

CARLOS ALBERTO MEJÍAS RODRÍGUEZ

**LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES
EN LA TEORIA GENERAL
DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS
DE LA RESPONSABILIDAD PENAL**



FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA HABANA

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
I. CAPITULO PRIMERO. EVOLUCION HISTORICA.	6
1. - LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL SISTEMA ANTERIOR Y POSTERIOR A LA CODIFICACIÓN.	6
2. - EVOLUCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN EL DERECHO PENAL CUBANO.	9
2.1. DEL PERÍODO NEO-COLONIAL AL CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL.	10
2.2. LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES Y AGRAVANTES EN LA LEY NO 21 DE 15 DE FEBRERO DE 1979 Y EN LA LEY NO 62 DE 29 DE DICIEMBRE DE 1987.	13
II. CAPITULO SEGUNDO. CONCEPTO Y SISTEMA.	17
1.- CONCEPTO.	17
1.1. PERSPECTIVA LEGISLATIVA.	19
1.2. PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.	21
1.3. PERSPECTIVA DOCTRINAL.	23
2.- CLASES DE CIRCUNSTANCIAS.	28
2.1. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES, AGRAVANTES Y MIXTAS.	28
2.2. CIRCUNSTANCIAS GENÉRICAS Y ESPECÍFICAS.	31
2.3. LAS CIRCUNSTANCIAS DE EFICACIA ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA.	31
3.- FUNDAMENTOS PARA LA TEORÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.	40
3.1. ESTRUCTURA NORMATIVA Y NATURALEZA TÍPICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	40
3.2. CIRCUNSTANCIAS VERSUS ELEMENTOS ESENCIALES DEL DELITO Y LA AUTONOMÍA DE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECÍFICAS.	45
3.3. LAS CIRCUNSTANCIAS EN LAS TEORÍAS DEL DELITO Y DE LA PENA.	55
III. CAPITULO TERCERO. AMBITO DE APLICACIÓN.	73
1.- FUNCIÓN Y EFECTOS DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	73
1.1. LA FORMULACIÓN DE LA LEY PENAL Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS.	73
1.2. EFECTOS ESPECIALES.	79
1.3. EFECTOS GENERALES.	82
2.- LA INCOMUNICABILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	86
3. - LA INHERENCIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	91
4.- LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS.	96
5.- EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS.	101
5.1. EL ERROR SOBRE LAS AGRAVANTES.	103
5.2. EL ERROR SOBRE LAS ATENUANTES.	105
CONCLUSIONES.	105
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	110

Introducción.

Constituye un común denominador a todas las legislaciones penales modernas el empleo de circunstancias para caracterizar las múltiples situaciones de hecho que configuran las diversas infracciones penales, aunque naturalmente han existido y existen sistemas diferentes y ordenamientos que han evolucionado hasta lograr la desaparición de la parte general de las llamadas “*circunstancias*”; al menos en su prístina configuración.

Si bien desde el punto de vista histórico las circunstancias surgieron como un instrumento con que hacer frente a los excesos del arbitrio judicial, con el paso del tiempo, superada la gravedad de esta polémica, la presencia de circunstancias en las legislaciones penales se ha revelado como una exigencia derivada de los principios del derecho penal moderno, al que se vinculan la necesidad de concreción, particularización, personalización e individualización del supuesto de hecho y de la pena misma.

El nacimiento de la teoría general de las circunstancias modificativas queda vinculado inexorablemente al movimiento codificador y, especialmente, a la proclamación del principio de igualdad como indiscutible valedor de la individualización de la pena y de la formación de la parte general del Derecho Penal.

En los ordenamientos modernos y mayoritariamente por imperativo de la ley, los tribunales de justicia penal están obligados a fijar la medida de la sanción atendiendo entre otras razones, a las circunstancias atenuantes o agravantes acontecidas en el hecho y a las propias del delito y es en virtud de esa relevancia, que el tema de estudio reviste importancia y constante actualidad para todos los operadores e interesados en el Derecho Penal.

El estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal pasa obviamente por el examen del Código Penal, de ahí que sea costumbre por parte de los interesados en el tema, evaluar el sistema de las circunstancias, analizando su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal. En este sentido las circunstancias modificativas, tal y como hoy están contempladas en el Código Penal, resultan ser componentes básicos y fundamentales de la medición punitiva y la aplicación de las mismas dependerá de puras razones de justicia material.

Las circunstancias, a diferencia de la teoría de la infracción cuyo fundamento esencial son las valoraciones de justicia, descansa fundamentalmente en razones de utilidad y es esta la postura que aún alejándonos del sentir mayoritario del sector doctrinal, tratamos primeramente de resolver en esta tesis, para luego contribuir a una formulación legal más concreta sobre la función y los efectos que las circunstancias tienen para el Derecho Penal.

Es por ello que tenemos ahora el propósito principal de indagar en aquellos aspectos de la sistemática teórica, doctrinal y jurisprudencial que presupone cualquier estudio en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, vinculando la experiencia teórica y doctrinal acumulada por el Sistema Romano - Francés a la situación que en el plano legislativo y práctico acontece en nuestro país, lo que constituye el primer estudio jurídico de esta magnitud sobre un tema tan importante.

El tema de las circunstancias ha sido poco abordado en Cuba a pesar de que tiene su origen teórico y práctico, dentro de un sistema de estricta legalidad y de que constituye un instrumento eficaz para adecuar justamente las penas a los delitos.

En este sentido constituye objetivo general de este trabajo:

Demostrar la necesidad de aplicar integralmente la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el Código Penal cubano.

Y como objetivos específicos están:

- Analizar los principios y presupuestos de la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en correspondencia con los postulados legislativos refrendados en el Código Penal.

- Valorar la estructura normativa y la naturaleza jurídica que adoptan las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

- Definir el terreno de estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, conforme a los postulados de la teoría del delito o la teoría de la pena.

- Validar la importancia que para ley penal tiene – respecto a las circunstancias atenuantes y agravantes – la aplicación consecuente de la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, especialmente en lo referente a su función y efectos.

Los métodos empleados son el histórico – lógico, el dialéctico y el exegético. El método histórico – lógico, se empleó al abordar la evolución en la doctrina de la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal; el método dialéctico de análisis y síntesis se utilizó durante la revisión bibliográfica y el método exegético se aplicó en el análisis de la norma penal sustantiva.

El trabajo se ha estructurado en tres capítulos que nos permiten particularizar varios objetivos durante su desarrollo, insertando en cada uno de ellos ligeros apuntes sobre los sistemas seguidos por España e Italia, por ser éstos los países que marchan a la vanguardia en este tema.

En primer lugar y casi obligado, resulta lo relacionado con la evolución general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, para el que hemos tenido en cuenta su nacimiento en Cuba y en Europa, determinando la existencia de las circunstancias modificativas en el sistema de derecho anterior a la codificación, y a la relevancia jurídica que adquieren

con el movimiento codificador, cuestión que colocó a la Revolución Francesa, como eje delimitador entre ambas etapas por su denodada lucha en la búsqueda de una concepción garantista del Derecho Penal.

En la doctrina generalmente se parte del concepto de las circunstancias para luego dar explicaciones sobre la teoría de éstas. Con ese mismo enfoque se pretende abordar el tema desde una triple perspectiva: la del legislador, la que corresponde a la jurisprudencia y la doctrinal. Ya trazado este derrotero analizamos la clasificación y el polémico tema de la naturaleza jurídica, atendiendo a si suponen una modulación del injusto o de la culpabilidad, razones de política criminal o del derecho material, sin dejar de prestar atención a las posiciones eclécticas existentes.

El fundamento esencial de la teoría de las circunstancias modificativas, sin lugar a dudas, descansa en los principios más modernos del Derecho Penal. De este modo podrá encontrarse la presencia del principio de certeza, los principios de proporcionalidad y determinación de las penas, el de individualización y el de culpabilidad, los cuales cobran valor al entrar en relación con las circunstancias y con las teorías del delito y la pena. En relación con este aspecto hemos tratado de aproximarnos a las tendencias más actuales. A la par, se trata de hacer con sumo cuidado y recelo, dada su complejidad, un breve esbozo de la naturaleza típica de las circunstancias, el delito con circunstancias y su autonomía frente al delito base o sin circunstancias, así como los criterios examinados en los últimos años sobre la distinción entre circunstancias y elementos esenciales del delito.

El tercer capítulo está dedicado al ámbito de aplicación de las circunstancias. En él se evalúan aquellos aspectos relacionados con su formulación legal y los problemas específicos que se presentan en su aplicación; o sea: la incomunicabilidad, la inherencia, la incompatibilidad y el error sobre estas, elementos que nos permiten enfocar el tema bajo la óptica que impone la jurisprudencia.

Si bien existen aspectos vinculados con el tema de esta tesis, como las llamadas eximentes incompletas, las temáticas relacionadas con la edad y aquellas que tienen que ver con la reincidencia y la multirreincidencia, por constituir también circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no son abordadas en esta oportunidad por ser las circunstancias atenuantes y agravantes las que han llamado más la atención de la doctrina y del legislador.

Además, tanto en el terreno teórico como en la dogmática reina incertidumbre cuando se aborda el tema escogido; y es que cuando se habla de atenuantes y agravantes, todo puede ser discutible, pues los diferentes y variados problemas que ofrecen no han sido todavía resueltos, y en el mejor de los casos existe gran disparidad de criterios y distanciamiento de la doctrina, así como también existe un alto grado de incertidumbre que provoca constantes pronunciamientos jurisprudenciales. Su incidencia directa en la concurrencia, apreciación y aceptación que de la responsabilidad penal hacen los tribunales, reviste de una gran trascendencia en el momento de hacer justicia y hacia ese difícil y tortuoso camino van dirigidos estos esfuerzos.

El estudio que la teoría general de las circunstancias plantea, es la función esencial que ellas desempeñan en la determinación o aplicación de la pena, ese es su principal sentido y aquí radica su importancia.

Hemos utilizado una amplia bibliografía que nos ha permitido discurrir por los criterios doctrinales y teóricos más acabados sobre el tema, especialmente en el área Iberoamericana, en los que han constituido un incuestionable apoyo para nuestras valoraciones, los textos recientes elaborados por autores cubanos.

I. CAPITULO PRIMERO. EVOLUCION HISTORICA.

1. - Las circunstancias en el sistema anterior y posterior a la codificación.

Son muy escasas las referencias sobre la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el Derecho Penal histórico. Algunos antecedentes fueron expuestos por Jiménez de Asúa refiriéndose al Código de Hammurabi al señalar que éste distinguía: *“los delitos voluntarios, de los causados por negligencia y los hechos debidos a caso fortuito. Reconoce la atenuante de arrebató y obcecación, incluso en caso de riña”*¹

El Derecho Romano conoció de las circunstancias pero vinculadas a los delitos en particular, admitiendo excepcionalmente y de manera muy concreta sólo las atenuantes, aunque en sentido general las desconocía, hasta que más tarde, durante el Imperio, afianzó la costumbre de atenuar o agravar las penas teniendo como fundamento las causas que afectaban al hecho y a las personas, no sólo aquellas que cometían delitos, sino incluso a las víctimas. Las principales circunstancias reconocidas giraban en torno al medio empleado en la ejecución, al tiempo y lugar del mismo, y a la persona del ofendido. Tampoco se ignoraba el concepto de atenuante genérica, sobre todo el comportamiento anterior y posterior al delito e igualmente dentro de las agravantes cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica.

Fueron los canonistas en la Edad Media quienes al tratar de precisar la relación moral del sujeto con el hecho, significaron algunas circunstancias atenuantes como: la confesión del reo, el arrepentimiento, la restitución de la cosa robada, etc.

¹ Sobre la existencia de circunstancias modificativas en el Derecho anterior a la codificación, vid por todos, Jiménez de Asúa. L. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Cuarta Edición. Buenos Aires .1964. Pág.275 y sgtes.

Unánimemente se admite el nacimiento de la doctrina general de las eximentes y de las circunstancias bajo el auspicio del Derecho Penal Canónico a través, fundamentalmente de la importancia concedida al elemento subjetivo de la infracción, una primera formulación de las teorías individualizadoras de la pena y, por tanto, de las circunstancias modificativas.²

En España en el siglo XIII, una vez que se adopta el sistema de Derecho Romano, un delito grave como la alevosía, que era contemplado en los Fueros, Las Partidas y Recopilaciones³, quedó reducido a circunstancia agravante y es con las Siete Partidas, que tras dar una definición del delito y de la pena, se enumeran un grupo de circunstancias, entre ellas las que ahora denominamos causas de justificación.⁴

No ha sido fácil para los investigadores situar en el tiempo el momento en que se produce el cambio del antiguo régimen penal al moderno que dio estructura al movimiento codificador y a la ciencia del Derecho Penal, no obstante, con respecto a las circunstancias modificativas, es a partir de la Revolución Francesa que comienza a perfilarse su concepto, las características, su naturaleza y fundamento, por lo que junto a la doctrina de las eximentes incompletas, nace la *teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*⁵ y las razones de que en las leyes penales anteriores a 1789 no se encontraran instituciones relacionadas con un sistema armónico y coherente de circunstancias, se justifican en la existencia de un amplísimo arbitrio judicial en el que los jueces, como dicen Cobo y Vives Antón, en un "*régimen de auténtica arbitrariedad*"⁶, no estaban

² Cfr. Cobo del Rosal. M - Vives Antón T.S. Derecho Penal Parte General. Quinta Edición, Valencia 1999. Pág. 554.

³ Cfr. Martín González Fernando. La Alevosía en el Derecho Español. Editorial Comares. Granada. España.1988. Pág. 45.

⁴ Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág.275, 289 y 290.

⁵ González Cussac J.L. Presente y Futuro de las Circunstancias Modificativas. Cuaderno del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso S.A. de Fotocomposición. Madrid. Marzo1995.

⁶ Ibidem.

ligados a la ley y podían a su discreción atenuar o agravar las penas, así como admitir las que libremente desearan.

Como plantea González Cussac al referirse al sistema de las penas fijas instaurado por el Código Penal Francés, “... *en principio, no se aceptó la posibilidad de modificar la responsabilidad criminal en base a la condición del sujeto activo o pasivo, ni a cualquier otra causa personal, pero tampoco se admitió una variación de la pena en consideración a causas materiales inherentes al hecho. La razón de esta estricta concepción no debe buscarse sólo en la desconfianza existente hacia el poder judicial, sino fundamentalmente en un primitivo entendimiento del principio de igualdad ante la ley: si todos los ciudadanos son iguales ante la ley, deben responder por el mismo hecho con idéntica pena*”⁷.

Unos años más tarde con la promulgación del Código Penal Francés de 1810, se adopta el criterio de que los jueces discrecionalmente podían apreciar e imponer las penas entre un máximo y un mínimo según lo establecido por la ley para cada delito, facultades éstas que fueron acompañadas como advirtió Jiménez de Asúa, de un sistema de circunstancias que “*no tuvieron más que una eficacia restrictiva*”,⁸ la que luego se incrementó con el Código de 1832 en el que se observaron mayores cuadros de causas de agravación y atenuación de la penalidad, derivado todo ello de la adaptación e individualización de los preceptos y consiguientemente de la pena al caso concreto, como mejor expresión para esa época, de justicia y equidad.⁹

⁷ González Cussac J. L. Cuadernos Consejo General del Poder Judicial... Ob. Cit.

⁸ Ibidem. Ob. Cit.

⁹ Cobo del Rosal./ M. Vives Antón. T.S. Derecho Penal. Ob. Cit sobre este aspecto refirieron: “De esa suerte nacen las circunstancias, en virtud de una concepción real y más justa de la pena, ofreciéndose así la posibilidad de adoptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto, como a la personalidad del delincuente. Dicha posición fue postulada en base a un espíritu realista y de justicia, de clara orientación político-criminal, dirigido a captar la singular persona del delincuente. Sic. Pág 554.

Mientras esto ocurría en Europa, del otro lado del mundo, en la América Hispana, la realidad de lo acontecido antes de la llegada de los españoles sobre la existencia de un régimen penal para los que poblaban estas tierras no se conoce aún con exactitud. Algunas proyecciones sobre los delitos, las penas y las circunstancias en particular han sido señaladas por López Betancourt.¹⁰

Señala este autor que *“los aztecas, conocieron las causas excluyentes de responsabilidad y los conceptos modernos de participación, del encubrimiento, la concurrencia de delitos, la reincidencia, el indulto y la amnistía y con los mayas en algunos delitos como el robo, operaba una especie de excusa absolutoria: cuando se cometía por primera vez se le perdonaba; pero al reincidente se le imponía la sanción de marcarle la cara”*¹¹

No debe haber dudas de que al igual que en otras latitudes, la evolución jurídica de estos pueblos estuvo matizada también por un régimen anárquico y represivo en la aplicación de las leyes, a pesar de que como se dijo, las referencias más exactas están ligadas al proceso de colonización, en el que se produce un transplante de las instituciones jurídicas peninsulares a estos territorios.

2. - Evolución de las circunstancias en el Derecho Penal Cubano.

La evolución de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y en especial lo relativo a las circunstancias atenuantes y agravantes ha decursado por diferentes etapas. En este acápite pretendemos hacer una breve referencia a los diferentes momentos en que pudiéramos ubicar su evolución contando con los antecedentes históricos cuyo punto de partida, es el período neocolonial y atravesando por los Proyectos y Ante-proyectos de Códigos Penales llega hasta nuestros días.

¹⁰ López Betancourt. E. Introducción al Derecho Penal. Tercera edición. México 1995. Pág 21 sgtes.

¹¹ Ibidem.

2.1. Del período neo-colonial al Código de Defensa Social.

En el largo período que va desde el inicio de la colonización hasta 1879 no existía en Cuba Derecho Penal en forma codificada. La situación jurídica de la Isla hasta esa fecha era precaria, la justicia penal se aplicaba arbitrariamente y se había entronizado la anarquía en el seno mismo de la administración de justicia¹², a pesar del esquematismo de las antiguas “Leyes de Indias”¹³ que ordenaban conservar la uniformidad en la legislación y la jurisprudencia hasta donde lo permitieran las condiciones especiales de las colonias.

Al igual que en la metrópoli, en Cuba se aplicaron las disposiciones del Fuero Juzgo, el Fuero Real, las Siete Partidas y la Novísima Recopilación, aunque en realidad en todo ese lapso, las Leyes de Castilla¹⁴ y las de Indias solo rigieron en apariencia, ya que los tribunales no se atenían a las mismas y la justicia penal se administraba según las costumbres, permaneciendo el desinterés en uniformar las leyes por algunos años a pesar de que los tribunales aplicaban incluso con carácter supletorio los Código Penales Españoles de 1822 y 1848¹⁵.

Es en el año 1879 que comienzan a elaborarse numerosas reformas al Código Penal Español de 1870 para su implantación y aplicación en la Isla¹⁶ y entre las transformaciones que se solicitaban por la comisión

¹² Cfr Ramos Smith Guadalupe. Derecho Penal. Parte General I. Universidad de la Habana. Imprenta “Andre Voisin”. La Habana 1985. Pág 12.

¹³ “Leyes de Indias”, ordenanzas de la metrópoli Española implantadas en Cuba y al resto de las colonias, la recopilación de las leyes comenzó en 1570 y concluyó en 1680 cuando por Real Cédula del Rey Carlos II se promulgó la primera Recopilación de las Leyes De Indias que contó con nueve libros, incluyendo alrededor de 6 377 leyes que fueron agrupadas en 278 títulos. Cfr. Pichardo Hortensia. Documentos para la Historia de Cuba. Tomo I. Editorial Ciencias Sociales. Pág.36 y sgtes; y también Carreras Julio. Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Poligráfico “Alfredo López”. Ciudad de la Habana 1988.

¹⁴ Referidas a las distintas disposiciones legales dictadas por la colonia española. N.A.

¹⁵ Ramos Smith Guadalupe. Ob. Cit Pág. 12.

¹⁶ “La audiencia pretorial de la Habana en 1856 había indicado los inconvenientes de una regla fija en la aplicación de las penas por haber caído en desuso gran parte de la legislación criminal y que era llegado el caso de examinarse si convenía o no la aplicación del Código Penal Español a la Isla de Cuba (en ese momento regía en España el Código de 1848) lo cual fue desestimado por la corona. Se necesitó el transcurso de 20 años desde la advertencia elevada a la corona por la audiencia pretorial de la Habana en 1856 (10 años de ellos consagrados a la guerra de

encargada de las reformas se encontraban: la eximente de legítima defensa para el esclavo o liberto cuando actuara en defensa de su amo o patrono, y a determinados parientes, la circunstancia de atenuación de ejecutar el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada a los amos y patronos y por el contrario consideraba circunstancia agravante la de ser el agraviado, amo o patrono del esclavo o del liberto culpable¹⁷.

Así con algunas reformas se aplicó en Cuba el Código Penal Español de 1870 hasta los primeros años de la pseudo-república¹⁸ en los que se hicieron varios intentos de redacción de proyectos de Códigos Penales por iniciativa de legisladores cubanos, lo que contribuyó al proceso de formación del Derecho Penal Cubano y en consecuencia, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

Por la importancia que tienen en la evolución histórica de las circunstancias, haremos referencia a los proyectos que más se destacaron¹⁹ :

- Proyecto Lanuza (1908-1910). Es precisamente durante la segunda intervención militar norteamericana (1906-1909) que se redacta el primer proyecto de Código Penal de nuestro país. De acuerdo con sus ideas básicas el proyecto consideraba como atenuante la semilocura; la reincidencia se reglamentaba aceptándose la genérica y la específica, exigiendo que el sujeto fuera sancionado por sentencia firme, y también trató el estado de necesidad.

El proyecto Lanuza no se apartó del sistema técnico jurídico del Código de 1870 porque partía de los mismos principios clásicos, limitándose a introducir correcciones y modificaciones que en general aspiraban a perfeccionar el viejo código más que a sustituirlo realmente.

independencia) para que se nombrase por decreto de 9 de febrero de 1874 la comisión encargada de las reformas necesarias, en aquella época, al Código penal Español de 1870 para su implantación en Cuba y Puerto Rico. Sic. Ob. Cit. Ramos Smith Guadalupe. Pág. 12.

¹⁷ Ramos Smith . Derecho Penal. Ob. Cit. Pág. 13 y 14.

¹⁸ Culminada la guerra de independencia de Cuba contra España, comienza una etapa de intervención militar norteamericana en las que rigieron las disposiciones del Gobierno Interventor. Cfr. Vega Vega Juan. Los Delitos. La Habana 1968. Pág 34.

¹⁹ Ramos Smith . Ob. Cit. Pág. 15 y sgtes.

- Proyectos del Código de Moisés A. Viejitis (1922-1928). Este código tuvo un segundo proyecto que llevaba el nombre de “Código Protector de la Sociedad”, criticado por Jiménez de Asúa al decir que “*comentarlo entraña un pecado*”²⁰ ya que en su construcción técnica no poseía una verdadera parte general, sin embargo otorgaba un amplísimo arbitrio judicial, ya sea para condenar, ya para absolver.

- Y sin cambios sustanciales en lo concerniente a las circunstancias le precedieron: el Proyecto Ortiz o “Código Criminal” (1926) presentado por el Doctor Fernando Ortiz ²¹ considerado el primer proyecto positivista ; el anteproyecto de Francisco Fernández Plá, que tomó como modelo los Códigos Penales Italianos de la época y a continuación el de Diego Vicente Tejera (1932-1936).

Es el 8 de Octubre de 1938²², que comienza a regir en Cuba el Código de Defensa Social, que acogió una sistemática dual (imputabilidad y peligrosidad) que permitió asegurar que no era un código clásico ni positivista, sino que siguiendo las más modernas transformaciones, se afilió a la escuela de la Política Criminal de Von Lizzt, basándose en los principios de individualización de la sanción y el de amplio “*arbitrio judicial*”; el primero a partir de las condiciones personales y la específica inclinación criminal que revelare el condenado y el segundo, robustecido con el derecho otorgado por el artículo 47, de estimar, además de las circunstancias genéricas, agravantes y atenuantes, otras no previstas en la ley con tal de que tuvieran

²⁰ Ramos Smith . Ob. Cit. Pág. 19.

²¹ Fernando Ortíz, destacado etnólogo, criminalista, criminólogo, jurista y escritor cubano. N.A.

²² Encontrándose José A. Barnet y Vinageras como Presidente Provisional de la República de Cuba, en sesión celebrada por el Consejo de Estado, el día 10 de Febrero de 1936, se acordó aprobar el proyecto de Código de Defensa Social y por Decreto – Ley No 802 de 11 de Abril del mismo año fue aprobado en su totalidad, sin embargo por Ley de 7 de Octubre de 1936 se suspendió por dos años la vigencia del Decreto – Ley 802, que por su artículo III dispuso que el Código de Defensa Social y la Ley de Ejecuciones de Sanciones y Medidas de Seguridad Privativas de Libertad comenzaran a regir a los ciento ochenta días de su publicación, en la Gaceta Oficial de la República. Cfr. Código de Defensa Social (Actualizado). Imprenta de la Dirección Política de las Fuerzas Armadas Revolucionarias. La Habana 1969. Pág. 236.

analogía con las previstas en el catálogo de circunstancias o se derivasen de la condición personal, adecuación o medio ambiente del encausado²³.

Este Código de Defensa Social criticado por tener demasiadas formulaciones casuísticas, clasificó las circunstancias en: atenuantes (personales, de menor peligrosidad y las provenientes del hecho) y agravantes (personales, de mayor peligrosidad y provenientes del hecho), para de esta forma articular en *númerus apertum* un total de 63 circunstancias entre atenuantes y agravantes, con las reglas que servían para adecuar la sanción en el caso de que concurrieran.²⁴

El Código de Defensa Social además de incluir las eximentes, recogió las circunstancias atenuantes y agravantes en cuanto a las personas jurídicas, circunstancias no suficientemente caracterizadas y circunstancias imprevistas, las cuales al decir de Duval, “*daban un amplio y peregrino arbitrio a los jueces*”²⁵. Este Código rigió en Cuba por espacio de 40 años, hasta que fue sustituido por el Código Penal Socialista el 1 de Noviembre de 1979.

2.2. Las circunstancias atenuantes y agravantes en la Ley No 21 de 15 de Febrero de 1979 y en la Ley No 62 de 29 de Diciembre de 1987.²⁶

Atemperado a la situación política y social de Cuba ese momento, nace el Código Penal de 1979 (Ley No 21 de 15 de febrero de 1979) que desplaza al Código de Defensa Social, tras cuatro decenios de vigencia para de esta forma comenzar un proceso de transformaciones jurídicas penales que hasta el presente no han culminado y que esencialmente están referidas a la sustitución, modificación y supresión de instituciones jurídicas, que deben ir ajustándose a la política penal que va trazando el Estado en su

²³ Ramos Smith . Ob Cit Pág. 25.

²⁴ Cfr. Morales Prieto Aldo. Lo circunstancial en la responsabilidad penal. Primera edición. La Habana 1983. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1983. Pág 26.

²⁵ Cfr. Duval Fleites Ricardo R. “Lo circunstancial en el Código de Defensa Social”. Primera Edición. La Habana 1947. Pág 34.

