforme a los criterios legales, en la imposición de una pena más o menos severa²⁴.

BIBLIOGRAFIA

- ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Tesis doctoral, Univ. de Valladolid, Facultad de Derecho, 1981.
- ANTOLISEI, F.: *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 6ª ed. aggiornata, a cura di Luigi Conti, Ed. Giuffrè, Milano, 1969.
- ANTOLISEI, F.: *Istituzioni di Diritto Penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 2000.
- BETTIOL, G.: *Diritto penale, Parte Generale*, 11ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1982.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II, Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999.
- CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III, Teoría jurídica del delito/2*, 1ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CORDERO, F.: *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Ed. Laterza, Roma-Bari 1985.

penal de 1995. LUZON PEÑA defiende, por otra parte, que el concepto legal de delito no incluye la exigencia de la culpabilidad; el delito será la acción típicamente antijurídica, admitiendo que el delito como presupuesto de las medidas de seguridad es una acción típica y antijurídica –que ya es delito al concurrir la tipicidad y antijuridicidad- a la que no va unida la culpabilidad, y el delito como presupuesto de la pena sigue siendo una acción típica y antijurídica –que ya es un delito- al que se une otro presupuesto de la pena: la culpabilidad. La culpabilidad, según este planteamiento, es culpabilidad del sujeto en relación con el hecho delictivo preexistente. Vid. Op. cit., p.242 y 243.

²¹ El desvalor de lo injusto, como hecho antijurídico, es susceptible de graduación. Es obvio que no reviste la misma gravedad, ni el mismo desvalor objetivo ni subjetivo, un hecho simplemente antijurídico que un hecho penalmente antijurídico, y dentro de éstos últimos, el desvalor de acción –objetivo y subjetivo- y el desvalor de resultado, admiten asimismo diversos grados. Como señalan Landecho Velasco, C.M.-Molina Blázquez, C.: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996, p. 403, la antijuridicidad y la culpabilidad son susceptibles de graduación: se dan en ambos hechos más o menos graves.

²² Vid. Cerezo Mir, J.: *Curso de Derecho Penal Español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito*, 6ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1998, reimpresión 1999, p. 349.

²³ Cerezo Mir, J.: *Curso....*, II, op. cit., p. 350.

²⁴ Como señalan Muñoz Conde, F.-García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 543, el Código penal establece unas reglas de determinación de la pena en las que deberá atenderse a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal concurrentes.

- DELPINO, L.: *Diritto Penale. Parte Generale*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2000.
- DIEZ RIPOLLES, J.L.: “*Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código penal español*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, T. XXX, 1977.
- ENGISCH: “*Logische Überlegungen zur Verbrechensdefinition*”, en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1974.
- GONZALEZ CUSSAC, J.L.: *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valencia, 1988.
- GRACIANO, G.: *Lineamenti di diritto penale: Parte generale e parte speciale*, 3ª ed., Ed. Laurus Robuffo, Roma, 1997.
- JAKOBS, G.: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.
- LANDECHO VELASCO, C.M.-MOLINA BLÁZQUEZ, C.: *Derecho Penal Español. Parte General*. Ed. Tecnos, 5ª ed., Madrid, 1996.
- LUZON PEÑA, D-M.: *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Ed. Universitas, Madrid, 1996.
- MAGGIORE, G.: *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Ed. Zanichelli, Bologna, 1958.
- MANZINI, V.: *Trattato di diritto penale italiano*, 5ª ed., Ed. UTET, Torino, 1981.
- MARONGIU, A.: “*Tiberio Deciani (1509-1582). Lettore di diritto, consulente, criminalista*” (estrato da Rivista di storia del diritto italiano), Bologna, 1935.
- MARQUES DA SILVA, G.: *Direito Penal Português, Parte Geral, II, Teoría do crime*, Ed. Verbo, Lisboa-Sao Paulo, 1998.
- MARQUES DA SILVA, G.: *Direito Penal Português, Parte Geral, III, Teoría das Penas e das medidas de segurança*, Ed. Verbo, Lisboa-Sao Paulo, 2001.
- MELCHIONDA, A.: *Le circostanze del reato Origine, Sviluppo e Prospettive di una controversa categoria penalistica*, Ed. CEDAM, Padova, 2000.
- MUÑOZ CONDE, F.-GARCIA ARAN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- NUVOLONE, P.: *Il Sistema del diritto penale*, 2ª ed., Ed. CEDAM, Padova, 1982.
- RIVACOBIA RIVACOBIA, M.: “*Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito*”, en Estudios de Derecho penal y Criminología, T.II, Homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa, Ed. UNED, Madrid, 1989.
- ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
- SALINERO ALONSO, C.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.
- SALINERO ALONSO, C.: “*Naturaleza jurídica, fundamento y comunicabilidad de las circunstancias modificativas*” en Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam, Vol. I, Ed. Universidad de Salamanca-Universidad de Castilla-La Mancha, (Dtores. L. ARROYO ZAPATERO, I. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE), 1ª ed., 2001.
- SALTELLI, C.- ROMANO DI FALCO, E.: *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale, I*, con prefazione del guardasigilli Alfredo Rocco, Ed. Delle Mantellate, Roma, 1930.
- SANTORO, A.: “*Circostanze del reato*”, en Novissimo Digesto italiano, (curatti dalla redazione giuridica della UTET sotto la direzione di Dante Scarella); diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, III, Ed. UTE, Torino, 1959.
- ZAZA, C.: *Le circostanze del reato, Vol. I, Elementi generali e circostanze comuni*, Ed. Cedam, Padova, 2002.