²⁶ El Código Penal Cubano promulgado por la Ley 21 de 15 de Febrero de 1979 entró en vigor el 1 de Noviembre de 1979 y fue modificado por la Ley No 62 de 29 de Diciembre de 1987 puesta en vigor el 30 de Abril de 1988. N.A.

reordenamiento jurídico, a partir de las condiciones reinantes en el país, manteniendo y preservando, aquellas otras que guardan la esencia y los principios fundamentales de un Derecho Penal moderno.

Así sucedió con las circunstancias atenuantes y agravantes modificativas de la responsabilidad penal, las que fueron agrupadas en los artículos 52 y 53, suprimiendo la distinción que existía entre las circunstancias personales, las provenientes del hecho o las de mayor o menor peligrosidad.

Entre las transformaciones más significativas resultaron la supresión de nueve atenuantes de las existentes en el Código de Defensa Social, como las relacionadas con el hurto famélico e insertando todos los supuestos del ímpetu que el antiguo código casuísticamente desglosaba en varios conceptos (artículo 38 incisos D,E, F y G del Código de Defensa Social), para de esta forma atenuar la actuación del agente en estado de grave alteración síquica provocada por actos ilícitos del ofendido, en un sólo precepto enumerado a través del artículo 52 inciso f de la citada Ley No 21.

Asimismo con respecto a las agravantes, sólo dos de ellas fueron totalmente nuevas: las contenidas en los apartados c y n del artículo 53, en virtud de que el agente ocasionare con el delito graves consecuencias o cometer el delito después de advertencia oficial.²⁷

Por otra parte incorporó las eximentes incompletas por exceso, de legítima defensa y de estado de necesidad, como causas de justificación y de exculpación respectivamente.²⁸

²⁷ En esencia las modificaciones que sufrió el Código de Defensa Social respecto a las atenuantes y las agravantes fueron las siguientes:

Capítulo III. De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal.

- Artículo 37, incisos A.1 y 2, B,D.1, E,I,J y N.
- Artículo 38, incisos A,B, E y G.

Capítulo IV. De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal.

- Artículo 39, inciso D.
- Artículo 40, incisos A,B,C,D y E.
- Artículo 41, incisos B,C,D,E,F,G,H,I,K,L,M,N,Q,R,T,V,W,X e Y.

²⁸ Para conocer las transformaciones acontecidas del Código de Defensa Social al Código Penal de 1979 Cfr. Prieto Morales Aldo. Ob. Cit. Pág. 290.

Este Código Penal se destacó por las distinciones que le hizo a la atenuante de minoridad de aquellas personas de más de 16 años de edad y menos de 18 y a las agravantes por reincidencia y multirreincidencia, otorgándoles a ambas una posición privilegiada; al igual que los efectos especiales que patentizó en lo relativo a la atenuación de la responsabilidad penal a las personas cuyas edades al momento de delinquir oscilaran entre los 18 y 20 años, así como a la adecuación de las sanciones en sentido general²⁹.

Sin embargo, lo más relevante de la Ley No 21 fue la supresión que ha llegado hasta nuestros días de las reglas de adecuación para las agravantes y las atenuantes, las que sólo servirán, una vez que concurren, para que los jueces adecuen la sanción, sin reducción ni aumentos de los límites mínimos y máximos dentro de los marcos penales establecidos.

Tras la puesta en vigor de la Ley 62 de 29 de Diciembre de 1987, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal bajo el rubro del Capítulo V dedicado a "*La Adecuación de la Sanción*" han sufrido variaciones durante los doce años de vigencia, a través de las modificaciones realizadas mediante el Decreto Ley 150 de 6 de Junio de 1994 y la Ley 87 de 15 de Marzo de 1999.

En su contenido original el Código Penal de 1987 mantuvo el formato del Código Penal de 1979, sin cambios sustanciales que en este trabajo den méritos para exponerlos y solo resultaría conveniente referir, que por razones de política criminal, se acogieron las tendencias más modernas en relación con las alternativas a la prisión, lo que incidió notablemente en la política de sanciones y en la apreciación de circunstancias para adecuar éstas a las características del hecho y las personas.

Luego, en virtud de los cambios económicos y sociales acontecidos en nuestro país, las modificaciones y adiciones realizadas se atemperaron a

²⁹ Ibidem.

este período³⁰, caracterizado por una mayor severidad en la aplicación de las penas, lo que se reflejó en el incremento en la cuantía de las sanciones, una ampliación del catálogo de agravantes genéricas y específicas, incorporación de nuevas figuras penales y en el terreno que analizamos como parte de esa política de severidad, se le añadió a los postulados de la atenuación extraordinaria, los relativos a la agravación extraordinaria de la sanción (artículo 54.2 de Código Penal de 1988 modificado mediante el Decreto Ley 150 de 6 de Junio de 1994)³¹.

³⁰ Ver exposición de motivos de las modificaciones del Código Penal (Decreto Ley No150/94 y Ley No 87/99) Gaceta Oficial. Edición Extraordinaria de 15 de Marzo de 1999. Ministerio de Justicia. La Habana. 1999

³¹ A los efectos de una mejor comprensión de este aspecto, reproducimos el contenido de las regulaciones establecidas en la actualidad por el Código Penal, sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y el sistema de adecuaciones.

Artículo 52. Son circunstancias atenuantes las siguientes:

- a) haber obrado el agente bajo la influencia de una amenaza o coacción;
- b) haber obrado el agente bajo la influencia directa de una persona con la que tiene estrecha relación de dependencia,
- c) haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable;
- ch) haber procedido el agente por impulso espontáneo a evitar, reparar o disminuir los efectos del delito, o dar satisfacción a la víctima, o a confesar a las autoridades de su participación en el hecho, o ayudar a su esclarecimiento;
- d) haber obrado la mujer bajo trastornos producidos por el embarazo, la menopausia, el período menstrual o el puerperio;
- e) haber mantenido el agente, con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la patria, el trabajo, la familia y la sociedad;
- f) haber obrado el agente en estado de grave alteración síquica provocada por actos ilícitos del ofendido;
- g) haber obrado el agente obedeciendo a un móvil noble;
- h) haber incurrido el agente en alguna omisión a causa de la fatiga proveniente de un trabajo excesivo.

Artículo 53. Son circunstancias agravantes las siguientes :

- a) cometer el hecho formando parte de un grupo integrado por tres o más personas;
- b) cometer el hecho por lucro o por otros móviles viles, o por motivos fútiles;
- c) ocasionar con el delito graves consecuencias ;
- ch) cometer el hecho con la participación de menores;
- d) cometer el delito con crueldad o por impulsos de brutal perversidad;
- e) cometer el hecho aprovechando la circunstancia de una calamidad pública o de peligro inminente de ella, u otra situación especial;
- f) cometer el hecho empleando un medio que provoque peligro común;
- g) cometer el delito con abuso de poder, autoridad o confianza;
- h) cometer el hecho de noche, o en despoblado, o en sitio de escaso tránsito u oscuro, escogidas estas circunstancias de propósito o aprovechándose de ellas;
- i) cometer el delito aprovechando la indefensión de la víctima, o la dependencia o subordinación de esta al ofensor;

II. CAPITULO SEGUNDO. CONCEPTO Y SISTEMA.

1.- Concepto.

El término circunstancia goza de un amplio uso en el lenguaje común, propiciado por la posesión de un contenido extraordinariamente vasto y de un significado muy vago, permitiéndole designar todo aquello que resulta ocasional y de alguna manera sirve también para individualizar situaciones en esencia semejantes.

j) ser cónyuge y el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Esta agravante sólo se tiene en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia la infancia y la juventud;

k) cometer el hecho no obstante existir una amistad o afecto íntimo entre el ofensor y el ofendido;

l) cometer el delito bajo los efectos de la ingestión de bebidas alcohólicas y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente con el propósito de delinquir o que la embriaguez sea habitual;

ll) cometer el delito bajo los efectos de ingestión, absorción o inyección de drogas tóxicas o sustancias alucinógenas, hipnóticas, estupefacientes u otras de efectos similares y siempre que en tal situación se haya colocado voluntariamente el agente con el propósito de delinquir o que sea toxicómano habitual;

m) Suprimido y adicionado al apartado 4 del artículo 54.

n) cometer el hecho después de haber sido objeto de la advertencia oficial efectuada por la autoridad competente.

ñ) cometer el hecho contra cualquier persona que actúe justamente en cumplimiento de un deber legal o social o en venganza o represalia por su actuación; y

o) cometer el hecho contra personas bienes relacionados con actividades priorizadas para el desarrollo económico y social del país.

Artículo 54. De concurrir varias circunstancias atenuantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito.

2. De concurrir varias circunstancias agravantes o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, el Tribunal puede aumentar hasta la mitad el límite máximo de la sanción prevista para el delito.

3. Cuando se aprecien circunstancias atenuantes o agravantes, aún aquellas que se manifiesten de modo muy intenso, los tribunales imponen la sanción compensando las unas con las otras a fin de encontrar la proporción justa de éstas.

El artículo 3 del Decreto Ley No 150 de 6 de Junio de 1994, modificó el Título de la sección Séptima (Libro I, Título VI, Capítulo V) y estos artículos quedaron redactados de la forma que aparecen.

4. El Tribunal, en los casos de delitos intencionales, aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional. (Adición realizada por la Ley No 87 de 15 de Marzo de 1999).

Etimológicamente, circunstancia proviene de las palabras latinas <circunsto-steti >: estar alrededor, estar en torno, orígenes ambos que en cualquier caso vienen a tener el mismo significado.

El diccionario de la Real Academia Española define la voz de circunstancia "*como accidente de tiempo, modo, lugar, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho*". Igualmente se refiere a su forma legal "*como agravantes o atenuantes*". Por último indica "*que se aplica a lo que de algún modo está sujeto a una situación ocasional*"³².

El uso vulgar del término circunstancia no difiere mucho del gramatical haciendo hincapié en la idea de accidentalidad de cierta peculiaridad que acompaña un determinado acto. Es decir de cualquier tipo de accidente que está presente, que concurre, pero siempre de una forma especial, estando alrededor, en torno. Designa una situación o requisito que si bien no puede desdeñarse, tampoco resulta trascendente para la esencia del acto o acontecimiento principal.

En cualquier caso, los conceptos vulgares no dejan de ser conceptos por el hecho de ser vulgares, como tampoco dejan de serlo pese a su imperfección los conceptos oscuros o confusos que en ocasiones aparecen en las Leyes.

El concepto de circunstancia para el Derecho Penal se ha planteado desde una triple perspectiva: *la del legislador, de la jurisprudencia y de la doctrina*³³. A partir de cada uno de estos planos se trata de hallar un concepto de circunstancias que permite operar lo más correctamente posible en el marco de cada ordenamiento positivo, de tal suerte que la voz circunstancia también permitirá agrupar bajo ese concepto aquellas que modifican la responsabilidad penal y que de ordinario se han aceptado con especial distinción, nos referimos a las circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes incompletas de la responsabilidad penal.

³² Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española. Decimonovena edición, 1970.

³³ González Cussac J.L. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Colección de Estudios Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia. 1988. Pág. 66.

1.1. Perspectiva legislativa.

Ninguno de los Códigos Penales promulgados en Cuba han dado una definición conceptual sobre las circunstancias. De esta forma no existe un concepto legal expreso, ni positivo ni negativo de las mismas, silencio legal que merece una doble valoración por cuanto la actitud del legislador resulta acorde con las más elementales exigencias de una correcta técnica legislativa pero a la vez exige un mayor esfuerzo al intérprete para poder captar el significado del instituto.

En cualquier caso la carencia de una noción legal de circunstancia posibilita la apertura de variados caminos interpretativos y por ello mismo facilita también la existencia de múltiples soluciones.

Algunos ejemplos de las ocasiones en que el Código Penal se vale de la voz circunstancia pudieran explicar las razones expuestas:³⁴

A) En el Libro I aparecen alusiones de carácter general en el Capítulo V, secciones quinta y sexta:

a.1 "La incomunicabilidad de las **circunstancias**".

a.2 "Las **Circunstancias** Atenuantes y Agravantes".

En este mismo Libro I, específicamente se hace alusión a las circunstancias en varios supuestos legales:

a.3 "proporcionalidad entre la agresión y la defensa, determinada en cada caso con criterios razonables, según las **circunstancias** de personas, medios, tiempo y lugar"(artículo 21.2-b).

a.4 "... el tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios, o, si las **circunstancias** del hecho lo justifican, eximirlo de responsabilidad"(artículo 22.1.2.).

³⁴ No hemos querido consignar en este trabajo cada uno de los preceptos legales, con la especificidad que correspondería, por estimar que ello sería en extremo dilatorio para el cumplimiento de los objetivos que perseguimos de solo plantearnos a priori el tema. N.A.

a.5 "... o habiendo supuesto, equivocadamente, la concurrencia de alguna **circunstancia** que, de haber existido en realidad...." (Artículo 23.1).

a.6 "...pero causa al agente, por sus **circunstancias** personales, un miedo insuperable determinante de acción..." (Artículo 26.1).

a.7 "... debe tener en cuenta la índole del delito y sus **circunstancias**, la connotación social del hecho...." (Artículo 30.apartado 11).

a.8 "...es aplicable cuando, por la índole del delito y sus **circunstancias** y por las características individuales del sancionado..." (Artículos 32.1, 33.1 y 34.1).

a.9 "...a menos que **circunstancias** excepcionales, muy calificadas, lo hagan aconsejable...". (Artículo 33.4).

B) Veamos también algunos ejemplos de cómo aparece la voz circunstancia en el Libro II:

b.1 "...contra los familiares de los sujetos mencionados en los apartados 1 y 2, y en virtud de la **circunstancias** descritas en los mismos." (Artículo 142.1.3).

b.2 "... podrá rebajarla hasta la mitad de sus límites mínimos si las **circunstancias** concurrentes en el hecho o en el autor lo justifican" (artículo 152.6).

b.3. "... penetra en el territorio nacional por cualquier **circunstancia**, utilizando nave o aeronave...". (Artículo 190.2.c).

b.4 "... cuando las **circunstancias** de la ocupación evidencien que esta destinado...". (Artículo 214).

b.5 "... que por su naturaleza o por las **circunstancias** de la transacción...". (Artículo 234).

b.6 "... tenga en su poder monedas falsas que, por su número o por cualesquiera otra **circunstancia**, están destinadas a la expendición o circulación". (artículo248.1.ch).

b.7 "... al que mate a otro concurriendo cualquiera de las **circunstancias** siguientes:..." (Artículo 263).

b.8 "... aunque no concurra en el hecho ninguna **circunstancia** de cualificación". (Artículo 264.1).

b.9 "... que por las condiciones y **circunstancias** en que se profiere sea capaz de infundir serio y fundado temor a la víctima...". (Artículo 284.1).

De esta simple lectura se puede llegar a la conclusión de la inexistencia de un concepto unitario de circunstancia en el Código Penal, y basta también un mero repaso al texto para tener la certeza absoluta de que en él se emplea el término con sentidos bien distintos, no obstante, la falta de precisión y ambigüedad no constituye un obstáculo para arribar a un concepto, pues de lo que se trata es de distinguir cuándo el Código maneja el vocablo circunstancia en un sentido gramatical y cuándo lo hace con un significado netamente jurídico.

1.2. Perspectiva jurisprudencial.

La formulación, elaboración o construcción de conceptos legales en la jurisprudencia, dada su función de resolver casos concretos, generalmente queda al margen de la claridad y precisión que se necesita.³⁵

De todas formas, ha quedado aclarado que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se diferencian de los elementos constitutivos del delito y de las excepciones de la imputabilidad punible, dado que las primeras le dan la nota de accidentalidad como rasgo esencial de las mismas, destacándose su naturaleza accesoria respecto a la infracción, y por tanto, su incapacidad para afectar a la existencia del delito, tal y como lo

³⁵ En materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, la Ley de Procedimiento Penal, establece en el artículo 69, la causal quinta. Este motivo de casación, autoriza únicamente la discusión de la procedencia o no de las circunstancias atenuantes o agravantes previstas en los artículos 52 y 53 del Código Penal. Cfr. Rivero García Danilo. Temas sobre el Proceso Penal. Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Unión de Juristas de Cuba. Ediciones Prensa Latina S.A. Agencia Informativa Latinoamericana. Ciudad de la Habana. Año 1998. Pág. 142.

*hicieron las Sentencias números 313 de 30 de Abril de 1970 y 6016 de 23 de Octubre de 1981.*³⁶

Otro asunto interesante es el de llamarle *sub-tipos agravados* a los elementos constitutivos o integrantes de la estructura morfológica del delito, para diferenciarlos claramente de las circunstancias propiamente dichas y con respecto a las eximentes incompletas de la responsabilidad penal, lejos de ser estimadas como una circunstancia que atenúa la responsabilidad penal³⁷, la jurisprudencia las acoge a los efectos de la punibilidad, simplemente como modificativas de la responsabilidad penal, tal y como puede constatarse en sendas sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular³⁸.

En resumen, puede concluirse que la característica de accidentalidad, entendida como aquella que esta fuera del delito y no afecta para nada su existencia, es el rasgo esencial del concepto de circunstancia en la jurisprudencia Cubana.

³⁶ La primera corresponde a una sentencia dictada para resolver un delito de Asesinato refirió: Considerando: que de manera que no se trata de una técnica rigurosa de una circunstancia de atenuación de la responsabilidad criminal, sino de una especial medida dirigida a un sujeto parcialmente privado de sus facultades intelectuales. Código Penal comentado y anotado. Editorial Ciencias Sociales. Habana 1998. Pág. 39. Y la segunda en ocasión de estar vigente la Ley No 21 de 15 de febrero de 1979, resolviendo un delito en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas en las que refirió: “ las agravantes no deben confundirse con los elementos constitutivos del delito, son partes de él, pues sin ellos no existirían....”. Ver Boletín del Tribunal Supremo Popular. 2do semestre. Año 1981.

³⁷ Un asunto problemático es el criterio de atribuir efectos atenuatorios a las causas de exclusión de la responsabilidad penal, cuando no concurren todos los elementos necesarios para producir la exención, lo que en opinión de Rodríguez Devesa, el tema atormenta a la jurisprudencia y a los comentarios, en tanto el problema a resolver es si cualquier eximente puede convertirse en una causa de atenuación. Rodríguez Devesa. J. M. Derecho Penal Español. Ob.Cit. Pág.666. Esta cuestión se pone de manifiesto con mayor amplitud en las legislaciones que acogen estas eximentes incompletas, a partir del exceso y a la imputabilidad disminuida, como es el caso de España, Italia y Cuba, cuyo tratamiento jurídico penal, no está amparado por la Ley, es decir se aplicará la norma correspondiente a los delitos dolosos, sin causa alguna de atenuación que provenga del exceso y si es culposo, tendrán que aplicarse los preceptos relativos a la imprudencia punible.

³⁸ “Considerando: Que tampoco es procedente el recurso interpuesto amparado en la causal quinta de forma, pues la defensa en el momento procesal oportuno, no propuso la meditación de la circunstancia modificativa de la responsabilidad penal prevista en el artículo veinte ordinal dos del Código Penal,....” (Sentencia número 66 de 5 de Enero de 1994). Con respecto a la Sentencia No 313 de 30 de Abril de 1970, Ver nota a pie No 36.

1.3. Perspectiva doctrinal.

En la doctrina, el concepto de circunstancia ha gozado de suerte muy diversa.³⁹ Un grupo de autores integrado fundamentalmente por Azcutia, Ramiro Rueda, Hidalgo García y Escriche, se limitan a subrayar el carácter accidental o eventual de las circunstancias y su nula incidencia sobre la esencia del delito, o sea, según palabras del último autor, serían los accidentes y particularidades del tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho o dicho, aumentando o disminuyendo su gravedad.

Para otro grupo heterogéneo de autores, las circunstancias pueden consistir bien en alteraciones de la capacidad criminal o bien en hechos accidentales que aún cualificando la infracción no cambien su naturaleza.

Una tercera línea doctrinal se ha construido en base a la crítica efectuada por Antón Oneca⁴⁰ y por Castejón a la denominación de circunstancias que habitualmente se le da a las eximentes, pues éstas según su argumentación, no son meros accidentes sino que afectan la misma esencia del delito.

La cuarta y mayoritaria postura que pudieran presidir Groizard, Llopis y Domínguez, es aquella en las que al decir del primero, *"las circunstancias no tienen otra virtud, otra naturaleza, otro carácter, que las de hacer más grave o más leve un hecho que independientemente de ellas ya reunía los elementos esenciales para ser elevado a delito"*⁴¹. Para estos autores el delito es un hecho complejo donde pueden distinguirse dos clases de elementos: Unos esenciales y constitutivos, sin los cuales el delito no existiría y otros, accidentes y mutables, que no afectaban su existencia, y si concurrían, únicamente modificaban su gravedad.

³⁹ González Cussac. Teoría de las Circunstancias... Ob. Cit .Pág 74 y sgtes.

⁴⁰ Antón Oneca. J. Derecho Penal. 2da Edición. Editorial Akal. Madrid. 1986. Pág. 85

⁴¹ Groizard y Gómez de la Serna A. El Código Penal de 1870, concordado y comentado. 2da Edición. Tomo I. Madrid. 1902. Pág. 413 y 419. (Apud) González Cussac. Ob. Cit. Pág. 77.

Hasta nuestros días ha repercutido el planteamiento de Silvela,⁴² llegando a extenderse a otras áreas de la teoría general de las circunstancias. Distinguía Silvela entre circunstancias accidentales del delito, las circunstancias modificativas de la imputabilidad y las circunstancias modificativas de la punibilidad.

"Las primeras son objetivas y representan la variada manera de ser lo esencial y característico, no pueden ser independientes de cada delito, sino por el contrario penetradas de la naturaleza especial de cada uno", son pues, modificaciones de la materia del delito y forman un todo con él, uniéndose a lo esencial y característico. Las circunstancias modificativas de la imputabilidad para este autor afectan al sujeto activo siendo subjetivas y anulando por completo su capacidad.

Las circunstancias modificativas de la punibilidad son ciertos hechos o circunstancias que concurriendo en el sujeto, lo colocan en un estado peculiar y propio, produciendo que el efecto de la pena sea distinto (mayor o menor) que el que se desprende y nace de considerarlo en sí mismo o en relación a su materia; *"son por tanto – decía - personales y subjetivas y afectan al sujeto pasivo, no del delito, sino de la pena. Para descubrirlas es necesario estar en el interior del agente para darse cuenta del estado de su espíritu"* y estas pueden agravar o atenuar la pena.⁴³

Con respecto a estas últimas y en las que se incluyen las eximentes incompletas, su estudio le concierne a la punición de la imputabilidad disminuida⁴⁴ que prevé los artículos 20.2 y 26.1 y los excesos en la legítima defensa del artículo 21.5, del estado de necesidad del 22.2, de los límites de la obediencia debida y el cumplimiento de un deber del 25.3, todos del Código Penal⁴⁵.

⁴² Silvela, L. Derecho Penal, Primera Parte. Madrid. 1879. Pág 185 y 186.

⁴³ Idem. Pág. 186

⁴⁴ Cfr. Quirós Pérez Renén. Manual de Derecho Penal. Tomo III. Editorial Feliz Varela. La Habana. Año 2002. Págs. 162, 261, 299 y 376.

⁴⁵ Artículo 20.1. Está exento de responsabilidad penal el que comete el hecho delictivo en estado de enajenación mental, trastorno mental transitorio o desarrollo mental retardado, si por alguna de estas causas no posee la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

Por último debemos señalar las posturas de Alonso Álamo⁴⁶ y González Cussac, únicos autores españoles de una monografía global sobre las circunstancias.

Alonso Álamo explica que “según la terminología, circunstancia: es aquello que se encuentra en torno a un hecho – delito – sin afectar a su esencia. Pueden concurrir o no sin que el delito deje de estar presente en todos sus elementos esenciales y por ello posee un carácter eventual”. Esta autora ha llegado a la conclusión de que no pueden considerarse circunstancias en sentido estricto, ni las eximentes incompletas, ni la minoría de edad, ni las características que configuran un tipo cualificado o un delito *sui generis*, ni las características constitutivas de los delitos especiales, ni las características que sin ser evidente que contribuyan a formar una nueva figura de delito, fundamentan una pena diversa; ni las causas de agravación

2. Los límites de la sanción de privación de libertad fijados por la Ley se reducen a la mitad si en el momento de la comisión del delito la facultad del culpable para comprender el alcance de su acción o dirigir su conducta, está sustancialmente disminuida.

Artículo 21.1. Esta exento de responsabilidad penal el que obra en legítima defensa de su persona o derechos.

5. Si el que repele la agresión se excede en los límites de la legítima defensa y, especialmente, si usa un medio de defensa desproporcionado en relación con el peligro suscitado por el ataque, el tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios de su límite mínimo, y si se ha cometido este exceso a causa de la excitación o la emoción violenta provocada por la agresión, puede aún prescindir de imponerle sanción alguna.

Artículo 22.1. Está exento de responsabilidad penal el que obra con el fin de evitar un peligro inminente que amenace su propia persona o la de otro, o un bien social o individual, cualquiera que éste sea, si el peligro no podía ser evitado de otro modo, ni fue provocado intencionalmente por el agente, y siempre que el bien sacrificado sea de valor inferior que el salvado.

2. Si es el propio agente el que, por su actuar imprudente, provoca el peligro, o si se exceden los límites del estado de necesidad, el tribunal puede rebajar la sanción hasta en dos tercios, o si las circunstancias del hecho lo justifican, eximirlo de responsabilidad.

Artículo 25.1. Está exento de responsabilidad penal el que causa un daño al obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de su derecho, profesión cargo u oficio o en virtud de obediencia debida.

3. En caso de exceso en los límites de la obediencia al afrontar alguna de las situaciones anteriores, el tribunal puede aplicar la atenuación extraordinaria de la sanción.

Artículo 26.1. Está exento de responsabilidad penal el que obra impulsado por miedo insuperable de un mal ilegítimo, inmediato e igual o mayor que el que se produce.

2. Cuando el mal temido es menor que el que se produce, pero causa al agente, por sus circunstancias personales, un miedo insuperable determinante de su acción, el tribunal puede rebajar hasta en dos tercios el límite mínimo de la sanción imponible.

⁴⁶ Alonso Álamo. Mercedes. El Sistema de las circunstancias del delito. Estudio General. Valladolid. 1981. Pág. 193.

o atenuación por la cualidad o condición del sujeto (las llamadas causas personales de modificación de la pena); ni las causas indeterminadas de agravación o atenuación ni tampoco por último, el resultado en los delitos de responsabilidad objetiva.

Asimismo expone que material y ontológicamente, no es posible delimitar los elementos esenciales y las circunstancias, lo que obliga a afrontar dicha diferenciación desde criterios teleológicos y valorativos.

Mientras que González Cussac, plantea que debe utilizarse el término circunstancia en diversos sentidos que se sintetizan básicamente: en uno puramente gramatical, en el que se designaría lo mismo que en el uso del lenguaje y en otros dos técnico-jurídicos que los denomina: "*concepto legal impropio y concepto legal propio*".⁴⁷

El concepto legal impropio abarcaría la totalidad de instituciones a las que la ley denomina circunstancias, mientras que el propio, determinado por las notas de accidentalidad y función de concreción de un marco penal abstracto, se ceñiría a las contenidas en los artículos 52 y 53 del Código Penal Cubano.

Sobre estas últimas deducciones opinaron favorablemente Cobos/Vives⁴⁸ quienes consideran que aún en el marco del concepto legal que se denomina propio, el significado material de la idea de circunstancia habría de abarcar solamente a las que no afectan ni al contenido del injusto ni a la culpabilidad, esto es, a las que dejan absolutamente intacta la esencia del delito.

A los efectos de nuestro estudio, creemos que lejos de exigir una denominación del concepto de circunstancias, lo trascendente es la ubicación que llevan éstas en la concepción de las que modifican la responsabilidad penal.

⁴⁷ González Cussac. Teoría de las circunstancias... Ob Cit. Pág 86 y sgtes.

⁴⁸ Cobo / Vives. Derecho Penal Parte General. 5ta edición. Ob Cit . Pág 874.

El Código Penal Cubano no hace mención al término ***circunstancias modificativas de la responsabilidad penal***, como expresión de la función y naturaleza jurídica que éstas contraen para la Ley, la doctrina y la jurisprudencia. Ellas aparecen en diferentes puntos del Libro I del texto penal sustantivo⁴⁹, siendo así, al parecer para el legislador, gramaticalmente no existe alteración del concepto jurídico cuando de circunstancias adecuativas o modificativas se trata, unas y otras están reflejadas indistintamente, lo que a contrario *sensu* se observa en la jurisprudencia tal y como hemos ejemplificado.

Si bien estas instituciones (eximentes incompletas, atenuantes y agravantes) posibilitan la adecuación de las sanciones, realmente los efectos jurídicos no son iguales cuando se adecua la pena dentro del marco penal abstracto, que cuando se modifican aumentando o disminuyendo el *quantum* de la pena. De esta forma parece correcto entender que la adecuación de la sanción se realiza dentro de los límites fijados por la Ley como establece el artículo 47.1 del Código Penal, mientras que la modificación de una parte sólo recae sobre las circunstancias personales o del hecho y de otra provoca una variación sustancial de la pena conforme a las reglas que la propia Ley dispone, como acontece en los casos del artículo 54.1.2 o las del 54.1.4 del Código Penal.

De esta forma, tales pronunciamientos obligan a la necesidad de distinguir entre todas las "*instituciones*" que pudieran incidir al momento de aplicar la Ley (causas exculpantes, justificativas, circunstancias atenuantes o agravantes y eximentes) que degradan la pena; o sea, que poseen una eficacia o función similar.

⁴⁹ Las atenuantes por edad y las eximentes incompletas, éstas últimas como parte de la eximentes de la responsabilidad penal aparecen en los Capítulos I y III respectivamente del Título V sobre las Personas Penalmente Responsables y las atenuantes y agravantes, la reincidencia y la multirreincidencia, son recogidas en el Capítulo V de la Adecuación de la Sanción del Título IV, referido a Las Sanciones. Cfr. Código Penal anotado y concordado. Editorial Ciencias Sociales. Habana. Año 1998.

2.- Clases de circunstancias.

Son múltiples las clasificaciones de las circunstancias pero aquí vamos únicamente a atender a aquellas que poseen una connotada trascendencia para nuestro objeto de estudio.

Los criterios de clasificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han atendido tanto a la afiliación doctrinal de los distintos autores como a la interpretación que de éstas se hagan, aunque la clasificación generalmente admitida, es la de circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, las que a su vez pueden ser genéricas y específicas⁵⁰.

También, atendiendo a su necesidad práctica, suele distinguirse entre circunstancias de eficacia ordinaria y circunstancias de eficacia extraordinaria.

2.1. Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas.

Son circunstancias atenuantes como su nombre lo indican las que aminoran la responsabilidad penal del sujeto, mientras que las agravantes determinan un incremento en la medida de la sanción, dada la peligrosidad, consecuencias u otros factores referidos por la ley.

Explicación aparte llevan las denominadas atenuantes analógicas, aceptadas en "*bonam partem*", frente al sistema cerrado por el principio de legalidad de aplicar la analogía de normas que imponen o incrementan las penas. Ello plantea el problema de las llamadas circunstancias innominadas.

Estas atenuantes analógicas suelen admitirse a partir de un sistema abierto respecto a la exención y a la atenuación, con la intención planteada por Río

⁵⁰ Hemos excluido de esta clasificación por razones de estudio, las eximentes incompletas consideradas como aquellas circunstancia anterior o concomitante al acto delictivo, que atenúan la responsabilidad penal por ese acto, por lo tanto su análisis se realiza dentro de las llamadas causas eximentes de la responsabilidad penal. Cfr. Quirós Pires. R. Tomo III. Ob. Cit. Pág.140

Fernández de “*abrir el campo al arbitrio judicial para disminuir la responsabilidad*”⁵¹

Ante esta temática se presentan dos situaciones que el Derecho Penal trata de resolver; una de ellas es respecto a la oposición a todo género de aplicaciones analógicas, aunque se amparen en la benignidad, la que desde hace tiempo tuvo como exponente, entre otros, a Jiménez de Asúa, a cuyo juicio “*las eximentes, atenuantes, etc., son leyes penales con igual título que las que definen tipos delictivos y establecen penas...*” “*Por tanto, negamos que los preceptos de exención y atenuación que pertenecen a la esfera del Derecho Penal puedan ser objeto de procedimientos analógicos*”⁵². Este análisis de Jiménez de Asúa parte del criterio expuesto también por Manzini⁵³ en atención al ámbito en que se desarrollan las leyes penales, determinante entre otros aspectos de restricciones de derechos o intereses individuales o dada la propia potestad punitiva del Estado y por tanto - plantea - “*debe prohibirse el procedimiento analógico en el Derecho Penal*”.

Sin embargo, ante estos criterios se alzó la opinión de Rodríguez Devesa, para quien la analogía como fuente de Derecho puede encontrar también reconocimiento en la Ley, y ese reconocimiento puede ser tanto de la analogía prohibida (*in malam partem*) como de la permitida (*in bonam partem*), lo que ocurre para este autor es que la analogía *in malam partem* no es compatible con el *nullum crimen*.⁵⁴

Uno de los trabajos más acabados sobre este tema lo constituyó la tesis doctoral de Orts Berenguer⁵⁵, quien analiza la distinción que es necesario realizar entre analogía e interpretación analógica, planteando que “*para hablar de uno u otro, no basta con que el precepto desborde el perímetro de su área funcional, sino que además, será necesario que los supuestos, a los*

⁵¹ Cfr. RÍO Fernández Lorenzo. *Atenuantes por Analogía*. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal. Madrid 1995.

⁵² Jiménez de Asúa. L. *Tratado de Derecho Penal*. Ob. Cit. Pág. 456 y 457

⁵³ Ídem. Pág. 457.

⁵⁴ Rodríguez Devesa José María. *Derecho Penal Español*. Parte General. 18va edición. Madrid 1995.

⁵⁵ Orts Berenguer. Enrique. *Atenuante de análoga significación (Estudio del artículo 9,10ª del Código Penal)* Tesis Doctoral. Valencia 1976. Pág. 38 y 39.

que no contempla explícitamente y sobre los que incide, observen una similitud con los que en efecto contiene. Si no existe una relación de semejanza, de afinidad - plantea - de unos con los otros no se está en el terreno de la analogía".⁵⁶

Este autor parte de que la función que le corresponde a las atenuantes es la de evitar los insalvables defectos e injusticias a que conducirían una inflexible aplicación de los artículos de la parte especial y por tanto las atenuantes de análoga significación, participan de esa función global sin que se deslinde del resto de las circunstancias atenuantes e incluso proyectadas hasta las eximentes, *"pues se trata de una atenuación más y por lo tanto participa de las mismas notas y esencia que caracterizan a las demás circunstancias independientemente de las particularidades que le son propias".⁵⁷*

Si bien los planteamientos del sector doctrinal que acepta la interpretación analógica en la aplicación de las circunstancias atenuantes va buscando concederle beneficios al culpable ante la similitud de alguna nota accidental en el delito conforme al catálogo de atenuantes descritas en la ley, las afectaciones que tienen para el Derecho Penal la aplicación de la analogía no sólo deviene por sus incongruencias con el principio de legalidad, que oportunamente observó Jiménez de Asúa, sino en caso más concreto con el principio de certeza jurídica, al anunciarse con ella una norma penal indeterminada cuya falta de precisión, inteligibilidad y certeza en su configuración, la hace difusa e insegura⁵⁸.

⁵⁶ Orts Berenguer. Ob. Cit. Pág. 48 y 49.

⁵⁷ Ibídem Pág. 62

⁵⁸ También otras dos consecuencias estructurales se presentan en la aplicación de las atenuantes analógicas, en el sentido de que la interpretación que debe autorizar la ley que la contemple es la analógica y no la creadora, que permita ampliar en extremo los límites de aplicación y por otro lado, deben ser articuladas sobre la base de la similitud con las restantes causas de atenuación, para como dijera Devesa: *"de esta manera se frustra el declarado propósito de la ley a dar cabida a otras no previstas entre las anteriores y que se deduzcan no de reglas generalizadoras y abstractas, como las precedentemente establecidas, sino de la vida misma, con su absoluta e imprevisible concreción"* Rodríguez Devesa. J.M. Derecho Penal Español. Ob. Cit. Pág.666.

Por último, con respecto a las circunstancias mixtas, éstas se refieren a las que en ocasiones atenúan y en otras agravan la responsabilidad penal apareciendo en el contenido del catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes, como es el caso del parentesco en el Código Penal Cubano, regulado como atenuante en el artículo 52-b y como agravante en el 53-j⁵⁹.

2.2. Circunstancias genéricas y específicas.

Las circunstancias generales son aquellas aplicables a todos los delitos con algunas salvedades, las cuales producen la función que le es genuina y propia de modificar la pena. Por su parte las circunstancias específicas son las que en la parte especial de los Códigos Penales⁶⁰ están señaladas para un delito determinado o un grupo de delitos solamente, es decir, “las que son necesarias que se produzcan para que aquel pueda ser afirmado, hasta el punto de perder la función modificativa de la pena, para convertirse, en definitiva, en auténticos elementos del tipo delictivo”⁶¹.

Unas y otras, a criterio del legislador pueden sufrir un proceso de transformación en su naturaleza y función, convirtiéndose las específicas en genéricas y viceversa.

2.3. Las circunstancias de eficacia ordinaria y extraordinaria.

Desde el punto de vista de la efectiva aplicación de las circunstancias, también se han clasificado en: *de eficacia ordinaria*, refiriéndose a las atenuantes, agravantes y mixta, en tanto su papel fundamental no es otro

⁵⁹ Artículo 52.b) haber obrado el agente bajo la influencia directa de una persona con la que tiene estrecha relación de dependencia.

Artículo 53.j). ser cónyuge y el parentesco entre el ofensor y la víctima hasta el cuarto grado de consanguinidad. Esta agravante sólo se tiene en cuenta en los delitos contra la vida y la integridad corporal, y contra el normal desarrollo de las relaciones sexuales, la familia, la infancia y la juventud.

⁶⁰ Algunos códigos al disciplinar esta materia, siguen dos sistemas: unos consignan las circunstancias – sobre todo de agravación – en la Parte General como ocurre en Portugal, España, Cuba y países sudamericanos, otros en cambio, las mencionan al tratar los delitos en particular, como en Alemania y Francia. Por todos Puig Peña F. Derecho Penal 6ta edición. Tomo II. Barcelona. 1969. pág. 116.

⁶¹ Bustos Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal.ParteGeneral.Barcelona.1984. Pág 248.

que el de modificar la pena señalada por la ley al delito de manera abstracta y las *de eficacia extraordinaria*, cuando el legislador otorga a las atenuantes o agravantes una condición excepcional en la rebaja o aumento de la pena.

En lo que respecta a la ley penal cubana las circunstancias atenuantes y agravantes - excepto las contenidas en el inciso 4 del artículo 54 - tienen una aplicación optativa dentro de los marcos sancionadores establecidos, por lo que no existe una eficacia del tipo ordinaria que transforme el marco penal abstracto señalado por la Ley para los delitos, situación que no ocurre con la edad, la reincidencia o multirreincidencia y la agravante del inciso 4 del artículo 54, cuyo tratamiento especial permite la transformación de la pena y por tanto ubicarlas dentro de las llamadas de eficacia extraordinaria.

En estos supuestos la doctrina recomienda que la ley establezca determinadas reglas que permitan su efectividad, con el libre arbitrio de apreciarlas con efectos de individualización. Este asunto íntimamente mezclado a la facultad discrecional y al arbitrio judicial, a propósito de la individualización judicial de la pena, fue tratado por Matallín Evangelio⁶², quien propone deslindar de su significado no reglado.

Esta autora al referirse a la atenuante de obcecación u otro estado pasional de entidad semejante, ejemplificó los aspectos relativos a la eficacia ordinaria y a la extraordinaria, señalando que las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal no son opciones normativas a la libre disposición del juzgador sino que estando previstas de forma expresa y tasada por la Ley, son de obligatoria apreciación judicial, actuando como instrumentos válidos para adecuar la pena al caso concreto y al sujeto que lo realizó; lo que ocurre, plantea: *“es que llegado el punto de la individualización específica de la penalidad imponible, surge el problema del arbitrio judicial no como poder absoluto, sino como potestad jurídicamente vinculada”*⁶³.

⁶² Cfr. Matallín Evangelio. A. La circunstancia atenuante de arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. Valencia 1999, Pág 388.

⁶³ Ibidem. Pág 389.

A partir de esa concreción, los jueces individualizarán la penalidad imponible dentro de la mitad inferior a la señalada por la ley para el delito, atendiendo a la mayor o menor gravedad del hecho y a las circunstancias personales del sujeto, la que además deberá razonar para evitar que sobre la resolución recaiga recurso de casación. Estas reglas relativas a las circunstancias de eficacia ordinaria y extraordinaria vienen a resolver el tratamiento que debe dársele al concurso y a la concurrencia de las atenuantes y agravantes, asunto no solo ligado a la teoría de las circunstancias que estudiamos sino también, y muy especialmente, a la determinación de la pena que más adelante estudiaremos, en lo relativo a la ubicación de las circunstancias dentro de la teoría de la pena.

Esta situación se plantea en el artículo 54 del Código Penal Cubano que en sus incisos 1 y 2 regulan la atenuación y agravación extraordinaria de la sanción, cuando en ocasión de que concurren varias circunstancias atenuantes (54.1) o agravantes (54.2) o por manifestarse alguna de ellas de modo muy intenso, se faculta a los jueces para poder disminuir o aumentar la sanción según el caso.

Asimismo, la posibilidad de que en un mismo hecho coincidan varias circunstancias atenuantes o agravantes, viene reconocida expresamente por la ley en el apartado 3 del precitado artículo 54, en lo que se conoce como la compensación de las circunstancias. Aquí se parte obviamente, de que las circunstancias no sean compatibles, otorgándosele discrecionalidad al juez para que efectúe la compensación de manera racional e impersonal, a partir de la incidencia de unas y otras en el concreto hecho delictivo, tal y como ha destacado Córdoba Roda.⁶⁴

Todas estas clasificaciones arriba señaladas propician diversidad de criterios, los que en su mayoría surgen a partir de las concepciones teóricas de los elementos y presupuestos que la integran. Examinemos ahora, otras valoraciones sobre el tema.

⁶⁴ Cfr. Córdoba Roda Juan. Comentarios al Código Penal, Tomo II, Barcelona. 1972. Pág 268.

Bustos Ramírez, luego de hacer la distinción entre atenuantes y agravantes, las clasifica en **Nominadas e Innominadas**,⁶⁵ conforme a las funciones que cumplen en la determinación de la pena, encontrándose las primeras señaladas de modo específico en la ley y las segundas, en aquellas que solamente están comprendidas de modo general mediante una cláusula legal general, las que según plantea “*será el juez quien las determine*”⁶⁶.

Esta es una cuestión muy importante a precisar, porque incide en el principio de legalidad y en distinguir los relacionados con la concreción e individualización de las penas.

El asunto más polémico está en la clasificación que se hace de circunstancias “**objetivas y subjetivas**”, la que ha sido acogida entre otros por Miguel Harb⁶⁷, Mir Puig⁶⁸ y Rodríguez Devesa⁶⁹.

El primero señala que se han establecido tres criterios sobre las circunstancias: el *criterio objetivo*, en el que se considera primero la gravedad del daño social causado por el delito y cuando estos datos no son suficientes se considera también el daño moral; el *criterio subjetivo*, en el que se consideran los motivos y móviles que indujeron al delito y el *criterio mixto*, en el que se toma en cuenta tanto la gravedad objetiva como la personalidad del delincuente.

Para Mir Puig las circunstancias agravantes pueden clasificarse en “*objetivas y subjetivas, en el sentido de que en ellas es una razón objetiva o subjetiva, respectivamente la causa primera de la agravación, cuya distinción es importante en el orden de la comunicabilidad de las agravantes en casos de codelinuencia y cuyo enfoque lo realiza atendiendo al mayor o menor*”

⁶⁵ Bustos Ramírez critica las circunstancias innominadas planteando que “*si bien ello podría ser aconsejable respecto de las atenuantes y de ahí las atenuantes analógicas, no sucede lo mismo respecto a las agravantes, pues se dejaría en manos del juez la determinación precisa del injusto y la pena*”. Sic. Manual de Derecho Penal. Ob. Cit. Pág 250 y sgtes.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Cfr. Miguel Harb.Benjamin. Derecho Penal. Tomo I. Parte General. Sexta edición. Librería Editorial “Juventud”. La Paz, Bolivia. 1998. Pág. 405.

⁶⁸ Cfr. Mir Puig S. Derecho Penal. Parte General.5ta edición. Barcelona 1999. Pág. 435.

⁶⁹ Cfr. Rodríguez Devesa J. M. Derecho Penal Español. Ob Cit Pág. 654 y sgtes.

*peligro para el bien jurídico, cuya responsabilidad en su protección el legislador la expresa con mayor o menor penalidad*⁷⁰.

De esta forma contempla dentro de las objetivas las que denotan mayor peligrosidad del hecho, sean estas por la especial facilidad de comisión (alevosía), por la especial facilidad de la impunidad (precio) o por ambas razones (condiciones del lugar), y aquellas que suponen un ataque más intenso (el ensañamiento). Serán por su parte subjetivas las que indican una motivación particularmente indeseable (motivos de discriminación) o aquellas que revela en el sujeto una actitud más contraria a derecho (reincidencia)⁷¹.

Por su parte Rodríguez Devesa clasifica las agravantes en dos grandes grupos, *“las que agravan la responsabilidad criminal por determinar una mayor antijuridicidad (objetivas) y las que la agravan por incurrir en una mayor culpabilidad (subjetivas)”*⁷².

Las que determinan una mayor antijuridicidad las agrupa por la técnica de comisión del delito (alevosía); por el tiempo en que se cometen (ejecutarlo de noche); por el lugar (cometer el delito en despoblado) o por la mayor gravedad del resultado (ejecutar el delito en desprecio); asimismo, aquellas en que concurre una mayor culpabilidad las divide en: premeditación conocida, precio, recompensa o promesa y la reincidencia.

Al respecto de dividir las circunstancias agravantes, en objetivas y subjetivas, Cobo del Rosal y Vives Antón han opinado: *“Se han llevado a cabo, prácticamente desde siempre una serie de intentos de clasificación de las agravantes, presididos todos ellos por la idea de reconducir a criterios unitarios de interpretación la detallista realidad legislativa. Generalmente se han agrupado en objetivas, subjetivas y mixtas, perdiéndose de vista en ocasiones que por exigencias de la propia estructura del delito, todas las circunstancias pueden ser entendidas como objetivas, como subjetivas y como mixtas, si se utilizan dichos términos en su estricta y correcta*

⁷⁰ Mir Puig. Derecho Penal. Ob Cit. Pág. 436.

⁷¹ Idem.

⁷² Rodríguez Devesa. Ob. Cit Pág. 659 y 660.

*significación. Por ello lleva razón Del Rosal cuando afirmaba que cualquier encuadramiento se presta a consideraciones críticas, sin embargo, en el supuesto actual, las observaciones surgen del entendimiento que se tenga por objetivo y subjetivo*⁷³.

Estos autores critican también la clasificación de las causas de agravación en las que concurre una mayor antijuridicidad y una mayor culpabilidad debido a la naturaleza jurídica de éstas. Sin embargo para Mir Puig, refiriéndose a las atenuantes, prefiere su clasificación atendiendo a la división sistemática que se hace en la teoría del delito entre injusto y culpabilidad, ya que *“sólo así se mantiene la necesaria coherencia con el tratamiento doctrinal de las eximentes que se distinguen según su naturaleza en justificativa o exculpante”*.⁷⁴

Insistimos en que es posible una clasificación de las circunstancias agravantes desde muy distintos puntos de vista y a nuestro entender, cualquier intento de clasificación en atención a la prolijidad legislativa, difícilmente clasificable de manera coherente, sea susceptible de toda crítica⁷⁵.

De esta forma, siempre será peligroso en cuanto a las circunstancias, afirmar que unas son, simplemente subjetivas, otras objetivas y otras mixtas, siendo lo correcto valorarlas tanto en su dimensión objetiva como subjetiva, cuestión que recomienda Cobo/Vives, al plantear que *“sería preferible desechar las terminologías existentes salvo que se lleve a efecto un planteamiento unilateral de la cuestión. Podría decirse por consiguiente utilizando la terminología convencional que son “mixtas” aunque es preferible en todo caso desechar todo ello con nuevas perspectivas sobre el tema, apuntando un distinto criterio y las consecuencias que del mismo se derivan”*.⁷⁶

⁷³ Cobo del Rosal - M. Vives Antón. T.S. Derecho Penal 5ta edición Ob. Cit. Pág. 876.

⁷⁴ Mir Puig Derecho Penal. Ob Cit. Pág. 556.

⁷⁵ Rodríguez Devesa. Ob Cit. Pág. 661.

⁷⁶ Cobo del Rosal M.- Vives Antón T.S. Derecho Penal. Ob Cit. Pág. 586.

Otro problema es saber si son o no comunicables y si afectan al injusto o a la culpabilidad, de no ser así ¿qué utilidad tiene hablar de circunstancias objetivas y subjetivas?

De manera particular, pudieran realizarse algunas consideraciones en cuanto a la ley penal sustantiva cubana.

Ya habíamos explicado como el Código Defensa Social, que rigió en Cuba hasta el año 1979, con la influencia de la sistemática penal española, había establecido una clasificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal atenuantes y agravantes, atendiendo a la mayor o menor peligrosidad, a las circunstancias personales y las provenientes del hecho, pero los códigos que le precedieron optaron por no predeterminedar en la ley un sistema clasificadorio.

De todas formas y conforme a los criterios enunciados el Código Penal Cubano sigue un sistema mixto subordinado al artículo 47-1 que establece que el juez, para determinar la pena, está obligado a tener en cuenta especialmente el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda, por lo que el incumplimiento de alguno de estos postulados pudieran reordenar el fallo dictado como sucedió en la sentencia 5497 de 29 de septiembre de 1982:

“Considerando: que la sentencia penal es un acto procesal armónico en sus diversas partes, de modo que la calificación del delito, la de la participación del acusado o de los acusados, la calificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y el fallo, están unidos por una íntima y firme relación que se apoya en el hecho declarado probado y en la correcta y eficaz aplicación de la ley, que son sus dos cimientos , de donde

resulta exacto afirmar que la sanción, que es el fin del proceso, sólo a de estimarse adecuada incorrectamente si viola ostensiblemente el artículo 47.1 del Código Penal, porque de ese modo se quiebra la relación y se destruye la armonía de la sentencia.”

En la actualidad, en materia de circunstancias genéricas que agravan la responsabilidad penal, el Código Penal Cubano ha seguido un sistema de “*númerus clausus*” en las que no son admitidas otras agravantes que no estén determinadas en la ley, siguiendo así el principio de legalidad y la prohibición de analogía e igual sucede con las circunstancias que atenúan la responsabilidad, en las que describen causas generales de atenuación y no se admite la denominada interpretación analógica de las circunstancias.

También aparecen circunstancias atenuantes y agravantes que solo inciden sobre determinadas figuras delictivas y otras que se salen del marco de los artículos 52 y 53 para darles un carácter privilegiado o especial como es el caso de la atenuante por la edad (artículo 17.1.2), la reincidencia y la multirreincidencia⁷⁷ (artículo 55).

⁷⁷ Aunque no constituye objeto de nuestro trabajo, es menester dejar sentada nuestra posición sobre este tipo de circunstancia, las cuales estimamos resultan ser agravantes de la responsabilidad penal. Opinión contraria tiene la Sala de lo Penal del tribunal Supremo Popular, que a través del Consejo de Gobierno de ese órgano resolvió el asunto mediante el Dictamen número 211, Acuerdo número 9 de 8 de Enero de 1985 declarando: “En el Código Penal la reincidencia y multirreincidencia son elementos de hecho que preceptivamente determinan la ampliación de los límites mínimos y máximos de la sanción correspondiente al delito de que se trata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 del Código Penal, lo que por consiguiente, convierte estos casos en figuras agravadas del delito calificado. Ver Rivero García D. y Pérez Pérez. Pedro.A. El Juicio Oral. Ediciones ONBC.2002. Pág 159.

Artículo 55.1. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable ya había sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por otro delito intencional, bien sea éste de la misma especie o de especie diferente.

2. Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable ya había sido ejecutoriamente sancionado con anterioridad por dos o más delitos intencionales, bien sean estos de la misma especie o de especies diferentes.

3. La reincidencia y la multirreincidencia se apreciarán facultativamente por el tribunal, teniendo en cuenta la índole de los delitos cometidos y sus circunstancias, así como las características individuales del sancionado.

4. Cuando el Tribunal aprecie la reincidencia o la multirreincidencia con respecto al acusado que comete un delito intencional adecuará la sanción de la manera siguiente:

a) si con anterioridad ha sido sancionado por un delito de la misma especie del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en un tercio sus límites mínimo y máximo.

A nuestro criterio, establecer un cuadro de circunstancias en el ordenamiento sustantivo cubano ha permitido subrayar el papel fundamental que éstas juegan en la modificación de la pena abstracta señalada por la ley para el delito, lo que en principio permite su aplicación a toda clase de delitos, aunque sabemos que luego tienen un muy acotado campo de juego con relación a los delitos que efectivamente pueden ser aplicadas. Por ello no está exento este catálogo de un medurado y exhaustivo examen, sea desde una perspectiva político-criminal, como desde la que corresponde en el plano técnico-jurídico para evitar las contradicciones prácticas o teóricas eliminando aquellas que redundan por exceso y determinando en otras cuáles deben enviarse a la parte especial y cuáles deben quedar en la parte general.

Por ahora y teniendo en cuenta que un estudio de las circunstancias genéricas, en el orden de cuales deben estar en uno u otro lugar, implicaría un análisis más detallado que no corresponde a este trabajo, solo nos pronunciamos únicamente por la remisión de la circunstancia agravante del artículo 54.4⁷⁸ al catálogo de circunstancias generales del artículo 53. Su contenido, estructura y definición no permite un tratamiento extraordinario como el que se ha pretendido por el legislador en el artículo 54, por demás, reservado a los efectos de establecer reglas para su ámbito de aplicación, como significamos en el transcurso de este trabajo ⁷⁹.

b) si con anterioridad ha sido sancionado por dos o más delitos de la misma especie del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en la mitad sus límites mínimo y máximo;

c) si con anterioridad ha sido sancionado por un delito de especie distinta del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en una cuarta parte sus límites mínimo y máximo;

ch) si con anterioridad ha sido sancionado por dos o más delitos de especie distinta del que se juzga, dentro de la escala resultante después de haber aumentado en un tercio sus límites mínimo y máximo.

⁷⁸ Artículo 54.4. El tribunal en los casos de delitos intencionales, aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario o durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional.

⁷⁹ Este tema esta abordado con mayor precisión en el Capítulo III. N.A.

3.- Fundamentos para la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal.

De suma importancia puede calificarse la búsqueda que ha realizado la doctrina para fundamentar la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, con ello se trata de dar un punto de apoyo común que le confiera a las circunstancias un sentido teórico y práctico y sirva además de última razón a ellas mismas. Lamentablemente en esta crucial cuestión, la doctrina se encuentra profundamente dividida entre quienes acuden para ello a la conexión con los elementos esenciales de la teoría jurídica del delito entendiendo que suponen, según los casos, un incremento o una disminución del injusto, o una mayor o menor culpabilidad; y entre aquellos otros que las justifican en base a consideraciones político – criminales, sin faltar aquellos que desde luego, utilizan ambos criterios, situándose en una posición intermedia de estas dos posturas.

Precisamente es este el aspecto que va a darle contenido a este punto, el que hemos diseñado partiendo de la estructura normativa que adoptan las circunstancias, para luego adentrarnos en las diferencias de éstas con los elementos esenciales del delito y la autonomía de las circunstancias específicas y concluir con el debate esencial de tan polémico tema a que antes hicimos referencia.

3.1. Estructura normativa y naturaleza típica de las circunstancias.

Es meritorio recordar que en la sistemática normativista que sigue el Derecho Penal moderno para poder estructurar jurídicamente un hecho, resulta necesario que se le dé a este la forma de un enunciado donde se defina todo aquello que pueda ser relevante.⁸⁰

En tal sentido la norma valora el hecho, aunque no todo el suceso fáctico sino sólo aquél que le interesa al Derecho, y a partir de aquellos datos relevantes, comienza el proceso de formación de la norma jurídica. Esta

⁸⁰ Cfr. González Cussac. Cuadernos... Ob. Cit. (apud) a Larenz.K en “Metodología de la Ciencia del Derecho”, 2da edición, Barcelona 1980.

cuestión ha dado lugar a que algunos autores se pronuncien sobre la necesidad de una *teoría sobre la legislación* que delimite los contenidos a proteger por el Derecho Penal, lo que repercutiría favorablemente y de modo inmediato en la fase de elaboración legal.⁸¹

En el estudio de la estructura normativa que adoptan las circunstancias, su construcción, que parte de los elementos fácticos que jurídicamente son relevantes, aún y cuando ha sido pobre su análisis en la jurisprudencia y en la doctrina, resultan de especial interés, por su indiscutible contribución a una mejor interpretación y consecuentemente aplicación de éstas.

Cuando las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal son generales la norma que las contemplan no reúne los requisitos propios de las normas penales, esto es, supuesto de hecho y consecuencias jurídicas⁸² y por tanto se inscriben en las denominadas normas penales incompletas o dependientes⁸³. Aunque a criterio de Muñoz Conde, desde cierta perspectiva estas normas que describen circunstancias sí contienen un presupuesto y una consecuencia, modifican la pena. Sin embargo esta última apreciación no coincide con el concepto prevaleciente sobre las normas penales incompletas, como aquella que amplía la disposición o la sanción de otra norma que en sí misma es completa. Son normas que si bien no contienen los dos elementos componentes de la estructura de toda norma penal, constituyen verdaderamente reglas relacionadas con el Derecho Penal, vinculadas de modo sustantivo con otras normas penales completas,⁸⁴ y este es el caso de las circunstancias genéricas.

Por otro lado, según Ross, en todo supuesto penal existe un número variado de "*hechos operativos*"⁸⁵, que algunos gozan de una situación especial. Ello sucede por ejemplo en el delito de Homicidio en el que el acto de matar ocupa una posición especial, mientras que las circunstancias acompañantes

⁸¹ Díez Ripollés, José Luis. Ponencia "La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista". Universidad de Málaga. España. 1996.

⁸² Cfr. Muñoz Conde. Francisco. y García Arán. Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Valencia 1999 Pág. 29 y sgtes.

⁸³ Idem. Pág. 39 sgtes.

⁸⁴ Cfr. Quirós Pérez Renén. Manual de Derecho Penal. Tomo I. Editorial Felix Varela. La Habana. 1999. Pág 33.

⁸⁵ González Cussac. J.L. Cuadernos.... Ob Cit.

en un hecho de esa naturaleza se limitarían a condicionar, modificar o excluir la aplicación de esa consecuencia jurídica.

Resulta de este análisis que los hechos relevantes que sirven para la decisión de darles un carácter normativo pueden ser “creadores”, cuando en el hecho ocupen una posición especial, o meramente “condicionantes”, y son estas últimas las que pueden ser descritas como circunstancias.

En otras palabras, junto a la parte principal del hecho, la que da lugar a la formulación de los juicios de antijuridicidad y de culpabilidad, coexiste otra accesoria, al menos desde el punto de vista jurídico valorativo, que no desde el naturalístico, en el que ambos son iguales, que origina la teoría de las circunstancias modificativas.⁸⁶

En este estudio de la estructura de la norma penal que le es común a las circunstancias en general se incluye también como elemento importante la naturaleza típica de las circunstancias, de cuyas características existe disparidad de criterios.

A juicio de Cerezo Mir, pertenecen al tipo de lo injusto los elementos que fundamentan la estructura específica de una figura delictiva, así como las atenuantes y agravantes que suponen una mayor o menor gravedad del injusto y que son utilizadas en la parte especial del Código Penal, dando lugar a los tipos agravados o atenuados de un tipo básico, como por ejemplo, para citar conforme a nuestra ley, las que configuran el delito de asesinato del artículo 263 del Código Penal Cubano⁸⁷.

⁸⁶ González Cussac. Cuadernos... Ob. Cit.

⁸⁷ Artículo 263. Se sanciona con privación de libertad de quince a veinte años o muerte, al que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- a) Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o beneficio de cualquier clase, u ofrecimiento o promesa de estos;
- b) Cometer el hecho utilizando medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurar su ejecución sin riesgo para la persona del ofensor que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido;
- c) ejecutar el hecho contra una persona que notoriamente, por sus condiciones personales o por las circunstancias en que se encuentra, no sea capaz de defenderse adecuadamente;
- ch) aumentar deliberadamente el sufrimiento de la víctima, causándole

Sin embargo para este autor, no pertenecen al injusto, ni siquiera en un sentido amplio, las circunstancias generales que suponen una mayor o menor gravedad de lo injusto.⁸⁸

Para Bacigalupo⁸⁹, desde una posición distinta refiriéndose a la naturaleza típica de las circunstancias, las estima en principio como elementos accidentales de cualquier tipo penal a partir del contenido de la parte especial.

También Díez Ripollés⁹⁰, amplía su visión sobre el tema y destaca que las circunstancias no forman parte del injusto específico, sino de la antijuridicidad penal o injusto genérico. *“A este último – comenta - no solo pertenecen las circunstancias generales, que gradúan lo injusto, sino también las genuinas circunstancias especiales, no ya fundamentadas por tipos privilegiados o cualificados, sino aquellas figuras con características de agravación”*. Este es el criterio que pudiera recaer sobre conductas como el robo y el hurto de los artículos 322 y 328 del Código Penal Cubano.⁹¹

otros males innecesarios para la ejecución del delito;

- d) obrar el culpable con premeditación, o sea, cuando sus actos externos demuestran que la idea del delito surgió en su mente con anterioridad suficiente para considerarlo con serenidad y que, por el tiempo que medio entre el propósito y su realización, esta se preparó previendo las dificultades que podían surgir y persistiendo en la ejecución del hecho;
- e) ejecutar el hecho a sabiendas de que al mismo tiempo se pone en peligro la vida de otra u otras personas;
- f) realizar el hecho para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito;
- g) obrar por impulsos sádicos o de brutal perversidad;
- h) haberse privado ilegalmente de libertad a la víctima antes de darle muerte;
- i) ejecutar el hecho contra la autoridad o sus agentes, cuando estos se hallen en el ejercicio de sus funciones;
- j) cometer el hecho con motivo u ocasión o como consecuencia de estar ejecutando un delito de robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas, violación o pederastia con violencia.

⁸⁸ Cfr. Cerezo Mir. J. Curso de Derecho Penal Español. 4ta edición. Madrid 1994. Pág. 338 sptes.

⁸⁹ Ver Alonso Alamo. M. Circunstancias del delito e Inseguridad Jurídica. Cuadernos del Consejo General Poder Judicial. Madrid 1995.

⁹⁰ Idem.

⁹¹ Artículo 322. El que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, incurre en sanción de privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. La sanción es de privación de libertad de tres a ocho años:

Detrás de estos planteamientos solo se advierten los esfuerzos que realizan los estudiosos del tema para encontrar los aspectos singulares de las regulaciones penales sustantivas en materia de circunstancias, como ya dijimos, a los efectos de mejorar la interpretación que corresponde a cada una de ellas.

-
- a) si el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes o no sus moradores;
 - b) si el hecho se realiza con la participación de menores de 16 años de edad;
 - c) si el hecho se ejecuta por una o más personas actuando como miembro de un grupo organizado;
 - ch) si como consecuencia del delito, se produce un grave perjuicio.
3. La sanción es de dos a cinco años al que, con ánimo de lucro, sustraiga un vehículo de motor y se apodere de cualquiera de sus partes componentes o de alguna de sus piezas.
- Artículo 323. En el caso previsto en el apartado 1 del artículo anterior, si los bienes sustraídos son de limitado valor, la sanción es de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.
- Artículo 328.1. Se sanciona con privación de libertad de tres a ocho años al que sustraiga una cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro, concurriendo en el hecho alguna de las circunstancias siguientes:
- a) entrar en el lugar o salir de él por una vía no destinada al efecto;
 - b) uso de llave falsa, o uso de la verdadera que hubiese sido sustraída o hallada, o de ganzúa u otro instrumento análogo. A estos efectos, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia, u otros de iguales propósitos;
 - c) rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puertas o ventanas, o de sus cerraduras, aldabas o cierres;
 - ch) fractura de armario u otra clase de muebles u objetos cerrados, o sellados, o forzando sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos en otro lugar, aún cuando la fractura o violencia no llegue a consumarse;
 - d) inutilizar los sistemas de alarma o vigilancia;
 - e) empleo de fuerza sobre la cosa misma.
2. La sanción es de privación de libertad de ocho a veinte años cuando:
- a) el hecho se comete en vivienda habitada no hallándose presente sus moradores;
 - b) el hecho se ejecuta vistiendo el culpable uniforme de los miembros de las Fuerzas Armadas revolucionarias o de cualquier otro cuerpo armado de la República, o fingiendo ser funcionario público;
 - c) el hecho se ejecuta aprovechando el momento en que tiene lugar un ciclón, terremoto, incendio u otra calamidad pública;
 - ch) si los objetos sustraídos son de considerable valor.
3. La sanción es de privación de libertad de veinte a treinta años o de privación perpetua de libertad:
- a) si el hecho se comete en vivienda habitada hallándose presentes sus moradores;
 - b) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el delito de robo con fuerza en las cosas o de robo con violencia o intimidación en las personas;
 - c) el hecho se realiza por una o más personas actuando como miembros de un grupo organizado, o con la participación de menos de 16 años.

3.2. Circunstancias versus elementos esenciales del delito y la autonomía de las circunstancias específicas.

En ocasiones es difícil comprender en un solo tipo penal las distintas formas de aparición de un mismo delito. Esto ocurre cuando al delito lo acompañan algunas circunstancias objetivas o personales que atenúan o agravan la antijuridicidad o la culpabilidad. En estos casos generalmente el legislador estima que es conveniente contemplar expresamente estas circunstancias y crea otros tipos derivados del tipo básico.

Sucede por ejemplo en el tipo básico del Hurto que se encuentra tipificado en el artículo 322 inciso uno del Código Penal Cubano, que cuando lo acompañan circunstancias como las descritas en el apartado segundo, el legislador ha previsto una agravación específica de la pena del tipo básico, creando un tipo cualificado. Otras veces sucede que las circunstancias atenúan las penas como acontece, siguiendo con el ejemplo del Hurto, cuando los bienes sustraídos son de limitado valor y como consecuencia del hecho no se produce un grave perjuicio, según lo establece el artículo 323.

Dicha decisión legislativa, también aparece en los delitos contra la vida, en especial en el delito de Homicidio del artículo 261⁹², constituido como tipo básico, mientras que el asesinato del artículo 263 y la modalidad del artículo 264⁹³, deben considerarse como delitos autónomos e independientes.

⁹² artículo 261. El que mate a otro, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

⁹³ artículo 264.1. El que de propósito mate a un ascendiente o descendiente o a su cónyuge, sea por matrimonio formalizado o no, incurre en las mismas sanciones previstas en el artículo anterior, aunque no concurra en el hecho ninguna circunstancia de cualificación.

2. La madre que dentro de las setenta y dos horas posteriores al parto mate al hijo, para ocultar el hecho de haberlo concebido, incurre en sanción de privación de libertad de dos a diez años.

Es así, que para saber cuándo estamos ante un tipo cualificado o privilegiado y cuándo ante uno autónomo, es necesario acudir a la interpretación, partiendo de la regulación legal concreta.⁹⁴ Renén Quirós ha preferido llamarlas, para su distinción: **figuras básicas y derivadas**, especificando que las primeras son aquellas que están integradas por las características indispensables para la determinación de la peligrosidad social y la antijuridicidad de una acción u omisión, es decir, por los denominados elementos constitutivos, mientras que la figura derivada es aquella que está integrada por las características esenciales (los elementos constitutivos) complementadas con características eventuales (las circunstancias cualificativas), atenuantes o agravantes de la peligrosidad social de la acción u omisión, como son – y pone el ejemplo – las previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 336 del Código Penal Cubano.⁹⁵

Al respecto plantea Muñoz Conde y García Arán. *“Los tipos cualificados o privilegiados añaden circunstancias agravantes o atenuantes pero no modifican los elementos fundamentales del tipo básico. El delito autónomo constituye por el contrario, una estructura jurídica unitaria, con un contenido y ámbito de aplicación propios, con un marco legal autónomo, etc.”*⁹⁶

De todas formas todos los autores⁹⁷ coinciden en que si faltan los elementos accidentales o circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, subsiste el mismo título de incriminación, y si falta uno de los elementos constitutivos del delito, no se da el delito en cuestión.

Pudiera parecer sencilla esta explicación, pero esa diferencia en ocasiones se perturba porque el Código Penal emplea unas veces un hecho como constitutivo del delito y otras como circunstancias, como sucede con la

⁹⁴ Los esfuerzos interpretativos que en ocasiones obliga a realizar las regulaciones penales, al establecer si se trata de elementos esenciales o circunstancias que integran la categoría, entre los autores italianos, se conocen como *delitos circunstanciados*, cuyos criterios abordaremos más adelante. N.A.

⁹⁵ Quirós Pérez. Ob Cit. Pág. 168.

⁹⁶ Muñoz Conde - García Arán. Derecho Penal...Ob Cit. Pág. 238.

⁹⁷ Por todos Rodríguez Devesa. Derecho Penal Español Ob. Cit.. Pág. 662.

alevosía⁹⁸. Por ello es un problema de interpretación esclarecer cuándo se han de tomar como elemento esencial y cuándo como elemento accidental.

Opiniones sobre lo planteado son las de Rodríguez Devesa y Mir Puig. Para el primero, *“por regla general salvo las causas personales de atenuación o agravación de la pena, puede afirmarse que todos los elementos incorporados a la descripción de los diferentes tipos del Código Penal, son elementos constitutivos y carecen respecto a los delitos o faltas a los que están incorporados, de función alguna atenuatoria o agravatoria en el delito en cuestión”*⁹⁹. Mientras que el segundo considera que *“algunos elementos esenciales del delito, como el dolo o el resultado, pueden dejar de concurrir, sin que deje de concurrir el delito. Pero estos elementos son esenciales en los delitos en que los exige la ley mientras que las circunstancias nunca son exigidas por este para que concurra un delito, sino solo para que el delito vea modificada su gravedad”*¹⁰⁰.

Efectivamente, el punto de partida metódico parece que debe ser la distinción entre circunstancia especial y elemento esencial constitutivo, cuestión y tratamiento que para Mercedes Alonso origina una gran disparidad de criterios e inevitablemente un alto grado de inseguridad¹⁰¹.

Para distinguir entre circunstancia y elemento esencial, dice Mercedes Alonso, *“es insuficiente atender a las propiedades materiales u ontológicas de las características o elementos porque una misma materia es contemplada por la ley en ocasiones como elemento esencial en ocasiones como simple circunstancia”*¹⁰².

Significa este planteamiento que las diferencias son normativas o valorativas y no ontológicas lo que obliga a una valoración legislativa de su significación normativa que siempre estará acompañada de incertidumbres.

⁹⁸ Así se pudo apreciar en la Sentencia número 2115 de 24 de Agosto de 1978: *“No concurre la circunstancia de cometer el hecho en cuadrilla porque es precisamente ese elemento de hecho, el que tuvo en cuenta la Sala para caracterizar la alevosía como circunstancia cualificativa del delito imperfecto de asesinato.”* Ver Boletín del Tribunal Supremo. Edición Ordinaria. 2do Semestre. Año.1978.

⁹⁹ Rodríguez Devesa. Ob Cit. Pág. 662.

¹⁰⁰ Mir Puig . Derecho Penal. 5ta edición. 1999. Ob. Cit. Pág. 553.

¹⁰¹ Alonso Alonso. Cuadernos....Ob. Cit.

¹⁰² Idem.

En resumen, para la susodicha autora, esa valoración legislativa indicará si el elemento fundamenta una nueva pena legal o su función se reduce a graduar la pena legal ordinaria.¹⁰³

A partir de estos presupuestos, no serán circunstancias los elementos que configuran tipos agravados o privilegiados o “*delicta sui generis*”, como sucede en el delito de asesinato y el parricidio, planteados en nuestro Código Penal a través de los artículos 263 y 264 respectivamente, que bien pudieran discutirse – como ocurre en la doctrina española – si son delitos autónomos (*delicta sui generis*) o simples tipos agravados, respecto al delito de Homicidio del artículo 261.

En nuestro criterio, ambos delitos se nutren de propios elementos esenciales y no de circunstancias.

Aparece también en este análisis la valoración interpretativa a partir de la teoría del bien jurídico, cuyos criterios pueden contribuir a establecer si un determinado delito es independiente o constituye una simple modificación de un tipo básico.

Ello ocurre por ejemplo en el delito de Terrorismo contra el Jefe de Estado, previsto en la Ley contra Actos de Terrorismo¹⁰⁴, el que en su artículo 13.1¹⁰⁵, se constituye como un delito independiente de aquellos que atentan contra la vida y la integridad corporal del título VIII. Sin embargo, teniendo en cuenta los criterios del bien jurídico, sería cuestionable sostener que el parricidio ya explicado del artículo 264, es un delito independiente del Homicidio y no un simple tipo cualificado.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Ley No 93 de 20 de Diciembre del 2001. Gaceta Oficial Extraordinaria No 14 de 24 de Diciembre de 2001.

¹⁰⁵ Artículo 13.1. El que, ejecute un acto contra la vida, la integridad corporal, la libertad o seguridad de alguna persona que por la naturaleza de las actividades que desarrolla disfrute de relevante reconocimiento en la sociedad, o contra sus familiares más allegados, incurre en sanción de privación de libertad de diez a treinta años, privación perpetua de libertad o muerte.

Esta caracterización de los elementos de los tipos como esenciales o accidentales, tiene importancia a efectos del tratamiento de la participación delictiva, del error o de problemas concursales¹⁰⁶, que ahora no pretendemos abordar. También para otros autores, el asunto de establecer si en una figura delictiva determinada, la concurrencia de circunstancias puede distinguirse de sus elementos constitutivos o si contrariamente se funden y confunden con éstos, constituyendo una nueva y autónoma estructura normativa, adquiere trascendencia.¹⁰⁷

Los autores italianos al abordar el tema, se dividen en dos grandes tendencias: los que aseguran que las circunstancias influyen sobre la estructura típica de la forma criminal a la cual se añaden, consideradas por tanto simples elementos accidentales, aclarando que el delito circunstanciado no goza de autonomía respecto al delito simple, ya que sólo son capaces de modificar la gravedad o cantidad del delito; y la segunda orientación, por cierto minoritaria, que sostiene que el delito circunstanciado da lugar a la existencia de una nueva figura criminal netamente distinta e independiente de la principal.¹⁰⁸ La orientación hacia uno u otro planteamiento se hace por los italianos con independencia de que conciban la norma como imperativo o como tutela.

Hay también un sector doctrinal que desde inicios del siglo XX negaba la autonomía del delito circunstanciado para de esta forma ni siquiera integrar las circunstancias al precepto, viniendo a repercutir para ellos, únicamente en el momento de la punibilidad¹⁰⁹.

El mayor exponente de la autonomía del delito circunstanciado, respecto al delito simple fue Gallo¹¹⁰, quien en 1949 en su obra "*Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*", desde un planteamiento estrictamente metodológico, trata de distinguir entre uno y otro y cuyos planteamientos prefiero reproducir:

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ González Cussac. J.L. Cuadernos...Ob. Cit.

¹⁰⁸ González Cussac. Ob. Cit. En la bibliografía citada se vale para este criterio de la monografía de Contento G. "Introduzione allo studio della circostanze del reato", Nápoles.1963.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

“Desde una concepción de la norma como nexos pensados entre una hipótesis de hecho y una determinada consecuencia jurídica, todo aquello que entre dos disposiciones relacionadas verifica una cierta situación que comporta alguna consecuencia jurídica nueva, da lugar al nacimiento de otra norma, completamente autónoma respecto a la norma base.”

De esta forma Gallo, negó una teoría general de las circunstancias para el Derecho Penal, explicando sólo que era un asunto de interpretación sobre los distintos elementos que determinan nuevas figuras autónomas afines.

Hay dos diferencias entre el sistema español y el italiano que ha propiciado que la doctrina no haya abordado el tema con la profundidad que lleva.

La primera es que el Código Penal Italiano recurre normalmente a la formación de nuevas figuras delictivas, mientras que el Código Penal Español, enumera las circunstancias que producen nuevas incriminaciones con referencia a un delito previamente señalado¹¹¹. La segunda diferencia y la más trascendente es que la doctrina italiana denomina delito circunstanciado a cualquier figura delictiva que contemple nuevas caracterizaciones no descritas en el delito base, con absoluta independencia de la naturaleza jurídica de estas caracterizaciones.

El régimen jurídico que el derecho italiano ha otorgado a las circunstancias ha conducido a la doctrina del país transalpino a un profundo análisis de la materia, calificado en su tiempo como la más rica y fructífera de cuantas existen en el panorama internacional y su ordenamiento en esta materia el más completo y complejo de todos¹¹².

Uno de sus últimos exponentes es Alessandro Melchionda,¹¹³ quien desde diferentes ángulos ha expuesto los límites y problemas actuales de la situación normativa italiana, orientando, entre otras cosas, la imposibilidad de individualizar una definición pre jurídica del concepto de circunstancia y el

¹¹¹ González Cussac. Presente y Futuro de las circunstancias modificativas. ... Ob.Cit.

¹¹² Cfr. González Cussac. Teoría de las circunstancias.... Ob Cit. Pág. 42

¹¹³ Cfr. Melchionda Alessandro. Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalista. Italia. 2000. pág 709 y siguientes.

problema de la definición normativa de las circunstancias del delito, en el cuadro actual del ordenamiento penal italiano, en particular el rol de las circunstancias en la estructura normativa de la parte especial (en sentido amplio), al término de la consiguiente distinción de la parte especial incriminatoria del delito simple de aquella del delito circunstanciado.

Para este autor, la problemática actual de que perdure la tendencia ontológica en el régimen diverso de lo planteado por la doctrina sobre las circunstancias y los elementos constitutivos del delito, acarreará mayores consecuencias jurídicas en la legitimación de la interpretación dogmática y/o funcional, en especial, para la esfera de la operatividad de las circunstancias, en tanto éstas son activadas por disposición de la ley. Además, considera de gran complejidad para el sistema Italiano las exigencias de delimitar sistemáticamente las circunstancias con riesgo de que se viole el principio de taxatividad,¹¹⁴ cuyo apego al principio de legalidad evita que las leyes contengan tipicidades penales vagas.

También ha sido criticada la técnica utilizada por el Derecho Penal Alemán, planteándose entre otras cosas, que no puede hablarse de paralelismo entre causas de agravación o atenuación previstas en la parte especial del Código Penal Alemán y las circunstancias del delito en sentido propio, ya que los casos innominados, menos graves o especialmente graves, presentan una indeterminación en la materia cuyo contenido lo suple el criterio del juez y ello provoca un distanciamiento del sistema de circunstancias, y porque: *“la ausencia de circunstancias generales y, por tanto, de reglas generales sobre la determinación de la pena en atención a las circunstancias conduce a que todo intento de trasladar la discusión sobre las circunstancias a las características que configuran tipos modificados o delicta sui generis en el Código Penal Alemán sencillamente carezca de sentido”*.

Hemos aceptado por tanto afiliarnos al criterio definido por la doctrina española, que el concurso de circunstancias generales junto al delito, no conlleva al nacimiento de una nueva figura autónoma respecto al mismo

¹¹⁴ Melchionda Alessandro. Ob. Cit. Pág. 719.

delito sin la concurrencia de circunstancias, sino a la norma cualificada o privilegiada.

Esta respuesta categóricamente negativa, la expone González Cussac, quien a su vez ejemplifica. *“un homicidio con nocturnidad y arrepentimiento espontáneo no constituye en modo alguno una nueva figura de delito. Y ello porque las circunstancias, no son sino elementos accidentales del delito que únicamente afectan la gravedad del mismo, dejando intacta su esencia”*¹¹⁵.

Cuestión diferente es, si se opera con determinadas circunstancias especiales como el Homicidio respecto al Asesinato, determinando la aparición de una nueva figura delictiva autónoma, lo que no significa que el Asesinato constituya un tipo de injusto diferente al Homicidio, sino que el legislador entiende que la presencia de dichas circunstancias en el delito merece una mayor penalidad por suponer una mayor gravedad del hecho. De esta forma lo que determina la aparición de un delito sui generis o autónomo es la variación del tipo de injusto.¹¹⁶

Queda claro entonces, respecto a las circunstancias generales o comunes, que éstas no le confieren autonomía alguna al delito que acompañan, al no integrarse y sólo suponer una variación de la sanción básica asignada al tipo penal y tratándose como se ha repetido en más de una ocasión en este trabajo, de causas de medición de la pena.

Pero en realidad es a partir de la técnica legislativa empleada que las circunstancias generales se diferencian de las especiales, otorgándoseles una relevancia excepcional y que en aquellos casos de delitos circunstanciados, los hace autónomos respecto al delito base, *“al menos desde una perspectiva formal, aunque no material”*¹¹⁷.

¹¹⁵ González Cussac. Cuadernos..... Ob Cit.

¹¹⁶ Idem. Refiriéndose a Cuello Contreras, en su trabajo “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito sui generis” año 1978.

¹¹⁷ Ibídem.

Por tanto hay que diferenciar entre tipos autónomos y tipos dependientes en virtud de las figuras delictivas¹¹⁸ o "construcciones legales".

De esta forma, no debe concluirse que todo delito circunstanciado constituye una figura autónoma, sino tan sólo cuando el legislador lo haya previsto y de igual forma, al decidir qué características de la parte especial dan lugar a un delito circunstanciado, debe prestarse sumo cuidado, ya que pudieran ser auténticos elementos esenciales del delito, o producirán un cambio cuantitativo de la pena base asignada, que en modo alguno tendrá fuerza suficiente para dar lugar al nacimiento de una nueva figura de delito¹¹⁹.

Una cuidadosa interpretación puede ser la mejor solución a estos supuestos, así trató de hacerlo la Sentencia antes descrita, número 6016 de 23 de Octubre de 1981: *"...las agravantes no deben confundirse con los elementos constitutivos del delito, son partes de él, pues sin ellos no existirían así el delito comprendido en el artículo 204 apartado primero del Código Penal, cometido en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas, y en el caso en examen de hacerlo en estado de embriaguez, constituye un delito específico, caracterizado por circunstancias que definen el tipo penal, distinto e independiente del otro delito de daños, luego no puede ser apreciado como la agravante de la letra L) del artículo 53 del Código Penal, ni siquiera para agravar el otro delito de daño, provocado por su imprudencia, como injustificadamente se pretende...."*¹²⁰

Dicho esto, al examen del Código Penal Cubano, las formas agravadas en tipos penales que hacen alusión a circunstancias generales modificativas de la responsabilidad penal más significativas, son aquellas que se refieren a la reincidencia y a la utilización de menores. Ello ocurre por ejemplo, en los

¹¹⁸ Quirós Pérez ha argumentado que la estructura del delito se refleja en la estructura de la figura del delictiva, teniendo en cuenta la relación entre el delito y la figura del delito, es decir, entre lo general y lo particular. Sin embargo como la figura delictiva consiste en la concreción de una determinada acción u omisión socialmente peligrosa y antijurídica, tal reflejo se lleva a cabo mediante las denominadas "características", las que son rasgos particulares (concretos) de la acción u omisión legalmente definida en cada figura de delito; ellas representan lo que designa, caracteriza, un tipo concreto de acción u omisión. Ob. Cit. Pág. 162.

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Boletín del Tribunal Supremo 2do semestre año 1981.

artículos 182.1.5; 183.b; 298.3.a y 338.1.3.a, refiriéndose a la circunstancia de la reincidencia y en los artículos 190.1.2.b y 219.1.2 cuando participan menores de dieciséis años de edad¹²¹.

¹²¹ Artículo 182.1 La sanción accesoria de suspensión de la licencia de conducción puede imponerse, según los casos, si el sancionado ha incurrido en alguno de los delitos contra la seguridad del tránsito previstos en este Código.

5. A los que reinciden en la infracción penal del apartado 1, inciso a) del artículo 181, se les puede imponer como sanción accesoria, la suspensión de la licencia de conducción por un período no menor de un año ni mayor de diez.

Artículo 183. Para la adecuación de las sanciones establecidas en el presente Capítulo, los tribunales tienen en cuenta: inciso b) Si el culpable ha sido con anterioridad ejecutoriamente sancionado por la comisión de algún delito contra la seguridad del tránsito y especialmente, el número y la entidad de las infracciones cometidas por el mismo durante el año natural anterior a la fecha de la comisión del delito.

Artículo 298. Se sanciona con privación de libertad de cuatro a diez años al que, tenga acceso carnal con una mujer, sea por vía normal o contra natura, siempre que en el hecho concurra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) usar el culpable de fuerza o intimidación suficiente para conseguir su propósito;
- b) hallarse la víctima en estado de enajenación mental o de trastorno mental transitorio, o privada de razón o de sentido por cualquier causa, o incapacitada para resistir, o carente de la facultad de comprender el alcance de su acción o de dirigir su conducta.

3. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- a) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido ejecutoriamente sancionada por el mismo delito.

Artículo 338.1. El que, sin haber tenido participación alguna en el delito, oculte en interés propio, cambie o adquiera bienes que por la persona que los presente, o la ocasión o circunstancias de la enajenación, evidencien o hagan suponer racionalmente, que proceden de un delito es sancionado con privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.

3. La sanción es de privación de libertad de dos a cinco años o multa de quinientas a mil cuotas:

- a) si el hecho se ejecuta por una persona que con anterioridad ha sido sancionada por el delito previsto en el apartado 1.

Artículo 190.1. Incurrir en sanción de privación de libertad de cuatro a diez años, el que:

- a) sin estar autorizado, produzca, transporte, trafique, adquiera, introduzca o extraiga del territorio nacional o tenga en su poder con el propósito de traficar o de cualquier otro modo procure a otro, drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares;
- b) mantenga en su poder u oculte sin informar de inmediato a las autoridades, los hallazgos de drogas, estupefacientes, sustancias sicotrópicas u otras de efectos similares;
- c) cultive la planta Cannabis Indica, conocida por marihuana, u otras de propiedades similares, o a sabiendas posea semillas o partes de dichas plantas. Si el cultivador es propietario, usufructuario u ocupante por cualquier concepto de tierra se le impone además, como sanción accesoria, la confiscación de la tierra o privación del derecho, según el caso.

3. La sanción es de privación de libertad de quince a treinta años o muerte:

- ch) si en la comisión de los hechos previstos en los apartados anteriores se utiliza persona menor de 16 años.

Artículo 219.1. El banquero, colector, apuntador o promotor de juegos ilícitos es sancionado con privación de libertad de uno a tres años o multa de trescientas a mil cuotas o ambas.

2. Si el delito previsto en el apartado anterior se comete por dos o más personas, o utilizando menores de 16 años de edad, la sanción es de privación de tres a ocho años.

3.3. Las circunstancias en las teorías del delito y de la pena.

Se discute si las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han de estudiarse en el seno de la teoría del delito o dentro de la teoría de la pena.

El estudio de las circunstancias modificativas de la responsabilidad desde la perspectiva de la teoría del delito tiene una amplia aceptación en España, pero no es unánime¹²². Igualmente y como resulta hasta cierto punto habitual en estos casos, un numeroso grupo de autores parece inclinarse por una posición decididamente ecléctica o intermedia, mostrándose cautelosos y francamente enemigos de soluciones absolutas y terminantes.

Estas inclinaciones teóricas que obedecen a las técnicas legislativas empleadas en los textos penales sustantivos, así como al controvertido y polémico tema de la interpretación, no sólo ha centrado la discusión general en las mismas, sino que además se ha proyectado y condicionado sobre prácticamente todas las demás áreas de la problemática que plantean las circunstancias, tales como su naturaleza jurídica, su comunicabilidad, compatibilidad, sistematización, estructura, error, e incluso como ya examinamos hasta en su mismo concepto.

Trataremos de explicar en breve resumen algunas de estas posiciones teóricas:

Para Muñoz Conde, la relación de las circunstancias con la teoría del delito se pone de manifiesto en el hecho de que *“las circunstancias que alteran la forma de realización de la conducta, deben ser abarcadas por el dolo del autor para que puedan serle aplicadas”*¹²³, situación que en esta materia determina la vigencia del principio de culpabilidad; reafirmando el criterio de que las circunstancias deben entenderse como elementos accidentales de la conducta punible.

¹²² Cobo del Rosal, Vives Antón, González Cussac y Quintero Olivares, se orientan en la línea de que las circunstancias pertenecen a la teoría de la pena. Por todos Cussac. Teoría de las circunstancias... Ob. Cit.

¹²³ Muñoz Conde y García Arán. Derecho Penal General. Ob. Cit. Pág. 419.

Este análisis realizado desde la óptica de la prevalencia del principio de culpabilidad para la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, debe partir de la triple significación que se le otorga al concepto de culpabilidad en el Derecho Penal moderno¹²⁴: ya sea como fundamento de la pena referido a la capacidad de culpabilidad o como conocimiento de antijuridicidad y exigibilidad de la conducta, sin los cuales no es posible imponer la pena, cuyos elementos permiten determinar la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener la pena, o en virtud de atribuirle al autor una conducta dolosa o por imprudencia, o derivada de una combinación de ambas.

También Mercedes Alonso entiende que las circunstancias constituyen un sector de la teoría del delito y que no son simples criterios de gradación de la pena, aún y cuando produzcan efectos especiales en ésta; *“pero la modificación de la pena – dice - presupone la modificación, accidental, del contenido de injusto o de culpabilidad, propio del particular tipo de delito”*¹²⁵

La disparidad de criterios o de puntos de vista que se advierten por los autores en la orientación de las circunstancias a la teoría del delito pudiera estar matizada en la orientación de cada circunstancia al injusto o la culpabilidad, planteamiento básico iniciado por Freundenthal en relación con la exigibilidad de la conducta¹²⁶.

En la orientación al injusto o a la culpabilidad es decisivo por un lado el examen de los elementos que conforman las circunstancias en particular y de su sentido teleológico. En este aspecto se admite generalmente que la naturaleza objetiva, subjetiva o mixta, es indiferente a los efectos de decidir la pertenencia de una circunstancia al injusto o a la culpabilidad¹²⁷; pero por otro lado, la concepción del injusto o de la culpabilidad es decisiva también para el tratamiento que sobre las circunstancias se proyecta la propia concepción dogmática.

¹²⁴ Ver sobre el principio de culpabilidad a Carbonell Mateu. Juan Carlos. Derecho Penal: concepto y principios constitucionales. Tirant lo blanch alternativa. Valencia 1995. Pág. 216.

¹²⁵ Alonso.Álamo.M. Cuadernos.... Ob. Cit.

¹²⁶ Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal... Ob. Cit. Pág. 360.

¹²⁷ Cfr. Alonso Álamo M. Cuadernos.... Ob. Cit.

Sobre este tema, se ha pronunciado Cerezo Mir, en sus apuntes de lo injusto como magnitud graduable.¹²⁸ Para este autor, constituye circunstancia todo hecho, relación o dato concreto determinado, que es tenido en cuenta por la ley para medir la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad y por ello tanto el desvalor de la acción como el desvalor del resultado en los delitos de acción dolosos e imprudentes, pueden revestir una mayor o menor gravedad, en las que como en el Código Penal Español, se incluyen una serie de circunstancias atenuantes y agravantes que atenúan o agravan la pena, por ser menor o mayor la gravedad de lo injusto.

De esta forma considera Mir Puig al igual que Díez Ripollés, que la antijuridicidad no tiene un contenido puramente negativo, *“sino que puede comprender elementos ajenos a lo injusto específico de la conducta delictiva que necesariamente no pertenecen al tipo.”*¹²⁹

Basado en estos criterios es que Cerezo Mir estima que no deben excluirse del concepto de circunstancias las eximentes incompletas ni la minoría de edad, como lo hace Mercedes Alonso, ya que ambas representan al concurrir, modificaciones valorativas internas de los elementos esenciales del delito, mientras que en las circunstancias se darían variaciones meramente accidentales de dichos elementos.¹³⁰

Desde una concepción garantista y personal del injusto, que requiere tomar en cuenta todas las circunstancias que han influido en la conformación de la conciencia del autor, ha realizado su enfoque Bustos Ramírez, quien se afilia a la orientación de las circunstancias respecto del injusto y la culpabilidad en sus relaciones con el sujeto, concepción favorecida por la evolución de las circunstancias dentro de la teoría del delito porque ha dejado como dice, *“de contemplar al sujeto como puro ser abstracto, para considerarlo como ser social y cumplir así con el principio de igualdad”*¹³¹.

¹²⁸ Cerezo Mir. Curso de Derecho Penal Español. Ob. Cit. Pág 112 sgtes.

¹²⁹ Idem. Ob. Cit Pág. 112.

¹³⁰ Ibídem. Pág. 113.

¹³¹ Bustos Ramírez Ob Cit. Pág. 362.

Por su parte Mir Puig y Rodríguez Devesa, abordaron el tema, observando como ventajas que vincular las circunstancias a la teoría del delito permitía hacer referencia a la determinación de la pena respecto a la gravedad de su presupuesto, el delito y por tanto, dicha gravedad sólo se explica según el esquema de la teoría del delito, en el que la antijuridicidad y la culpabilidad son susceptibles de variación según las circunstancias que concurran en el caso concreto y en el delito cometido, dejando de esta forma a la teoría de la pena, sólo las reglas de determinación de la pena¹³².

Se apoya este planteamiento, a partir de las consideraciones del principio de proporcionalidad de las penas, ya que si los marcos penales genéricos deben ser proporcionados, como se dijo, a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga dentro de dicho marco; por lo que si esta posición se adopta en relación a las circunstancias atenuantes y agravantes, es porque al decir de Muñoz Conde *“éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad del autor, obteniéndose con ello la proporcionalidad en concreto”*¹³³.

Pero como ya explicábamos, aunque es mayoritario en la doctrina española relacionar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal con la teoría del delito; otros autores llevan el tema a la teoría de la pena.

Entre los pocos defensores de estas corrientes se encuentran Cobo del Rosal y Vives Antón, quienes fundamentan las circunstancias como causas modificativas de la pena desde las concepciones teóricas de la pena, como concepto eminentemente graduable, sujeto a medición, prestándose más a ello que el propio delito. Es para estos autores el dilema de *“Tertium non datur”*, o existe delito, o no existe delito.¹³⁴ Se asegura este enfoque en la única forma que tiene el Derecho Penal para que se genere el nacimiento de la pena: *no hay pena sin delito*; pero sin embargo, una vez que se afirme la

¹³² Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 553.

¹³³ Muñoz Conde / García Arán. Ob. Cit. Pág. 418.

¹³⁴ M. Cobo del Rosal - Vives Antón T.S. Derecho Penal P.G. Ob. Cit. Pág. 736 sptes.

existencia del delito, la pena puede ser negada, como ocurre en las causas de exclusión de la pena, y son éstas causas modificativas de la pena las que se denominan circunstancias atenuantes o agravantes.

“El delito existe, se den o no las circunstancias agravantes o atenuantes – dicen Cobo del Rosal y Vives Antón – y no guarda por tanto, ninguna relación esencial con el mismo, puesto que únicamente afectan el quantum de la pena, e incluso a la calidad de la misma o modifican en última instancia la responsabilidad penal”¹³⁵, tratándose entonces de algo accesorio o accidental.

Esa resonancia y repercusión que tienen las circunstancias en los procesos graduativos de la pena, es lo que hace que se ubique el tema en esa teoría tal como viene en ocasiones enunciado en los preceptos del Código Penal.¹³⁶

Esta percepción sobre la virtualidad que para el sistema de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal es producida bajo el ámbito de la teoría de la pena, en la medida en que afecta a su medición, sólo se puede inscribir dentro de un Derecho Penal donde el principio de legalidad en materia de determinación de la pena, es llevado hasta el límite de lo posible.

Es el legislador, quien opta por una individualización penal de marcado carácter legal (*lex stricta*) frente a la posición de conceder poderes discrecionales a los jueces, terreno este del arbitrio judicial, en el que se trata de resolver las dos tendencias antagónicas: *“optima lex quae maximun arbitrium judicium relinquit y optima lex quae minimun arbitrium judicium relinquit”¹³⁷*.

Cabe entonces destacar, como coinciden Cobo del Rosal / Vives Antón, que un arbitrio prudente y razonable es el mejor complemento de la legalidad y justamente en la materia consagrada a la determinación de la pena a un

¹³⁵ Cobo del Rosal – Vives Antón. Ob. Cit. Pág. 736 sgtes.

¹³⁶ El artículo 47 del Código Penal Cubano recoge entre otros pasajes: “ *el tribunal fijara la medida de la sanción..... y teniendo en cuenta especialmente... las circunstancias concurrentes en el mismo.....* ” N. A.

¹³⁷ González Cussac. Cuadernos....Ob. Cit.

sujeto concreto, por un hecho específico, es donde mayores márgenes de arbitrio judicial se requiere.

Quizás por ello el legislador cubano haya suprimido los marcos para la adecuación de la sanción tras la apreciación de circunstancias atenuantes o agravantes genéricas de la responsabilidad penal, permitiendo sólo la compensación de las circunstancias en franca posición de extender y ampliar el arbitrio judicial.¹³⁸

Desde la concepción de la teoría de la pena, las circunstancias deben verse como instrumentos de medición de la pena, y más específicamente como elementos ofrecidos por el legislador que posibilitan la fijación del llamado marco legal concreto de la pena.

El asunto de la concreción legal de la pena, ampliamente abordado en la doctrina sobre la base del sistema de circunstancias, con una proyección político criminal, a partir de la mayor o menor necesidad de tutela y a la que por ende corresponde una mayor o menor necesidad de pena, se establece a partir de la distinción de dos grandes fases:¹³⁹

Primera Fase: Concreción legal de la pena: (a su vez, es necesaria la realización de dos operaciones.)

1. *Fijación del marco legal abstracto o genérico.* Viene determinado principalmente por la pena señalada a la figura del delito, según un criterio de proporcionalidad de la pena respecto al injusto hecho y la culpabilidad, estableciendo en atención a consideraciones de justicia, orientadas por fines casi exclusivamente de prevención general.

¹³⁸ Ver Capítulo I , relacionado con la formulación del Código de Defensa Social y las modificaciones que le precedieron. N.A.

2. *Fijación del marco penal concreto.* Esto es, la modificación de la pena teniendo en cuenta la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes. Este espacio que normalmente se limita a señalar el grado de la pena viene fundamentalmente determinado no sólo por el grado del mayor o menor reproche culpabilístico, sino sobre todo por consideraciones de prevención general y especial que obedecen a motivos pragmáticos, extrínsecos a las categorías del delito, que no guardan relación ninguna ni con la intensidad del ataque ni con el grado de reproche. En cualquier caso, tanto las consideraciones moduladas sobre la base de la prevención general, como sobre la especial, no pueden nunca rebasar las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso.

Segunda Fase: *La individualización judicial:* Que es propiamente la auténtica individualización y en la cual el juez toma en consideración una serie de circunstancias no previstas en la ley, susceptibles de generalización, que afectan a la gravedad del hecho y ponen de manifiesto la personalidad del delincuente. Deben ser valoradas uniformemente según imperativo del principio de igualdad.

Este acápite sobre la individualización judicial de la pena en la teoría de las circunstancias para el mencionado autor, guarda relación con la individualización que lleva a cabo el juez en el proceso de adaptar aún más la pena al caso concreto y al individuo, y en las que se dice, no tienen cabida las circunstancias modificativas, en tanto *"la individualización judicial comienza sólo cuando la determinación legal de la pena ha llegado a su fin, porque precisamente el juez lo que hace es tener en cuenta una amplia serie de circunstancias que la ley no ha tenido en cuenta de forma expresa o taxativa"*¹⁴⁰.

Dicha particularidad ha sido examinada por Llorca Ortega¹⁴¹, quien plantea que *"las reglas que preceptúan el influjo de las circunstancias modificativas - normas que se conocen con la denominación, ya clásica, de reglas de aplicación de penas relativas a las variantes accidentales -, actúan en la*

¹⁴⁰ González Cussac. Cuadernos.... Ob. Cit.

¹⁴¹ Llorca Ortega J. Manual de Determinación de la pena. 2da edición. Valencia 1988, Pág. 53 y 54.

última fase operacional de la determinación de la pena. Partiendo de la pena-base del delito apreciado, y una vez hayan producido su efecto los preceptos reguladores de las formas imperfectas de desarrollo y de la participación secundaria, entraran en juego estas reglas, como última operación a practicar, incluso posterior a la efectividad de las facultades moderadoras que ciertos preceptos del Código Penal dejan al arbitrio de los tribunales. De esta forma una vez hecha por el tribunal la individualización de la penalidad, sobre ella deberán aplicarse las reglas referentes a la determinación de la pena en función de las variantes accidentales."

Aunque en algunos códigos penales, como el alemán y el italiano, los legisladores ofrecen criterios generales para que los jueces se orienten en la determinación judicial de la pena, en otros como el Código Penal Español¹⁴² y el nuestro, las circunstancias modificativas constituyen causas legales de modificación de la pena y quedan al margen de la discrecionalidad de los tribunales, tal y como se aprecia en el artículo 47, ordinal primero de la Ley 62 de 1987.

De todas formas los criterios que el legislador ofrezca o no al juez para orientarle en su labor individualizadora persiguen un objetivo común, lograr la mayor proporcionalidad posible entre la pena y el delito, unas, impuestas por la ley para acotar el espacio de pena que el juez puede imponer, mientras que la individualización judicial busca fundamentalmente su adaptación al individuo concreto, basándose en consideraciones de prevención especial.

La existencia de dos posiciones para entender la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, deviene en crítica de uno y otro lado.

Para Alonso Alamo, entender que las circunstancias cumplen una función político criminal de tutela o de mayor o menor necesidad de pena *"no debería ser un obstáculo para orientarlas al delito, siempre que se parta claro está, de una concepción del injusto o de la culpabilidad no ajena a contenidos políticos"*

¹⁴² Cfr. Código Penal Español. Título III Capítulo II, sección primera "Reglas generales para la aplicación de las penas"

criminales”,¹⁴³ y continúa “..... si se parte de una concepción del injusto o de la culpabilidad, la interpretación teleológica - valorativa permite sostener que particulares circunstancias se fundan en razones distintas como pudiera ser en consideraciones de peligrosidad o de punibilidad, por lo que la orientación de cada circunstancia debería realizarse caso por caso”.

Por su parte, González Cussac al evaluar las posturas partidarias de conectar las agravantes con injusto y culpabilidad, considera que *“son reflejo más bien de un deseo futuro que de una construcción anclada en la realidad positiva”*. *Con ello más que adelantar, se retrocede, porque para dar cabida a estas agravantes se tiene forzosamente que ensanchar peligrosamente los conceptos de antijuricidad y culpabilidad”*.

La solución posible la encuentra este autor de *“lege ferenda”* en el reenvío a la parte especial de las agravantes que lo merezcan, lo que no sería incompatible con un sistema de agravantes generales y por tanto satisfactorio desde la óptica político criminal, dogmática y técnica.

De esta forma plantea que tras emprender una reforma de todo el sistema español de determinación de la pena, convendría una reducción de los marcos penales, evitándose el riesgo de conceder un excesivo arbitrio judicial lo que a la vez, sería de utilidad en el proceso de concreción legal de la pena.

Si bien resulta de extrema seriedad académica asumir en un trabajo como este posiciones de inclinación hacia una u otra teoría me atrevería a inclinarme hacia la doctrina minoritaria, al menos desde la óptica del derecho penal sustantivo cubano.

Aunque en la evolución histórica de las circunstancias en el Derecho Penal Cubano ha existido una valoración descriptiva del legislador, tras la derogación del casuismo que caracterizaba al Código de Defensa Social, la instauración de las leyes 21/79 y 62/87 así como en las recientes modificaciones realizadas al texto penal sustantivo, algunas circunstancias agravantes genéricas, se sitúan bajo una función político criminal, orientadas hacia una mayor necesidad de tutela, como se puede observar a simple vista en los incisos e, ñ y o del

¹⁴³ Cfr. Alonso Álamo. Cuadernos.... Ob. Cit.

artículo 53¹⁴⁴. Asimismo al carecer el Código Penal Cubano de reglas específicas para la aplicación de las circunstancias, el juzgador tiene siempre que moverse en los marcos legales establecidos para el tipo penal, cuestión que no ha dejado de ser una preocupación para la jurisprudencia; lo que se deduce de las sentencias 3996 de 14 de Julio de 1999 en relación con la circunstancia prevista en el artículo 53-e y en la sentencia 5397 de 29 de Octubre de 1998, referida a la circunstancia agravante del 53-c derivada de graves consecuencias originadas por el delito y que para lograr una idea de lo planteado reproducimos sus pasajes más relevantes:

Sentencia 3996. “Que el tribunal de instancia incurrió en error al apreciar en relación al acusado la agravante prevista en el inciso e) del artículo 53 del Código Penal, referida a haberse cometido el delito aprovechándose de la situación especial que atraviesa el país, que se denomina período especial, y que como ya se ha expresado por este tribunal de casación en otras ocasiones, el legislador no la pudo tener en cuenta para incluirla en el código penal, porque no existe ninguna similitud entre la situación especial que por él se regula y el mencionado período especial que viene viviendo nuestro país desde la caída del campo socialista y el derrumbe de la URSS, pero en el supuesto de que así hubiera sido, no puede pretenderse que su apreciación se haga, única y exclusivamente para el delito de Proxenetismo y Trata de personas, tal y como viene incidiendo erróneamente la Sala de lo Penal del Tribunal Provincial Popular, puesto que la llamada situación especial propiciada por el período especial, en ese caso, se tendría que hacer extensiva a todas las manifestaciones delictivas que se produjeran a lo largo de todos los años que dura el tan mencionado período especial, y por tanto, su apreciación no podría interrumpirse al libre albedrío de los que aplican la ley en dependencia del tipo delictivo que venga analizando, con el objetivo de exponer que “se manifiesta de modo muy intenso” y derivado de ello tenerlo en cuenta para la agravación extraordinaria de la sanción, para salirse del marco legal que tiene previsto dicha figura delictiva, según prevé el artículo 54.2 del código penal, lo cual tuvo trascendencia al fallo al imponérsele”

¹⁴⁴ Ver en Capítulo I, modificaciones del artículo 53 de la Ley 62/87. pág.30

Sentencia 5397. "Resulta interés primordial de nuestro Estado el mantener en una primera etapa la masa ganadera existente, afectada de forma importante por las dificultades provenientes de la desaparición del campo socialista, otrora fuente principal de suministro de nuestras materias primas, además de la permanente e ilegal incidencia del bloqueo económico que pesa sobre nuestra economía, tanto en el sector privado, cooperativo campesino y el de mayor relevancia , el sector estatal, sin que tales esfuerzos estén limitados a la búsqueda de reses de valor considerable, o a ejemplares que pudieran ser objeto de exposición, sino también va dirigida la acción estatal a los ejemplares, tanto vacunos como equinos que no son reconocidos como razas puras, y si los actos ejecutados por los acusados inciden de forma importante contra los planes para preservar la masa ganadera, sin lugar a dudas corporifica la circunstancia agravante de la responsabilidad penal prevista en el artículo 53-c del código penal...."

Para concluir sólo nos queda hacer breve mención a las posiciones que adoptan ambos criterios.

Aunque la mayoría de estos autores coinciden únicamente en rechazar la conexión de las circunstancias con las categorías esenciales de la infracción, suelen también por lo general, acudir a la teoría de la pena para apuntalar la fundamentación de las mismas.

Una de estas posiciones intermedias es la asumida por Orts Berenguer¹⁴⁵, que desde su punto de vista centra el fundamento en la disminución del daño o del reproche culpabilístico y de otra en motivos político-criminales.

Otra de las corrientes doctrinales es la seguida por Quintano Ripollés, quien entiende que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal afectan únicamente al aspecto de la cuantía de la punición, "*por lo que el lugar más adecuado para su estudio parece ser el dedicado a la punibilidad*"¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Orts Berenguer. Ob. Cit. Pág. 38 y 39.

¹⁴⁶ González Cussac. José Luis. Teoría General de las Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Penal. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia. 1988. Pág. 143.

Sin embargo, el más fiel exponente de las posiciones eclécticas es Enrique Bacigalupo¹⁴⁷, quien afirma que desde el punto de vista de los fines de la pena, las circunstancias pueden explicarse tanto desde posturas absolutas como relativas. Por ejemplo, desde una óptica retribucionista, las atenuantes se explicarían por la disminución de la libertad del sujeto, y las agravantes porque aumentan la reprochabilidad. Desde una perspectiva de prevención especial, las primeras lo harán en base a la menor energía criminal, y las segundas, por mostrar precisamente una más elevada energía criminal; las atenuantes se fundamentarían en la necesidad de disminución de la pena y las agravantes, por necesitar un mayor efecto intimidatorio. Sin embargo el citado autor entiende que las circunstancias no son otra cosa que elementos del tipo penal, legislado con una técnica desafortunada.

4.- Naturaleza jurídica de las circunstancias.

El desinterés mostrado por la doctrina en el estudio de la teoría de las circunstancias no acontece de manera igual en lo que respecta a su naturaleza jurídica. Ello es así por diferentes consideraciones, algunas de ellas como plataforma para desarrollar los criterios de clasificación, para a la vez fijar los principios interpretativos, con los que posteriormente quedará irremediabilmente vinculado al régimen, dogmático y práctico, de atenuantes y agravantes.¹⁴⁸

En este polémico asunto se ha entendido que entre los autores existe confusión, en especial entre los *objetivistas y subjetivistas*¹⁴⁹, lo que como hemos repetido ha oscurecido su propio concepto, elementos, fundamento, función y también su naturaleza jurídica y de tales planteamientos, han surgido diferentes tesis bajo la misma impresión que las de arriba señaladas.

Algunos consideran que hay que tener en cuenta si su fundamento viene relacionado con la sistemática de la moderna teoría del delito, es decir el injusto, en cuanto antijuridicidad o en la culpabilidad o en cuanto a la

¹⁴⁷ Es mencionado por González Cussac en Teoría de las circunstancias... Ob. Cit. Pág. 142 y 143, refiriéndose a la obra de Bacigalupo "La individualización de la pena en la reforma penal." RFDUC Monográfico. No 3, Madrid, 1980, Pág. 61, 62 y 63.

¹⁴⁸ González Cussac. Ob. Cit. Pág. 153.

¹⁴⁹ Ídem. Pág. 154.

reprochabilidad; otros les encuentran razones de justicia material y de política criminal, colocándola fuera de la teoría del delito y sí como parte de la teoría de la pena.

Para Cobo del Rosal y Vives Antón¹⁵⁰, el tratamiento científico sobre la teoría general de las circunstancias y en el orden práctico, el estudiar de los textos penales; así como la naturaleza y los criterios de clasificación, constituyen las cuestiones más importantes, en tanto estos criterios deben responder a principios de interpretación y no a una clasificación formal de las agravantes y atenuantes, lo que obliga a ser consecuentes con la clasificación que se escoja y en consecuencia con la naturaleza jurídica de éstas.

Refieren estos autores que la naturaleza jurídica de las circunstancias y los criterios de clasificación se configuran como coincidentes y por ello se originan confusiones¹⁵¹, sin embargo la doctrina en general ha planteado que se trata de causas para la medición de la pena, llamadas en pura terminología jurídica: **modificativas de la responsabilidad penal o criminal**¹⁵², porque su presencia modifica dicha responsabilidad atenuándola o agravándola.

Ruiz Morón¹⁵³ considera que las circunstancias atenuantes y agravantes influyen sobre alguno de los elementos del delito, debilitando o incrementando su intensidad y produciendo en consecuencia una disminución o aumento de la pena. Este planteamiento se une a aquellos que consideran las circunstancias como parte del injusto, aunque no lo

¹⁵⁰ Cobo del Rosal M.-Vives - Antón. T.S. Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. Pág..610 sgtes.

¹⁵¹ Cobo del Rosal- Vives Antón. Ob. Cit. Pág. 610 y sgtes.

¹⁵² A lo largo del trabajo indistintamente se ha utilizado el término circunstancias modificativas de la responsabilidad “penal” o “criminal”, lo que resulta intrascendente y solo responde a cuestiones terminológicas relativas al ordenamiento punitivo. Cfr. Polaino Navarrete Miguel. Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. Tercera Edición. Editorial Bosch. Casa Editorial. S.A. Barcelona. Año 1996.

¹⁵³ Cfr. Ruiz Morón Ruiz Rico. Juan. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal. Madrid. Marzo 1995.

afectan,¹⁵⁴ como ocurre con las eximentes, pero que se extienden a los elementos objetivos y subjetivos e influyen sobre la cantidad de la infracción, haciéndola más o menos grave.

En su mayoría, los autores coinciden en que a la par de los elementos esenciales del delito, sin los cuales este no existe, se sitúan los elementos accidentales, constituidos por las atenuantes y agravantes, salvo algunas excepciones como la atenuante del arrepentimiento, al menos en la interpretación no valorativa que se hace de esta circunstancia¹⁵⁵.

La definición que se le hace alternativamente a las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal como “*elementos accidentales*”, ha sido utilizada entre otros autores por Suazo Lagos¹⁵⁶ y Bustos Ramírez¹⁵⁷, ya que no son elementos tan necesarios como los que forman parte de la estructura del delito y ese carácter accidental, obliga a diferenciarlas de aquellas circunstancias que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito, como ocurre en el parricidio y en el asesinato, cuyos delitos están compuestos por elementos “**esenciales**” que no podrán entenderse como aquellos otros elementos “**accidentales**” que agravan la responsabilidad penal referidos al parentesco y la alevosía.

De esta forma, las circunstancias, dice Bustos Ramírez, “*tienen, por objeto una mayor precisión del injusto, es decir, están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e igualmente en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las*

¹⁵⁴ Ídem. Para Ruíz Morón este planteamiento no quiere decir que las circunstancias no afecten también a los elementos esenciales del delito, lo que ocurre dice “*es que sus efectos no son nunca absolutos, careciendo de virtualidad para anularlos*”.

¹⁵⁵ Cfr. Terradillos Basoco. Juan María. Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada en la responsabilidad criminal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid. Marzo 1995.

¹⁵⁶ Cfr. Suazo Lago. René. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Sexta Edición (corregida y mejorada) Honduras 1995. Pág. 158

¹⁵⁷ Bustos Ramírez J. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Ob. Cit Pág. 411 sgtes.

*circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales*¹⁵⁸.

Mir Puig,¹⁵⁹ parte de dos precisiones: la primera *“que las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto, no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho”*, tal y como aparecen en la parte especial del Código Penal y la segunda *“es que la expresión elementos accidentales conque calificamos a las circunstancias modificativas no significa solo que su concurrencia no sea necesaria para la presencia de un delito”*.

Por otra parte, el criterio sobre la naturaleza jurídica de las circunstancias y su clasificación ha cristalizado bajo el esquema que las agrupa en objetivas, subjetivas y mixtas¹⁶⁰, quizás *“dada la tendencia causalista general de dividir el delito en aspectos objetivos y subjetivos”*¹⁶¹, cuyo planteamiento del problema es determinar cuáles son unas y cuáles otras.

*Ya desde el siglo XIX se había manifestado esa falta de unanimidad y coincidencia en cuanto a la naturaleza dogmática de las circunstancias agravantes, lo que fue señalado por Mir Puig y cito: “mientras que Silvela creía que todas eran objetivas, Dorado Montero las consideraba subjetivas por indicar mayor peligrosidad del reo. En realidad - continúa este autor- es lógico que la calificación dependa de la concepción dogmática que se adopte.”*¹⁶²

*Refiriéndose a la naturaleza jurídica de las agravantes Puig Peña*¹⁶³ *explicó las tres posiciones que la doctrina había planteado sobre el tema, la clásica u objetiva, la moderna o subjetiva y la ecléctica o intermedia.*

¹⁵⁸ *Ibíd*em

¹⁵⁹ Cfr. Mir Puig Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5ta Edición. Barcelona 1999. Pág. 553.

¹⁶⁰ Cobo del Rosal-Vives Antón. Derecho Penal.... Ob. Cit. Pág. 611.

¹⁶¹ Bustos Ramírez. J. Ob. Cit. Pág. 411

¹⁶² Mir Puig. Derecho Penal Parte General. Ob. Cit. Pág.636.

¹⁶³ Cfr. Puig Peña Federico. Derecho Penal 6ta Edición, Tomo II, Madrid, 1969. Pág. 114,115 y 116.

- Doctrina clásica u objetiva: Es la más antigua que considera a las agravantes como circunstancias de carácter objetivo, en cuya apreciación no debe tenerse en cuenta en absoluto, el estado anímico del sujeto. El fundamento de la agravación, para esta doctrina radica en la mayor criminalidad del hecho, apreciado desde el punto de vista real, material y objetivo.
- Doctrina moderna o subjetiva: Planteaba en oposición a la doctrina anterior, que el carácter de las circunstancias agravantes, es puramente personal, pues no presenta sino una mayor culpabilidad, una mayor temibilidad del delincuente en cuyo acto aparecen.
- Doctrina ecléctica o intermedia: Esta última posición entiende que no se puede establecer un criterio general, que algunas de las circunstancias tienen un matiz subjetivo y otras, en cambio un matiz objetivo.

Referirse a la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias pudiera ser impropio e inadecuado, ya que el riesgo de crear un criterio sistemático en las circunstancias, condicionándolas y sometiéndolas a reglas generales esquemáticas y rígidas afectarían, en primer lugar, la interpretación específica de ellas y en segundo término, incidiría negativamente en la labor de individualizar y estudiar cada caso en concreto en el que ellas se manifiestan.

Díez Ripollés cuestiona la utilidad de seguir manteniendo la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias *"salvo que se pretenda averiguar si se exige un elemento subjetivo de aprovechamiento o de busca de propósito"*¹⁶⁴.

¹⁶⁴ 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 ADPCP.1977. Pág. 641.

Tampoco Alonso Alamo, quien con especial atención expuso el tema,¹⁶⁵ cree posible resolver la interrogante de la naturaleza jurídica acudiendo al binomio objetivo-subjetivo, mucho menos al amparo de la formulación legal del artículo 60 del Código Penal Español de 1973 como hicieron algunos autores y aclara *"la naturaleza objetiva-subjetiva o mixta de una circunstancia ha de ser indagada y reconocida al margen del citado artículo 60"*¹⁶⁶.

*Así ha sucedido en la jurisprudencia cubana en la interpretación de la alevosía genérica y la específica, a partir de los elementos que componen el concepto en uno y otro caso, a veces valorado en el plano subjetivo y otros en el objetivo,*¹⁶⁷ *cuestión que trató de resolver la Sentencia número 3478 de 19 de Agosto de 1980: "la agravante de alevosía, tal como venía concebida en el Código de Defensa Social, viene hoy reservada únicamente para calificar el delito de asesinato, ya que la agravante genérica del Código Penal, no es precisamente la alevosía, aunque su fundamento ontológico consiste en la indefensión de la víctima"*¹⁶⁸.

Sin caer en un régimen de presunciones, es más conveniente plantearse en la interpretación de las circunstancias, como dice Cobo del Rosal y Vives Antón, *"sí se debe tener en cuenta, datos o notas objetivas o subjetivas o ambas y atender a la índole del fundamento último, pero sin que suponga que a la vista de la solución que se le dé a dicho problema, se formule toda una naturaleza de las circunstancias que en concreto sea objeto de estudio"*¹⁶⁹.

¹⁶⁵ (cfr.)Alonso Álamo Mercedes. El sistema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.... Ob. Cit. Pág. 459 y sgtes.

¹⁶⁶ En la actualidad se trata del artículo 65 del Código Penal Español de 1995.

¹⁶⁷ Cfr. Martín González F. Ob. Cit. Pág. 67.

¹⁶⁸ Boletín del Tribunal Supremo Popular. Impresión y edición TSP. Segundo Semestre año 1980.

¹⁶⁹ Cobo del Rosal - Vives Antón. Derecho Penal.... Ob. Cit. Pág. 615.

Un criterio meritorio en todo este problema relacionado con la naturaleza jurídica de las circunstancias es el que resume desde tres dimensiones Diez Ripollés: una relativa a descubrir la naturaleza objetiva o subjetiva, otra que gira en torno a su fundamento y si se asienta fuera o dentro de la teoría del delito en la conexión con injusto y culpabilidad y por último, las cuestiones tendentes a clarificar la comunicabilidad de las circunstancias a los otros partícipes¹⁷⁰.

Por último acotamos el criterio expuesto por González Cussac, quien luego de rechazar el criterio de clasificación en objetivas y subjetivas, asegura que sí es posible determinar una naturaleza jurídica para todas las circunstancias. *"Esta se puede hallar - plantea- si convenimos en que lo que caracteriza un sentido técnico jurídico a las circunstancias es el hecho de que éstas suponen, como regla general, una mayor o menor gravedad del delito y, en todo caso, una modificación de la pena. Pero no basta simplemente con que influyan sobre la pena para entenderlas como verdaderas circunstancias. Es necesario que determinen una variación en la pena abstractamente señalada al delito"*.

Y más adelante resume: *"... entendemos que la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se asienta en la consideración de que se trata de causas de medición de la pena. Y ésta configuración jurídica de atenuantes y agravantes es la que les otorga sustantividad propia con relación a otros institutos existentes en la disciplina"..... "aparecen como instrumentos desligados de los elementos esenciales del delito que están concebidos con la finalidad de ayudar a una mejor individualización de la pena"*¹⁷¹.

De tal modo, que el esclarecimiento de la naturaleza jurídica de atenuantes y agravantes adquiere una importancia vital para determinar el auténtico significado, sentido y uso de los términos objetivo y subjetivo para así poder

¹⁷⁰ Cfr. Diez Ripollés.J.L. Naturaleza de las circunstancias.... Ob Cit. Pág 598.

¹⁷¹ González Cussac. Teoría de las circunstancias... Ob Cit. Pág. 177

establecer si en ellos se encuentra el recurso necesario para hallar una solución satisfactoria a la naturaleza jurídica de las circunstancias.

III. CAPITULO TERCERO. AMBITO DE APLICACIÓN.

1.- Función y efectos de las circunstancias.

La teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal obliga también al examen de la función y los efectos de las circunstancias atenuantes y agravantes, cuestión que dada las disputas señaladas en el capítulo precedente, tampoco aparece suficientemente definido. Sin embargo, luego de tomar postura de que su estudio debe partir desde el marco de la determinación de la pena, el ámbito de aplicación que se les conciernen a las circunstancias debe ser examinado en aquellos aspectos que conforme al contenido legal tienen una trascendencia utilitaria para la concreción de la pena.

Lejos entonces de los problemas básicos que se plantean desde una perspectiva dogmática, no son pocos los que aparecen desde una consideración eminentemente técnica y que en nuestro estudio evaluamos a través de su misma eficacia y virtualidad; la comunicabilidad, la inherencia, el régimen de compatibilidad e incompatibilidad entre unas y otras y por último el relativo al error, siguiendo los postulados de nuestra ley penal.

1.1. La formulación de la ley penal y su incidencia sobre las circunstancias.

Dentro de los aspectos relacionados con la determinación de la pena se ha estudiado desde siempre la función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal¹⁷², lo que ha servido también para establecer la distinción entre las circunstancias y el delito circunstanciado, sin embargo, teniendo en cuenta su evolución histórica, también se ha venido entendiendo

¹⁷² Por todos ver a Bustos Ramírez. Ob. Cit.

la función de éstas, como una solución al problema de la individualización penal.

Había señalado Pacheco *“que un mismo hecho, un mismo delito, una misma acción criminal, no es siempre igual, y por tanto no merece la misma pena”*¹⁷³. Por ello, para lograr la proporcionalidad entre el delito y la pena, aquellas circunstancias que concurren en el caso en concreto resultarán siempre un buen instrumento para adecuar la sanción al hecho antijurídico que se ha cometido.

Estas observaciones de una manera u otra son plasmadas en los textos penales, como es el caso del nuestro, que en su artículo 47.1 estipula *“ El tribunal fija la medida de la sanción, dentro de los límites establecidos por la ley, guiándose por la conciencia jurídica socialista y teniendo en cuenta, especialmente, el grado de peligro social del hecho, las circunstancias concurrentes en el mismo, tanto atenuantes como agravantes, y los móviles del inculpado, así como sus antecedentes, sus características individuales, su comportamiento con posterioridad a la ejecución del delito y sus posibilidades de enmienda”*.

De otra parte, esta función atribuida a las circunstancias, en aras de lograr una mejor individualización de la pena se establece para autores como Orts Berenguer,¹⁷⁴ a partir de dos misiones fundamentales; la primera consistente en poner de manifiesto con su aplicación una concepción *“gradativa del delito y de la personalidad del sujeto y la otra, otorgarle matices y características diferentes a los artículos de la parte especial del Código Penal”*¹⁷⁵, permitiendo así diferenciarlos y por tanto individualizarlos.

¹⁷³ Pacheco .J.F. Código Penal concordado y comentado.4ta Edición. Tomo I. Madrid.1870. Pág.201.

¹⁷⁴ Orts Berenguer. E. Atenuante de análoga significación (Estudio del artículo 9,10ª del Código Penal) Tesis Doctoral. Valencia 1976. Pág. 62.

¹⁷⁵ Este criterio solo debe ser admitido para los códigos sustantivos que recogen en la parte general las circunstancias como es el caso de España, y Cuba, pues como ya se dijo existen países como Francia y Alemania en que su sistema de circunstancias aparece ligado al tipo penal. N.A.

Las apreciaciones que obedecen a los postulados de la individualización penal tienen su concreción en la formulación de la ley al especificar el hecho y la pena, y por otro lado, al momento de aplicar la ley al caso concreto y a un sujeto determinado, lo que evidencia la presencia de los principios de certeza y de igualdad que trataremos de exponer en su relación con las circunstancias.

El principio de certeza está contenido dentro del principio de legalidad al momento de explicar las técnicas de elaboración de las leyes penales¹⁷⁶. Su auténtica eficacia viene determinada en la práctica, por la técnica de elaboración empleada en la descripción de conductas prohibidas y en la fijación de las penas.

Ahora bien, este principio obliga al legislador a concretar con exactitud y claridad tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma penal, a pesar de haberse planteado que la previsión al describir los delitos no es la misma que cuando se trata de establecer penas. Así al menos lo ha expresado Morillas Cuevas: *“el verdadero peligro que amenaza al principio no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas o las incompletas, como es el caso de las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal, o aquellas como en el caso de las normas establecidas para adecuar sanciones que se limitan a fijar las penas con remisión a otra parte del ordenamiento jurídico”*.¹⁷⁷

Esta situación gravita desfavorablemente en el Código Penal Cubano, como ocurre en el artículo 54 en sus incisos 1 y 2 que regulan la atenuación y agravación extraordinaria de la sanción, cuando en ocasión de que concurren varias circunstancias atenuantes (54.1) o agravantes (54.2) o por manifestarse alguna de ellas de **modo muy intenso**, se faculta a los jueces, para poder disminuir o aumentar la sanción, según el caso.

¹⁷⁶ Cfr. Morillas Cuevas. Lorenzo. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Dirigido por M. Cobo del Rosal. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. S.A. Madrid 1996. Pág.30.

¹⁷⁷ Morillas Cuevas. Curso de Derecho Penal Español...Ob.Cit Pág. 30 y 31

Esta adecuación sobrevenida luego de que el tribunal haya apreciado las circunstancias que concurren y estimar que alguna de ellas se manifiesta de modo “*muy intenso*” resulta a los efectos de su interpretación, “*muy insegura*”, pues su valoración - siempre de índole subjetiva – ofrecerá dudas a los operadores del Derecho Penal, a pesar de los esfuerzos que ha realizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo Popular, en establecer como debe entenderse la intensidad y si todo el catálogo de circunstancias, sean estas agravantes o atenuantes, pudieran estar marcadas por esa intensidad, ya que en algunas no se explica de manera fácil.

Un ejemplo de dudosa interpretación lo constituyó la sentencia No 7364 de 9 de Noviembre de 1992, que luego de esclarecer al recurrente sobre la impertinencia de la atenuante de confesión espontánea, se refirió a las atenuantes de vida destacada y obrar frente a actos ilícitos del ofendido, exponiendo al respecto de la manera siguiente: *“En cuanto a la segunda, del inciso e), haber mantenido el agente con anterioridad a la perpetración del delito, una conducta destacada en el cumplimiento de sus deberes para con la Patria, el trabajo, la familia y la sociedad, ejemplo de este supuesto sería quien combatió bravamente en Girón, o cumplió con éxito misión internacionalista, realiza incontables horas de trabajo voluntario y es reconocido constantemente como vanguardia en su centro de trabajo, vela porque sus hijos no falten a la escuela preocupándose por su formación integral, ayuda en el trabajo doméstico en el hogar, y es donante asiduo de sangre y emprendedor en las tareas del Comité de Defensa de la Revolución, de manera que por sus cualidad se destaca entre sus conciudadanos; y como la sentencia en lo tocante a esta cuestión dice :, sin duda, está mal apreciada dicha atenuante, pues en verdad, él no es un sujeto de vida destacada, capaz de servir de ejemplo, menos aún si ha sido condenado en los términos expuestos.... Porque aquí no se observa la reincidencia, sino la conducta, y si está entre los hombres de bien, tipo medio de individuo en una sociedad civilizada,.... En cuanto a la última de las atenuantes, prevista en el inciso f), haber obrado el agente en estado de grave alteración síquica provocada por actos ilícitos del ofendido,*

consistente en la realización de un acto ilícito por parte de la víctima, de tal importancia, que es susceptible en el orden natural y humano, por el ataque al sentimiento de amor propio, de excitar las pasiones del agente, provocándole una ofuscación que impide la reflexión, venciendo el impulso pasional agresivo, basta repasar la sentencia para comprender el acierto del tribunal en la apreciación de dicha atenuante, pues el reo, hombre de bien, cabalgaba llevando en la bestia a su hijo (de un año de edad) y a un compañero, al menor delante de él y el otro detrás, ya rumbo a su morada, después de ingerir bebidas embriagantes en una festividad del centro laboral, y por el camino, quien resultó víctima quiso discutir con él, lo que trato de evitar, no obstante le lanzó una lata que alcanzó al niño en el rostro, hiriéndolo, quedando inconsciente, ante lo cual el reo comenzó a gritar que le había matado a su hijo, lo que creyó de acuerdo con las circunstancias, persiguiéndolo, primero corriendo y después con la bestia hasta alcanzarlo y darle muerte a cuchilladas; y resulta más que evidente que actuó bajo un estado emocional de grave alteración síquica, realizándose la aludida atenuante”.

Como puede entenderse del relato detallado que hace el juez ponente para justificar en la sentencia la impertinencia de la atenuante del artículo 52-e) y aceptar la ocurrencia de la atenuante del artículo 52-f), en el primer supuesto se exponen criterios que pudieran coincidir con una conducta o comportamiento humano excepcional por parte de los individuos que comparten nuestra sociedad, sin embargo, esos requisitos que además estima la sentencia pudieran conformar una actitud destacada como para hacerse merecedor de la atenuante de la manera expuesta en la sentencia, son tan relevantes que también pudieran coincidir con la intensidad que plantea el inciso 1 del artículo 54, mucho más si la atenuante del inciso e) siempre ha quedado reservada para aquellos sujetos que tienen una vida ejemplar como aclara la propia sentencia y cito “...y si está entre los hombres de bien, tipo medio, en una sociedad civilizada”.

Caso parecido pero a la inversa en su análisis se desprende del alegato que hace esa sentencia al considerar la presencia de la atenuante del inciso f),

reconocido en el siguiente considerando como intensa al narrar: “.... Ya quedó sentado , que de las circunstancias atenuantes apreciadas, solo una es procedente, y ésta en verdad, sobre la base de la experiencia y del hecho promedio, puede declararse sin temor a error que se da de modo muy intenso, basta el mero conocimiento de la jurisprudencia sobre ella para comprender la intensidad de la misma.....”.

En este análisis parece que la interpretación del tribunal sobre la intensidad va marcando el tipo y la cualidad de la circunstancia en sí misma, más que la manifestación intensa del tipo o la cualidad de la circunstancia que exige el artículo 54, pues en este supuesto del inciso f) siempre que concurra esta atenuante, la interpretación de su contenido se hará teniendo en cuenta los mismos presupuestos que se narran en la sentencia, como es la realización de un acto ilícito por parte de la víctima, susceptible en el orden natural y humano por el ataque al sentimiento de amor propio de excitar las pasiones del agente provocándole una ofuscación que impide la reflexión y venciendo el impulso pasional agresivo¹⁷⁸.

En otras circunstancias el asunto se torna más complejo, como pudiera ser el caso de la agravante de nocturnidad (artículo 53-e), en el que a esos efectos una interpretación irracional o ilógica pudiera existir sobre la intensidad de aprovecharse el agente de la oscuridad, ya sea cuando la noche sea más oscura o exista niebla, etc.¹⁷⁹; todo lo cual acarrea confusiones que se traducen en la inaplicabilidad del artículo 54.1.2 con la

¹⁷⁸ Esta sentencia tiene un contenido explicativo con respecto al hecho más amplio que el reflejado, pero solo hemos descrito aquellos pasajes que nos interesa en el trabajo. Cfr. Rivero García. D. Temas sobre el Proceso Penal. Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Ediciones Prensa Latina. S.A. Agencia de Información Latinoamericana. Año 1998. Pág. 162 a la 166.

¹⁷⁹ Un ejemplo de lo que se plantea se observa en la Sentencia número 359 de 16 de Noviembre del año 1964: “Considerando: que es indudable que en aquellos delitos que pueden cometerse con tanta impunidad de noche como de día, no debe estimarse la circunstancia agravante de nocturnidad, si en los hechos que se declaran probados no se precisa que el agente buscó de propósito la noche para cometerlo, pues el accidente de la oscuridad de la noche nada influye en su condición, ...” Código Penal anotado y concordado. Pág. 84.

seguridad y certeza que requiere este tipo de norma discrecional¹⁸⁰, con las consecuencias que se derivan en la determinación concreta de la pena.

Este es un asunto que no acaba tan pronto como lo hemos hecho tras las cuestiones que se plantean, lo cual amerita un estudio más profundo en especial aquellas que son relativas a la *taxatividad* referente al grado de seguridad en la descripción de las circunstancias en tres direcciones fundamentales: la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial, la exigencia y necesidad de motivar las resoluciones judiciales y la posibilidad de establecer su revisión.¹⁸¹ No obstante, basta con los ejemplos citados para explicarse la necesidad de un cambio legislativo que concrete el sentido y alcance de ésta norma cuyos adelantos pudieran devenir de una interpretación adecuada en voz del propio Tribunal Supremo Popular¹⁸².

I.2. Efectos especiales.

Se ha dicho que determinadas circunstancias originan “*efectos especiales*”,¹⁸³ están determinadas por el tratamiento gradativo que le da el legislador a determinadas circunstancias, distinto al de las circunstancias ordinarias.¹⁸⁴

Tal es el caso de las llamadas atenuantes privilegiadas relacionadas con las eximentes incompletas, que al decir de Mir Puig “*atenúan la pena en mayor medida que las ordinarias*”¹⁸⁵ y que en nuestra ley sustantiva aparecen en los artículos 20.2 (enfermedad mental), 21.5 (legítima defensa), 22.2

¹⁸⁰ Ha reiterado el Tribunal Supremo Popular que el recurso de casación por infracción de ley, tanto en la doctrina como en nuestro modelo legal procede ante la inobservancia de las llamadas normas absolutas, o sea, aquellas cuya aplicación es obligatoria para el Tribunal y como regla es improcedente ante las normas discrecionales o aspectos discrecionales de una norma con las excepciones de los ordinales quinto y sexto del artículo 69, este es el caso cuando se recurre por la apreciación de alguna circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal Cfr. Rivero García. Danilo. Ob.Cit. Pág. 166.

¹⁸¹ Estas son observaciones a tener en cuenta en la formulación de la ley. N.A.

¹⁸² La Constitución de la República faculta a ese órgano de justicia para lograr armonía en la práctica judicial en lo relativo a la interpretación de las normas. N.A.

¹⁸³ Muñoz Conde. F. y García Arán. M. Derecho Penal Parte General... Ob. Cit. Pág. 420.

¹⁸⁴ Deben entenderse como circunstancias ordinarias las contempladas en los artículos 52 y 53 del Código Penal Cubano. N.A.

¹⁸⁵ Mir Puig Derecho Penal Parte General.... Ob. Cit. Pág. 556

(estado de necesidad), y el 25.3 (cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, profesión cargo u oficio) y el 26.2 (miedo insuperable) de las que ya hicimos mención al referirnos a la clasificación entre circunstancias de eficacia ordinaria y extraordinaria.

De igual forma son atenuantes privilegiadas la minoría y mayoría de edad del artículo 17 incisos 1 y 2 del Código Penal.

La edad, que en el ámbito penal siempre ha sido y es un factor fundamental de diferenciación para separar los mayores responsables de edad penal y los irresponsables menores de edad penal, aparece en nuestro Código Penal en primer orden en el artículo 16.2 que define: *“La responsabilidad penal es exigible a la persona natural a partir de los 16 años de edad cumplidos en el momento de cometer el acto punible”*.

De esta forma constituye una eximente de responsabilidad penal delinquir sin haber alcanzado esa mayoría de edad y en segundo lugar el artículo 17.1 establece: *“En el caso de personas de más de 16 años de edad y menos de 18, los límites mínimos y máximos de las sanciones pueden ser reducidos hasta la mitad, y con respecto a los de 18 a 20, hasta en un tercio. En ambos casos predominará el propósito de reeducar al sancionado, adiestrarlo en una profesión u oficio e inculcarle el respeto al orden legal”*.

Esta atenuante de la responsabilidad penal, conformada con una gradación de la pena entre los 16 y 20 años de edad fue concebida por el legislador quizás como dijera Martín Sánchez *“como paliativo a los criterios paradigmáticos de la falta de capacidad de conocer y el de ausencia de madurez personal o a los más avanzados conceptos referidos a criterios biológicos o psicológicos y psicológicos normativos”*¹⁸⁶.

También como una justa garantía a personas en edades avanzadas en las que las consecuencias jurídicas por comportamientos delictivos deben estar matizadas por fines sobre todo humanitarios, el artículo 17, a través del apartado 2, prevé la benignidad para quien delinque, estableciendo una

¹⁸⁶ Cfr. Martín Sánchez Ascensión. La minoría de edad. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la responsabilidad criminal. Impreso S.A. de Fotocomposición. Madrid. Marzo 1995.

graduación atenuada. *“El límite mínimo de las sanciones de privación de libertad puede rebajarse hasta un tercio, en el caso de personas que tengan más de 60 años en el momento en que se les juzga”.*

La otra institución privilegiada es la circunstancia especial de la reincidencia y multirreincidencia del artículo 55 y siguientes de la ley penal, que discrecionalmente permite agravar la sanción en delitos intencionales a partir de sus límites mínimos y máximos en un tercio, y la cuarta parte o la mitad de la sanción prevista para el delito cometido según concorra un supuesto u otro¹⁸⁷.

Por último, las recientes modificaciones realizadas a la ley penal sustantiva han provocado la ruptura de una sistemática equilibrada y coherente en la modificación de las penas al incorporar el apartado 4 del artículo 54, convirtiendo una circunstancia agravante genérica en circunstancia agravante de efectos especiales y en la que sin ser nuestra pretensión - tal y como hemos hecho con el resto de las que aparecen en el catálogo - evaluar exegéticamente el contenido del artículo, solo su simple lectura demuestra la severidad plasmada por el legislador: *“El tribunal, en los casos de delitos intencionales, aumentará hasta el doble los límites mínimos y máximos de la sanción prevista para el delito cometido, si al ejecutar el hecho el autor se halla extinguiendo una sanción o medida de seguridad o sujeto a una medida cautelar de prisión provisional o evadido de un establecimiento penitenciario durante el período de prueba correspondiente a su remisión condicional.”*

La formulación de esta circunstancia especial confirma las razones de política criminal que prevalecen en la función de las circunstancias al momento de graduar la pena, cuestión que como planteamos al iniciar el Capítulo II, no impide su remisión al catálogo general de las agravantes establecidas en el artículo 53 del Código Penal.

¹⁸⁷ La reincidencia y la multirreincidencia a tenido modificaciones en nuestros textos legales como fue explicado en la evolución de las circunstancias, unas veces como agravante, otras como circunstancias especiales y en la actualidad simplemente como reincidencia y multirreincidencia, aunque siempre se han entendido con esas nominaciones, bajo el rubro del Capítulo V dedicado a la adecuación de la sanción. N.A.

I.3. Efectos generales.

Con respecto a los efectos generales de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, nuestro Código Penal, desde la promulgación de la actual Ley 62, suprimió la escala gradativa de sanciones por la concurrencia de algunas de las circunstancias ordinarias y por tanto el juzgador tiene que remitirse a lo que se recoge en el artículo 54.1.2.3 del Código Penal, al establecer que *“de concurrir varias circunstancias atenuantes o agravantes, o por manifestarse algunas de ellas de modo muy intenso, el tribunal puede disminuir hasta la mitad el límite mínimo de la sanción prevista para el delito en el caso de las atenuantes (54.1) y aumentar el límite máximo de la sanción prevista para el delito”* en el supuesto de que concurren agravantes (54.2), acompañando a estas reglas discrecionales de reducir o aumentar los límites mínimos y máximos como parte de los efectos generales la regla del artículo 54-3 referidas a la compensación de las circunstancias, al establecer que *“cuando se aprecien circunstancias atenuantes y agravantes, aún aquellas que se manifiesten de modo muy intenso, los tribunales imponen la sanción compensando las unas con las otras a fin de encontrar la proporción justa de éstas”*.

Con respecto a la eficacia que en la actualidad pueden tener las circunstancias al fallo, resulta evidente lo extraordinario que tiene la aplicación del artículo 54.1.2. con la incidencia natural que para el tribunal entraña una norma sustantiva de esta naturaleza en la que sólo es atendible la apreciación de atenuantes o agravantes en extremos verdaderamente excepcionales; ocurrió así en ocasión de haberse dictado la Sentencia número 1544 de 21 de Marzo de 1995, que entre los pasajes de uno de sus considerando argumentó: *“.....no obstante de la narrativa fáctica de la sentencia no se advierte que se corporifique la circunstancia de atenuación extraordinaria alegada por los recurrentes, y la apreciación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal del artículo 52-ch del Código Penal en nada determinaría en cuanto al fallo, dado que las*

*sanciones impuestas se encuentran adecuada a derecho, por lo que el motivo por Infracción de Ley articulado por los acusados debe rechazarse*¹⁸⁸. En esta sentencia el tribunal reconoce la ineficacia de las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas de la responsabilidad, aún cuando luego aceptó que en todo caso resulta necesario un amparo legal para ellas, según la Sentencia número 1550 de 21 de Marzo de 1995 donde refirió: *“Considerando: Que el recurrente en su escrito del recurso interesa se le imponga una sanción más benigna adecuándose la pena de manera extraordinaria y como tal pretensión del acusado no nace de ninguna causa legal, sino de sus propias consideraciones, es por lo que se rechaza el motivo de casación....”*¹⁸⁹.

Sobre el ordinal tercero del artículo 54, diremos que la ley no ofrece pautas concretas sobre los criterios racionales en los que el juez debe fundar la compensación y ello es así por su carácter discrecional, que le concede al Tribunal un margen de arbitrio que, como el Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente, es incuestionable, siempre que procediere de forma razonable¹⁹⁰.

De otra parte sostiene la doctrina mayoritaria, que la compensación no es aplicable a los supuestos en que concurren circunstancias generales y especiales, ni tampoco cuando concurren circunstancias generales y circunstancias de eficacia extraordinaria o de efectos especiales, como son

¹⁸⁸ Sentencia obtenida de la revisión realizada en la Sala de lo Penal del tribunal Supremo Popular. Archivos de rollos del número 1500 al 1599, del año 1995. N.A.

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Ver nota pie número 174. Pág.84. También la Sentencia número 7385 de 9 de noviembre de 1992, resolvió lo planteado en el tenor siguiente: “.....pero cuando se trate de normas discrecionales o del aspecto discrecional de una norma cuya aplicación este atribuida total o parcialmente a la discrecionalidad del juez, al que se le concede por tanto sobre el contenido de la misma, cuyo ejercicio está subordinado a sus propias apreciaciones del hecho, el control de la casación en función de determinar si ha habido o no infracción de Ley se limita a la relación entre el hecho y la calificación o inclusión de la norma, pero no a la aplicación o inaplicación de ella.....” Rivero García. Danilo. Temas del Proceso Penal. Ob. Cit. Pág. 167.

las atenuantes por edad y las agravantes por reincidencia o multirreincidencia¹⁹¹.

No prevalecen por tanto las atenuantes sobre las agravantes como era doctrina del Tribunal Supremo Popular en ocasión de la vigencia del derogado Código de Defensa Social¹⁹², ni la presencia de éstas por sí solas varían la pena, quedando sólo reservadas, – como hemos reiterado, – para cuando son apreciadas varias o alguna de manera intensa. Esta cuestión gravita sobre la función y eficacia de las circunstancias que modifican la responsabilidad penal, en tanto se ha reconocido teórica y doctrinalmente que ellas inciden sobre el *quantum* de la pena, ya sea disminuyéndola o aumentándola y aunque sus efectos se constituyen dentro de las llamadas normas discrecionales, debe el legislador propiciar, expresa y tácitamente un alcance mayor a su contenido, estimando que bastaría con que una de ellas estuviera presente en el hecho o en las características personales del sujeto, como es lógico, siempre que concurren y sean apreciadas por el tribunal juzgador. De esa forma, se patentizaría una garantía para el agente comisor y para el *ius puniendi* del Estado, sobre la base de los principios de Legalidad, Equidad y Justicia que rigen para el Derecho Penal, a diferencia de los criterios expuestos por el legislador cubano en la exposición de los motivos¹⁹³ que existieron para derogar las reglas del artículo 73 y 74 del

¹⁹¹ Alonso Álamo. La compensación de las circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal No 19. Instituto Universitario de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Editorial EDERSA. Año 1983. Pág. 46

¹⁹² Prieto Morales. Aldo. Ob. Cit. Pág. 76.

¹⁹³ Ha sido muy vaga, a nuestro entender, la exposición de motivos, a raíz de la Ley 21 de 1979, en lo referente al no establecer reglas para cuando concorra una de las circunstancias atenuantes o agravantes y darle paso a la atenuación extraordinaria, cuestión que luego la Sección Séptima de la Ley 62 de 1987 recogió como Atenuación y Agravación Extraordinaria de la Sanción. Dice la exposición de motivos: “A diferencia del Código de Defensa Social, en el Código Penal, la apreciación de las circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad penal, no faculta al tribunal para disminuir o aumentar los límites mínimos o máximos de la pena correspondiente al delito de que se trate y constituye sólo un elemento – entre otros – que ayudan al tribunal a determinar la medida justa dentro de la escala penal correspondiente. No obstante cuando concurren varias circunstancias atenuantes o cuando alguna de ellas se manifieste muy intensamente (atenuación extraordinaria de la sanción) el tribunal puede rebajar hasta la mitad el límite de la pena.

No lleva muchos comentarios tales pronunciamientos, y estamos obligados a discrepar con el legislador con los argumentos propios de esta investigación. Estimar que las circunstancias

generales atenuantes y agravantes constituyen solo un elemento - entre otros – que ayudan al tribunal a determinar la medida de la sanción, es no asistir a la naturaleza jurídica de estas y más aún olvidar la verdadera función y efectos que ellas tienen. Solo nos atrevemos subjetivamente a considerar que la severidad de los marcos penales establecidos en los tipos penales, lo que se refleja en las escalas sancionadoras que acoge la Ley, dieron motivos para desestimar un planteamiento teórico, confirmado por una larga y fructífera tradición jurídica.

Código de Defensa Social¹⁹⁴, aún y con las imperfecciones que estimo tenía este Código sobre el tema de las circunstancias y que tratamos de resumir en el primer capítulo de este trabajo.

2.- La incomunicabilidad de las circunstancias.

El artículo 51 del Código Penal Cubano, establece la regla que determina la aplicabilidad de las circunstancias concurrentes en un delito a los intervinientes en el mismo, esto es, su comunicabilidad a los partícipes.

Dicho precepto establece: *“Las circunstancias estrictamente personales eximentes, atenuantes o agravantes, de la responsabilidad penal, sólo se aprecian respecto a la persona en quien concurren”*.

Como se ha dicho en los capítulos anteriores, resulta arriesgado identificar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, como subjetivas u objetivas atendiendo a la graduación de la culpabilidad o del injusto. Por

¹⁹⁴ Artículo 73.A) Cuando concurren una o más circunstancias atenuantes de menor peligrosidad o personales, podrá rebajar el Tribunal el límite inferior de la sanción señalada al delito hasta en dos tercios, según el número y entidad de las circunstancias.

B) Cuando concurren una o más circunstancias atenuantes provenientes del hecho, podrá rebajar el tribunal el límite inferior de la sanción señalada al delito, hasta en un tercio, según el número y entidad de las circunstancias.

C) En cuanto a la sanción de multa, el Tribunal podrá rebajar hasta en dos tercios el límite inferior de la que señale en cada caso.

Artículo 74. A) Cuando concurren una o más circunstancias agravantes personales o de mayor peligrosidad, el límite máximo de la sanción podrá aumentarse hasta en dos tercios, sin que en ningún caso pueda exceder la sanción de privación de libertad de más de treinta años.

B) Cuando concurren una o más circunstancias agravantes provenientes del hecho, el límite máximo de la sanción podrá aumentarse hasta en un tercio, sin que en ningún caso pueda exceder la sanción de privación de libertad, de más de treinta años.

C) En cuanto a la sanción de multa, el tribunal podrá aumentar hasta el doble el límite máximo de la que hubiere fijado en este Código para cada caso, ampliándose el apremio personal subsidiario, a razón de un día por cada cuota que dejare de satisfacerse, pero sin que en ningún caso puede exceder dicho apremio de seis meses.

ello y coincidiendo con el criterio de Muñoz Conde¹⁹⁵, es más aceptable denominarlas respectivamente personales y materiales. Es ello lo que se desprende del análisis a primera vista que se haga del artículo 51 del Código Penal Cubano, dado que el legislador a determinado la incomunicabilidad de las circunstancias personales, al ser apreciadas por el juzgador.

El contenido de este artículo 51 pudiera interpretarse como una confirmación del principio de culpabilidad, favorecido por el principio de individualización de la pena en tanto, como entienden Cobo del Rosal y Vives Antón, “*subraya el personalismo y el individualismo que ha de regir en la medición de la pena*”¹⁹⁶.

Esa vigencia del principio de culpabilidad en materia de circunstancias modificativas, en el caso de las que son personales, afectan a quien las posee mientras que las relativas a las modalidades del hecho, deben ser abarcadas por el dolo del autor.

De esta forma, citando ejemplos pudiéramos decir que si sólo uno de los coautores es reincidente, no podrá comunicarse esta circunstancia a los demás, aunque la conozcan, porque es una circunstancia personal. En cambio, si uno de los coautores emplea un medio que provoque peligro común (agravante del artículo 53-f), tal circunstancia, de ser apreciada, agravará la pena de los demás autores que la conozcan.

Para Mir Puig, cuando las circunstancias afecten el desvalor del resultado, podrá entenderse comunicable si se conoce, mientras que si se refiere a la intención, motivación, actitud interna u otra causa personal, podrá considerarse intransferible¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Muñoz Conde-García Arán. Derecho Penal Parte General.... Ob. Cit. Pág. 422.

¹⁹⁶ Cobo del Rosal - Vives Antón, al referirse al artículo 60 del Código Penal Español. Ob. Cit. Pág. 736 sgtes.

¹⁹⁷ Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 554

También en el estudio de este precepto se desprende que este artículo 51 del Código Penal Cubano, no sólo está previsto para el catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, sino también para las eximentes de la responsabilidad penal.

Teniendo en cuenta las diferentes técnicas legislativas, la doctrina estudia lo referente a la incomunicabilidad de las circunstancias en relación a los elementos constitutivos de tipos especiales o a los tipos agravados respecto a un delito base.

Para su comprensión debe destacarse que por ejemplo, la legislación española contiene dos reglas: la primera establece la incomunicabilidad a los partícipes de las circunstancias que consistieren *“en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, que se aplicará solo a los sujetos en quienes concurren.”* Y otra que destina la comunicabilidad a las circunstancias *“afectantes a la ejecución material del hecho o los medios empleados, que se aplicaran sólo a quienes las conocieren en el momento de su intervención en el hecho”*¹⁹⁸.

De esta forma, aplicar las reglas de la incomunicabilidad a los elementos constitutivos de tipos especiales o agravados resulta discutible en este terreno para algunos autores¹⁹⁹, si se tiene en cuenta que las reglas relativas a las circunstancias atenuantes y agravantes genéricas, que operan sobre el marco penal no pueden aplicarse a otras circunstancias, aunque incluso coincidan con algunas genéricas o se incluyan o añadan a ciertos tipos penales que determinan un marco penal específico.

Muñoz Conde y Mir Puig ponen el ejemplo del pariente como elemento constitutivo del delito de parricidio *“que no debe ser remitido a tal régimen, como si se tratara de una circunstancia agravante genérica del Homicidio”* o *“la participación en el parricidio por sujetos no parientes de la víctima que*

¹⁹⁸ Artículo 65 del Código Penal Español. Ver Muñoz Conde- García Arán. Ob Cit. Pág. 422

¹⁹⁹ *Ibíd.*

*debe ser tratada conforme a las reglas de la accesoriedad de la participación*²⁰⁰.

También este asunto ha sido cuestionado por Mercedes Alonso, para quien detrás de las fluctuaciones jurisprudenciales existentes se consolida el criterio de que las características personales que configuran un delito especial, no son circunstancias y por tanto la comunicabilidad o comunicabilidad de las circunstancias no es de aplicación directa a tales delitos sino a lo sumo analógica, aunque, como expresa luego Baldoña Pasamar *“el recurso a la analogía sería en todo caso in malam partem”*²⁰¹.

Coincidimos con estos autores en estimar incorrecta la posición jurisprudencial y doctrinal que acude a la comunicabilidad o comunicabilidad de las circunstancias para resolver casos como los del extraño que induce al hijo a matar a su padre y viceversa, en el sentido de castigar al extraño por asesinato u homicidio y al hijo por parricidio aplicando la regla de la comunicabilidad de las circunstancias personales. En estos casos, dice el autor, ni siquiera se trata de verdaderos elementos accidentales, puesto que ellos dependen de las reglas generales de la teoría de la codelincuencia y del principio de accesoriedad de la participación. Cuando se trate de verdaderos elementos típicos accidentales (porque no harán variar la calificación del delito, sino solo su gravedad) su comunicabilidad dependerá, no de las previsiones de la ley, sino de una interpretación conforme al sentido material del elemento accidental correspondiente.

De esta forma es que se vincula la relación de la comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal con el principio de accesoriedad, el que se distingue por dos aspectos básicos: uno cuantitativo o externo, referido a la cuestión de cuál debe ser el grado de realización del hecho por parte del autor para admitir una participación punible; y otro

²⁰⁰ Muñoz Conde - García Arán. Ob.Cit. Pág. 423 y Mir Puig. Ob.Cit. Pág 554.

²⁰¹ Mercedes Alonso. Cuadernos....Ob Cit. Pág 147

cualitativo o interno, relativo a los caracteres que debe presentar el hecho para considerar punible la conducta del partícipe²⁰².

Esto es así porque resulta indudable para la doctrina que si alguna regla sobre la accesoriadad existe en la ley penal, esa no es otra que la promovida a establecer la incomunicabilidad de las circunstancias – como la que establece el artículo 51 de nuestro texto penal - , el cual declara de “*lege ferenda*” la transmisibilidad de las circunstancias en la ejecución del hecho, es decir, la accesoriadad entendida como extensión del objeto de imputación que no es otro que el dolo del partícipe.

Como dice también Antón Oneca²⁰³, la imputación de las circunstancias cuando son conocidas, “*es consecuencia del concepto de dolo*”. Por ello es que la accesoriadad tanto del hecho típico como de la circunstancia no se puede explicar por el simple conocimiento, sino que es preciso que en el partícipe concorra el dolo en su significado pleno, esto es, por lo que respecta a las circunstancias, conciencia de sus elementos objetivos y subjetivos y voluntad de que se realice como característica ejecutiva que sirve para la contribución del hecho principal.

La cuestión verdaderamente relevante y que se halla en el fondo de la polémica se enfrenta desde dos posiciones doctrinales: aquella que defiende las teorías “individualizadoras”²⁰⁴ en la responsabilidad de los autores y partícipes y otra que se afilia a las teorías “unitarias”²⁰⁵.

De todas formas, coincidiendo con Baldozar²⁰⁶, el partícipe no responde por dos cosas, por su propia conducta y por la conducta del autor, sino

²⁰² Cfr. Baldozar Pasamar. Miguel Ángel. La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva. Editorial Civitas S.A. Universidad de Zaragoza. año 1995. Pág. 132 y 133.

²⁰³ Antón Oneca. José. Derecho Penal, 2da Edición. Editorial Akal, Madrid.1986 Pág. 464

²⁰⁴ Aquí se relacionan entre otros Gómez de la Serna y Montalván, Cuello Calón, Ferrer Sama, Cerezo Mir, Bacigalupo Zapater, y Antón Oneca. Ídem Pág. 242.

²⁰⁵ En este otro extremo se hallan Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, Gimbernat Ordeig, Quintero Olivares, Muñoz Conde, y Bajo Fernández entre otros. Ibídem.

²⁰⁶ Ídem, Pág. 200.

únicamente por su propio desvalor en relación con el hecho delictivo al que ha favorecido. Pero para que se produzca el efecto de la accesoriedad en un Derecho Penal regido por el principio de culpabilidad como el nuestro, es necesario que el dolo del partícipe se entienda tanto respecto a su propio comportamiento como respecto al sentido final del mismo, o lo que es lo mismo, la realización del hecho típico principal”.

3. - La inherencia de las circunstancias.

En el momento de determinación de la pena, como es sabido, el juez tiene que concretar la genérica sanción establecida en el tipo penal según las peculiaridades que presenta el supuesto específico a enjuiciar. Pero no todas las particularidades del hecho positivo son relevantes en el marco de la individualización penal sino tan sólo aquellas que especialmente han sido consideradas por el legislador, bien sea como agravantes o atenuantes genéricas, eximentes incompletas o elementos específicos de agravación o atenuación. Todas ellas desempeñan una función propia y otra común, consistiendo esta última en un ajuste de la pena a la concreta gravedad del hecho antijurídico y de la culpabilidad del autor del mismo.

El ordinal segundo del artículo 47 del Código Penal Cubano recoge la inaplicabilidad de las circunstancias agravantes, derivada básicamente del principio de *“non bis in ídem”*. Describe el ordinal segundo del artículo 47: *“Una circunstancia que es elemento constitutivo de un delito no puede ser considerada al mismo tiempo, como circunstancia agravante de la responsabilidad penal”*.

El precepto sugiere varias cuestiones, comenzando por la razón de su prohibición o, si sólo se aplica a las circunstancias agravantes, a qué principios responde o por qué criterios se determina la relación de inherencia.

En los primeros párrafos de este acápite dijimos que constituye un criterio unánime de los estudiosos, de que la inherencia de las circunstancias este

responde a otro principio fundamental del Derecho: "*el non bis in idem*", pero que como ha planteado Borja Jiménez²⁰⁷, esta fundamentación hay que relacionarla con otros factores relevantes de la determinación penal y con los propios fines de la pena para evitar que se entienda el principio de inherencia como una plasmación expresa de una simple regla de la lógica, cuestión que para reafirmar su criterio expresó: "*La admisión de que un mismo factor fuese presupuesto de un delito, y a la vez, de una agravante, supondría el castigo de un sólo hecho en dos ocasiones distintas: como elemento de la figura legal y como circunstancia accidental del delito, repercutiendo esta consideración en el ámbito punitivo, pues se sancionaría de igual forma doblemente: conminación penal abstracta y agravación accidental. En definitiva, la pena finalmente determinada sería una mayor que la que correspondería al sujeto en atención a la justa retribución por su actuación antijurídica.*"²⁰⁸

Nos permitimos volver al ámbito de aplicación en el ordenamiento cubano para explicarnos las razones expuestas en la doctrina, pues en el sentido e interpretación del artículo 47 segundo párrafo, en términos genéricos, las circunstancias inherentes a determinados delitos no pueden aumentar además la pena correspondiente, porque ello supondría valorar dos veces el mismo hecho con doble consecuencia jurídica sancionatoria, es decir constituyendo la tipicidad y agravando la pena²⁰⁹.

Sin embargo, en términos específicos quizás no resulten claros los elementos que estructuran esta norma penal. Por un lado, en su exégesis, el llamado "***elemento constitutivo de un delito***" vuelve a traer en cualquier análisis, el controvertido tema de los delitos independientes o autónomos; o aquellos tipos penales con circunstancias o no que ya fueron abordados en el Capítulo II. De otro lado, el legislador describe que aquella circunstancia que forme parte del tipo "***no puede ser considerada, al mismo tiempo como circunstancia agravante de la responsabilidad penal***", lo que

²⁰⁷ Ídem. Ob. Cit. Pág. 174 y 175.

²⁰⁸ Borja Jiménez. El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal. Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales. Valencia. Año 1993. Pág.179.

²⁰⁹ Cfr. Muñoz Conde- García Arán. Derecho Penal Parte General.... Ob. Cit. Pág. 424.

obliga a pensar que la composición gramatical: “al mismo tiempo”, está dirigida no sólo a la concurrencia de éstas sino también a la imputación que sobre ellas se realice durante el proceso y que sobre el sujeto recaiga al momento de que el órgano juzgador dicte el fallo, todo lo cual, dada su sencillez descriptiva pudiera propiciar mayor seguridad de que se lograra una mejor técnica legislativa para la interpretación del precepto en cuestión, aún y cuando la jurisprudencia no ha tenido dudas en su aplicación como más adelante observaremos en dos sentencias del año 1978.

Otra idea asumida por algunos autores y que no compartimos, es la de suprimir de las legislaciones la referencia a la inaplicabilidad de las agravantes que por sí mismas constituyan un delito especialmente castigado por la ley, por cuanto resulta absolutamente innecesario y redundante, debido a la vigencia del principio de *non bis in ídem*. Esa reafirmación del principio en nuestra ley (artículo 47.2) otorga justamente seguridad jurídica.

Los estudios determinan que el análisis de la inherencia para las circunstancias, parten de dos supuestos:

En primer término la denominada inherencia expresa, en la medida en que la ley alude la aplicabilidad del principio de “*non bis in ídem*”, cuando las circunstancias forman parte de un delito, pudiéndose poner entre otros ejemplos aquél que corresponde entre la agravante de cometer el hecho por lucro del artículo 53-b del Código Penal vigente y el delito de Hurto del artículo 322, referido a la sustracción de cosa mueble de ajena pertenencia, con ánimo de lucro; o en el delito de Asesinato del artículo 264.1, cuando la muerte recaiga sobre un ascendiente, descendiente o su cónyuge; y la circunstancia agravante genérica del artículo 53-j) relacionada con el parentesco, en cuyo caso sólo procede la aplicación de una de estas circunstancias concurrentes.

Las sentencias números 2115 de 24 de Agosto de 1978 y la 2451 de 13 de Octubre del mismo año se refirieron a la conocida como inherencia expresa:

“no concurre la circunstancia de cometer el hecho en cuadrilla porque es precisamente ese elemento de hecho el que tuvo en cuenta la Sala para caracterizar la alevosía como circunstancia cualificativa del delito imperfecto de asesinato” (S.2115). “ Para la apreciación de la circunstancia cualificativa de alevosía, en el delito de asesinato, no bastan que concurren en el hecho aquellas circunstancias materiales que pudieran determinarle, sino que es preciso que no ofrezca dudas el que tales condiciones fueron elegidas con el fin de eludir el riesgo propio – elemento subjetivo de la alevosía- pues solo así se pone de relieve la especial malicia del agente, de ahí que, por lo general, siempre que exista un estado de riña, se considera excluida la existencia de esta circunstancia ya que falta elemento moral (S. 2451)”²¹⁰.

El segundo supuesto incluye la inherencia tácita, que nuestra legislación no recoge a diferencia de la española, aunque la jurisprudencia sí la aplica.

Se trata de la prohibición de recaer sobre el agente una circunstancia agravante cuando la circunstancia es de tal manera inherente al delito que sin la concurrencia de ella, no pudiera cometerse. Siendo el caso por ejemplo de la agravante del artículo 53 inciso g del Código Penal que se aprecia cuando se comete el delito con abuso de poder, autoridad o confianza, cuya circunstancia le es inherente a los delitos contra la administración y la jurisdicción, como pudiera ser el Cohecho del artículo 152.1 que prevé la presencia de un sujeto cualificado como lo es el funcionario público; o en los supuestos de colocarse el sujeto en estado de embriaguez por la ingestión de bebidas alcohólicas, el que fue resuelto y explicado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo Popular en la sentencia número 6016 de 23 de Octubre de 1981 *“ las agravantes no deben confundirse con los elementos constitutivos del delito, son partes de él, pues sin ellos no existirían, así el delito comprendido en el artículo 204 apartado primero del Código Penal cometido en ocasión de conducir vehículos por las vías públicas y en el caso de examen de hacerlo en estado de embriaguez, constituye un delito específico, caracterizado por circunstancias que definen*

²¹⁰ Ver. Boletín Tribunal Supremo Popular. Edición Ordinaria del 2do semestre año 1978.

el tipo penal, distinto e independiente del otro delito de daños, luego no puede ser apreciado como la agravante de la letra L) del artículo 53 del Código Penal, ni siquiera para agravar el otro delito de Daños, provocado por la imprudencia, como injustificadamente se pretende....”²¹¹.

Para algunos autores el problema de la inherencia tácita producida en los supuestos de circunstancias consiste en si debe interpretarse en sentido abstracto o concreto.

Para Muñoz Conde, desde un punto de vista abstracto, serían inherentes al delito aquellas circunstancias sin las cuales la correspondiente figura delictiva no pudiera cometerse nunca, *“conclusión a la que debe llegarse tras analizar en el plano de la tipicidad la estructura del hecho delictivo”*. Y desde el punto de vista concreto, dice este autor, *“sería inherente al delito aquella circunstancia sin la cual el concreto delito cometido no se hubiera podido cometer, teniendo en cuenta el plan de ejecución elegido por el autor”²¹².*

Muy aparejado a estos problemas de la inherencia está el **“concurso de leyes”**, que permita solucionar los conflictos de esta naturaleza que se originen en el plano típico, resolviendo cual de las normas en presencia debe ser aplicada. Por ello la doctrina ²¹³ se ha pronunciado unánimemente a favor del criterio abstracto, como lo hace por ejemplo Mir Puig, quien explica que *“para que se dé el último supuesto no basta que normalmente no pueda cometerse el delito sin la concurrencia, ni que ésta sea necesaria en el caso concreto. En realidad – dice – la ley exige más: que el delito no pueda cometerse nunca”*. *“Esto ni siquiera sucede por ejemplo: en el delito de quebrantamiento de condena que no necesariamente implica incurrir en la circunstancia de reincidencia. Ahora bien – continúa - si esta solución de la jurisprudencia²¹⁴ no puede fundarse en la inherencia tácita, sí cabe mantenerla sobre la base del principio de consunción, uno de los que*

²¹¹ Ver Boletín del Tribunal Supremo. 2do semestre Año.1981.

²¹² Muñoz Conde- García Arán. Ob. Cit. Pág. 424.

²¹³ *Ibídem*.

²¹⁴ El Tribunal Supremo Español, ha negado la aplicabilidad de la reincidencia en el delito de quebrantamiento de condena. Cfr. Mir Puig. Ob.cit. Pág. 555.

*preside la teoría del concurso de leyes, que de ahí ha de poderse aplicar también a las circunstancias modificativas”.*²¹⁵

En resumen, la desestimación de las circunstancias que sean inherentes a la infracción supone la aplicación del principio de “*non bis in ídem*”²¹⁶ que se resuelve con la técnica propia del concurso de leyes, desplazando la aplicación de las circunstancias que ya ha sido tenida en cuenta al calificar la infracción.

4.- La incompatibilidad de las circunstancias.

Este problema reproduce a escala de las circunstancias el problema de la frontera entre el concurso de delitos y el concurso de normas. La cuestión de la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias nace no sólo de exigencias lógicas, sino de solicitudes del propio derecho positivo y de una interpretación teleológica y valorativa. Es decir, lo determinante será la compatibilidad del fundamento que emana de las diferentes circunstancias.

El artículo 47.1 del Código Penal Cubano, al orientar que el tribunal fije la medida de la sanción entre otras cosas, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el hecho, tanto atenuantes como agravantes, está admitiendo la coexistencia y conjunta aplicación de éstas y por ende, a través del tema de la compatibilidad también se le puede ofrecer una respuesta a esta cuestión.

Desde hace algún tiempo el Tribunal Supremo Popular expresó el criterio que de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni deben apreciarse como tales las que se hallen ligadas entre sí, de forma tal que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras, como en ocasión del Código de Defensa Social se confirmó en las

²¹⁵ Mir Puig. Ob. Cit. Pág. 555.

²¹⁶ Muñoz Conde/ García Arán. Ob Cit. Pág. 475

sentencias número 40 de 27 de Agosto de 1965 y la 686 de 8 de Julio de 1975: *“Es doctrina de este Tribunal que un mismo hecho no puede ser generador de dos o más circunstancias atenuantes distintas, ya que de la misma causa no pueden derivarse efectos diversos”*(S. 40 de 27-8-65) *“un mismo elemento de hecho no puede dar lugar a la apreciación de más de una circunstancia agravante de la responsabilidad, e incurre el tribunal de instancia en evidente error al aplicar las agravantes previstas en los artículos 39, apartado E y 41, apartado M del Código Defensa Social, derivadas una y otra de la función de director de escuela que desempeñaba el acusado, debiendo darse preferencia, en el caso concreto que se trata, a la primera por su especificidad”*. (S. 686 de 8-7-75)²¹⁷.

Cabe para ello, citar el ejemplo, de que algunas circunstancias agravantes que tienen fundamento alevoso en la medida en que disminuyen la defensa de la víctima, como pudiera ser ejecutar el hecho con crueldad o por impulsos de brutal perversidad, resultan incompatibles con la circunstancia agravante de la alevosía.

Este criterio de la jurisprudencia, está también vinculado al principio de *“non bis in ídem”* y de él se desprende la compatibilidad o incompatibilidad de determinadas circunstancias.

Para autores como Muñoz Conde, la decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de las circunstancias *“sólo puede adoptarse analizando el contenido de cada una de ellas y estableciendo si responden o no a realidades (hechos) distintas”*.²¹⁸

Haciendo una reflexión sobre los criterios de la jurisprudencia, Cobo del Rosal y Vives Antón, llaman la atención sobre la interpretación que debe dársele al término “hecho” utilizado para asegurar que sobre él, no recaigan dos circunstancias.

²¹⁷ Prieto Morales. A. Ob. Cit. Pág. 123.

²¹⁸ Muñoz Conde- García Arán . Ob. Cit. Pág.424.

“Antes de nada - dicen los autores- debe apuntarse que cuando se alude a “hecho” debiera ser entendido de forma más amplia y omnicomprendiva como “objeto de valoración”, que comprende no solo los hechos en sentido estricto, sino también aquellos móviles, efectos, características, situaciones, datos, etc., de orden psicológico y subjetivo que pueden constituir la génesis de una agravante o atenuante, y que son desde luego, susceptibles de valoración jurídica. Si se acepta esta precisión no existe inconveniente en aceptar la tesis jurisprudencial que quedaría si; un objeto de valoración tan solo una vez valorado, es decir, solamente puede fundamentar una circunstancia. En este sentido, tendrá una única significación y conceptualización jurídico penal, sin que el mismo objeto deba ser susceptible de una doble valoración y esta dar lugar a dos o más circunstancias”²¹⁹.

De tal manera y resumiendo, ambos autores coinciden con Muñoz Conde y García Arán en que de esta forma el criterio será en cada caso, en cada circunstancia y en cada supuesto de hecho, en donde habrá que seleccionar y delimitar, si hasta qué punto existen uno o más objetos, dignos de valoración y por tanto con potencialidad suficiente para constituir el sustrato de una o más circunstancias.

Otro asunto concerniente a la jurisprudencia cubana es la aplicación de la compatibilidad de las circunstancias atenuantes con la determinación culposa de la conducta delictiva.

Los antecedentes con que contamos para estas explicaciones emanan de la aplicación del Código de Defensa Social. Pongamos varios ejemplos para ilustrar este asunto:

Las sentencias números: 376 del 2 de Noviembre de 1941 y la 132 de 24 de Marzo de 1953²²⁰ lo explicaron desde un punto de vista: *“La atenuante del artículo 37-f del Código de Defensa Social²²¹ no se puede aplicar a quien*

²¹⁹ Cobo del Rosal y Vives Antón. Ob. Cit Pág. 753 sges.

²²⁰ (Manus.) Ambas sentencias fueron obtenidas de la recopilación que posee el jurista cubano Fernando Herranz. Fiscal de la Fiscalía General de la República. N.A.

²²¹ Artículo 37.inciso f) Haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea de que se tenía derecho a realizar el hecho sancionable.

dice ignoraba que era delito el hecho que cometió, sino a quien realiza el hecho creyendo que a ello tiene derecho (Ss. 376) Estas atenuantes son incompatibles con la responsabilidad a título de imprudencia, si el culpable realizó el delito en la creencia que tenía derecho a realizar el hecho u obró obedeciendo a un móvil noble, es evidente que quería el resultado y no será responsable a título de imprudencia.” (Ss.132).

Estas dos sentencias que se acercan además al tema de la “compatibilidad” de las circunstancias también lo hace al de la inherencias de éstas, en tanto se discute la imprudencia ligada a la conducta típica y entendida a la vez, como circunstancia atenuante genérica de la responsabilidad penal.

Pero existen otros ejemplos enunciados por Aldo Prieto, aunque como él dijo es un tema tratado en términos pacíficos: *“Las atenuantes reclamadas, tanto la del apartado C como la del D del artículo 37, del Código de Defensa Social²²², sólo son apreciables en los delitos dolosos, y no en aquellos en que el agente procede culposamente”.*(Ss. de 26-9-39) *“En los delitos culposos, no es dable apreciar circunstancias modificativas, llamadas a atenuar el dolo que no existe...”*(Ss 130 de 21-5-46). *“En los delitos culposos, no es de apreciarse, en términos generales, circunstancias de atenuación, mucho menos la ejemplaridad de conducta, porque esta excepcional condición no puede influir más que cuando exista dolo en el comisor”.* (Ss. 67 de 18-2-42)²²³.

²²² Artículo 37 inciso c). Haber observado el agente antes de la comisión del delito una vida ejemplar, de trabajo habitual y cumplimiento de sus deberes.

Artículo 37 inciso d). El arrepentimiento eficaz, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

1.- Que el agente delinca por primera vez, no concurriendo en las mismas circunstancias agravantes.

2.- Haber procedido por impulso espontáneo a reparar o disminuir los efectos del delito; o a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción antes de conocer la apertura del procedimiento penal.

²²³ Prieto Morales. A. Lo circunstancial.... Ob. Cit. Pág. 242 y 243.

Quizás la abertura que dejó esta última sentencia – al manifestar “*que no es de apreciarse en términos generales*”- provocó entonces un viraje en el criterio del Tribunal Supremo, cuando el 3 de noviembre de 1972, dictó la sentencia No 527, resolviendo un delito de tránsito cuya manifestación jurisprudencial se ha mantenido hasta nuestro días: “*Si bien el apartado A del artículo ciento diez del Código de Tránsito manda a sancionar los delitos culposos “cometidos en ocasión de conducir vehículos, con privación de libertad de cinco días a diez años o multa de cinco a mil cuotas, establece un límite a esta amplísima regla cuando ordena “que en ningún caso la sanción puede exceder de la señalada al delito en particular”, haciendo clara alusión al delito doloso equivalente al de naturaleza culposa que sanciona. Hay que entender pues, que es inexacta la afirmación de la Sala de instancia de que es inútil la apreciación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal en delitos de esta índole porque la sanción que preceptúa la ley puede imponerse entre límites tan alejados que no tendría finalidad práctica alguna, la declaración de la atenuante compatible con la naturaleza del delito culposo; pues si esta norma, que deja al criterio del juez escoger una sanción que pueda ser tan leve como la de cinco días de arresto o cinco cuotas de multa y tan grave como la de diez años de prisión o mil cuotas de multa, le prohíbe exceder el límite máximo de la sanción correspondiente al delito doloso si se ha cometido por culpa en ocasión de conducir vehículos motorizados, habría que examinar si es o no posible rebasar ese límite si concurre una circunstancia de agravación, lo que parece obvio; y si es posible, por esta razón práctica, declarar la existencia de una circunstancia de agravación, puede ser un contrasentido negar la posibilidad de la aceptación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal*”²²⁴.

Si bien la institución de la imprudencia como dice Hassemer²²⁵ “*no anula el equilibrio fundamental entre el hecho y su autor*”, sino que supone un elemento referido al hecho y otro al autor, tratándose en este último de que el actuante hubiera podido prever y evitar el resultado producido fácticamente por él, no

²²⁴ Prieto Morales. Ob. Cit. Pág. 244.

²²⁵ Cfr. Hassemer Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Tomo 2. Casa Editorial Bosch. S.A. año 1984. Pág. 227 sptes.

solo aparece reflejado como una expresión de la conducta humana, sino también en forma de delitos cualificados por el resultado.

De esta manera, y teniendo en cuenta los criterios ya examinados sobre la apreciación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la determinación posterior de la pena, la ponderación de las características del hecho y del autor para fines de la pena no resulta fácil, porque en ocasiones las circunstancias de hecho aconsejan una medida de pena en determinada dirección y las personales del autor conducen a discurrir justamente en la contraria, lo que ha llevado a plantear la "*antinomia de los fines de la pena*"²²⁶, cuyo asunto no es menester tratar en este trabajo. Baste decir entonces que respecto a la compatibilidad e incompatibilidad de las circunstancias, es determinante de una valoración casuística conforme al hecho y al tipo penal, la que corresponde también y le es aplicable, en el supuesto de una conducta delictiva culposa.

5.- El error sobre las circunstancias.

Pudiera parecer obvio como ha referido Vives Antón, que la agravación de la pena sólo se podrá apreciar cuando el sujeto hubiere tenido conocimiento de los hechos que sirven de presupuesto a los motivos de su obrar²²⁷.

Este asunto también es tratado en el terreno de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Es así, que el error sobre las circunstancias, es decir acerca de algunos de los elementos que conforman la estructura de las circunstancias, tiene una discutida connotación en la legislación penal.

En la doctrina el problema del error se venía solventando mediante una interpretación extensiva "*in bonam partem*", al entenderse que era necesario el conocimiento de las circunstancias, tanto las que consistieran en la ejecución material o de los medios empleados, como las estrictamente personales para que pudiera operar la circunstancia respectiva. Si faltaba

²²⁶ Muñoz Conde – García Aran Ob. Cit. Pág.478.

²²⁷ Vives Antón, en Comentarios al Código Penal de 1995 Valencia.1996. .Pág 246.

dicho conocimiento, noción que se extendía a los supuestos de conocimiento erróneo, no podía entonces aplicarse la atenuación o la agravación²²⁸.

Este planteamiento inicial tuvo cambios posteriores que siguieron dejando un vacío para algunos autores y para la doctrina en general, señalándose tres principales inconvenientes:

Primero, la utilización de un término tan impropio como es el de “*elemento esencial integrante de la infracción*”, que unido a la expresión de elementos que agravan la pena, plantea una difícil situación a la hora de establecer qué debe entenderse por unos y otros, y sobre todo, exige un detenido análisis de las diversas características recogidas en la parte especial del Código Penal, pues entenderlas de una u otra manera comporta importantísimas consecuencias en materia de error.

En segundo lugar tampoco resolvió el precepto legal las consecuencias del error vencible sobre los elementos que agravan la pena, dejando sin solucionar el tratamiento que ha de dársele a tal cuestión.

Y por último, no se menciona ni siquiera la problemática del error acerca de los elementos que atenúan la pena, desconociéndose por tanto el régimen jurídico que cabría otorgarle.

En la actualidad se ha eliminado la antigua polémica sobre el tratamiento que debe recibir el error vencible, pero no así para los supuestos del error inverso, pues a juicio de Vives Antón²²⁹ quien asume y vaticina opiniones discrepantes al respecto, la creencia errónea de que concurre en la víctima alguna de las cualidades a partir de las cuales se articula la agravación, no debe dar lugar a la apreciación de la agravante.

A decir verdad, el tema no ha sido abordado en Cuba, en el terreno teórico ni en el legislativo, dada la fórmula que utilizó el legislador al hablar terminantemente del error invencible como una eximente de responsabilidad

²²⁸ González Cussac. Teoría de las circunstancias,... Ob. Cit. Pág. 190.

²²⁹ Vives Antón, Comentarios... Ob. Cit. Pág. 246.

con la excepción de aquellos casos cometidos por la imprudencia misma del agente²³⁰.

Estando así las cosas, pero sin dejar de seguir el análisis teórico de este asunto es conveniente distinguir el tratamiento del error según se trate de agravantes o atenuantes, entendidas sólo aquellas que son de carácter genérico, dejando a un lado el controvertido tema del error de prohibición y del error de tipo en sus aspectos medulares²³¹.

5.1. El error sobre las agravantes.

La primera cuestión a resolver como acertadamente ha señalado Mir Puig, entre otros, es que se pretenda mostrar inequívocamente la voluntad de incluir el error en la ley penal sustantiva, tanto a las circunstancias comunes, generales o genéricas, como a las especiales o específicas, cuestión que igualmente deberá aplicarse a todos los elementos cualificativos específicos de una determinada figura de delito. Precisamente, respecto a estos últimos, seguirán no pocos problemas a la hora de su entendimiento, pues en muchos casos existirán dudas razonables para saber si en realidad se trata más bien de elementos esenciales que de simple elementos que agravan la pena. Tales dificultades no pueden resolverse de modo general y solo mediante una interpretación de cada figura delictiva podrá establecerse su naturaleza respectiva, aunque pensamos que el criterio determinante ha de ser, si afectan o no al tipo de injusto, esto es, si suponen un mayor o menor contenido en la lesión del bien jurídico. Gráficamente, no creemos que pueda decirse que quien mata de noche, premeditadamente o ebrio, mate más o menos que quien lo hace de día, obcecado y sobrio. Desde este prisma el contenido del injusto es idéntico en ambos casos. Pero a los efectos que más nos interesan, la regulación legal deja muy claro que las circunstancias agravantes en sentido estricto se incluyen en el ámbito de la expresión de elementos que agravan la pena y por consiguiente, el error invencible sobre alguna de ellas excluye la agravación.

²³⁰ El artículo 32 y 24 del Código Penal Cubano establece el error, sin apego a las circunstancias. N.A.

²³¹ Cfr. Quirós Pérez .R. Ob. Cit. Tomo III. Pág. 312 y sgtes.

En suma, las circunstancias agravantes, que consisten en aprovechamiento de especiales ventajas en la ejecución están necesitadas para su apreciación, de una específica captación por el ánimo del culpable. Si este conocimiento no existe no podrá tenerse en cuenta como agravación.

Esta interpretación, absolutamente mayoritaria en la doctrina viene confirmada por la regla del artículo 51 del Código Penal Cubano del que se deriva para su comunicabilidad a los partícipes del conocimiento por éstos de las ventajas utilizadas en la comisión del delito, cuestión que trasciende también como antes explicamos, al problema que origina el grado de participación y la escala que corresponda como autor o cómplice.

A la misma conclusión se llega respecto a las circunstancias agravantes de carácter personal, como la reincidencia, el parentesco o relaciones análogas de afectividad, prevailecimiento del carácter público del culpable, abuso de confianza y otros donde unánimemente la doctrina ha extendido la necesidad de que éstas también sean conocidas para su aplicación.

Por tanto concluye la doctrina mayoritaria que el error vencible sobre las causas de agravación excluye su aplicación.

No merece mayor detenimiento el supuesto de **error inverso** sobre una circunstancia agravante, esto es, que el sujeto se encuentre en la creencia errónea de que concurre una causa de agravación, pues esta clase de error habrá que reputarlo irrelevante a todos los efectos, no debiéndose tener en cuenta el aumento de la pena correspondiente.

Según la postura ya analizada en este trabajo en torno al concepto, fundamento y naturaleza jurídica de las circunstancias, agravantes y atenuantes, al entenderlas como elementos accidentales ajenos a las categorías fundamentales de la infracción basada en la mayor o menor necesidad de pena y por tanto, como simples causas de medición de la pena, no tiene ningún sentido plantear la problemática del error de prohibición, pues éstas no hacen referencia a la ilicitud o antijuridicidad y menos, a la conciencia de la misma, por lo que operan con total

independencia de si el sujeto sabe que están o no recogidas como causas de aumento de la pena. El único conocimiento que exige es sobre los presupuestos de la circunstancia, pero no sobre su ilicitud²³².

5.2. El error sobre las atenuantes.

Respecto a las circunstancias atenuantes modificativas en sentido estricto, deberá distinguirse entre aquellas que afecten a la ejecución material o los medios empleados, como pudiera suceder con algunas eximentes incompletas y las de carácter personal. En las primeras, al igual que sucedía con las agravantes, el error vencible o invencible acerca de los presupuestos de la atenuación determinará la exclusión de la misma. Por el contrario, en relación a las segundas, casi todas construidas en torno a la idea de imputabilidad, se entenderá como irrelevante el error, pues la causa de atenuación - minoría de edad, embriaguez, etc.- seguirá subsistiendo igualmente con independencia de que el sujeto la conozca equivocadamente.

Antes de finalizar debe señalarse que los autores que conectan las circunstancias con los elementos del delito, se ven en la necesidad de distinguir entre aquellas que se refieren a la antijuridicidad y las que lo hacen a la culpabilidad. En las primeras el error impide la apreciación de la atenuación correspondiente, mientras que en las segundas es totalmente irrelevante.

Se resume este Capítulo con las observaciones referidas en cada acápite donde se destaca la presencia de los presupuestos teóricos – entiéndase: compensación, efectos, comunicabilidad, inherencia e incompatibilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal – dentro del contexto de la norma penal sustantiva cubana en lo que respecta a los artículos 47.1.2; 51; 52; 53 y 54.1.2.3.4 - , permitiendo su valoración y estudio coherentemente con algunos apuntes de la jurisprudencia nacional.

CONCLUSIONES.

²³² Cussac. Teoría de las circunstancias... Ob Cit, Pág. 192.

Una vez hecho, tal como expusimos al inicio, un bosquejo abarcador de los aspectos más generales y trascendentales en el estudio de la teoría de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y de las formulaciones al respecto en nuestra ley penal sustantiva, hemos arribado a las conclusiones las siguientes:

PRIMERA: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal propiamente dichas, surgen en las etapas de codificación y transformación de las garantías del Derecho Penal, y su evolución en Cuba emanan de la influencia derivada de las leyes impuestas durante la colonización española hasta la creación del Código de Defensa Social, que logró conformar un catálogo de circunstancias genéricas, cuya estructura y dimensión, con algunas excepciones, se ha mantenido hasta la actualidad, haciendo posible la aplicación consecuente de los componentes explicados por la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad al Derecho Penal Cubano, y ha permitido que se cumpla así con la mayoría de sus postulados.

SEGUNDA: El Código Penal Cubano no hace mención al término ***circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*** como expresión de la función y naturaleza jurídica que éstas contraen para la ley, la doctrina y la jurisprudencia. Ellas aparecen en diferentes puntos del Libro I del texto penal sustantivo, de lo que se deduce que para el legislador, gramaticalmente no existe alteración del concepto jurídico cuando de circunstancias **adecuativas** o **modificativas** se trata; unas y otras están reflejadas indistintamente, lo que contrariamente tiene un significado negativo en el ámbito de interpretación de la ley, si se tiene en cuenta que ambos conceptos difieren.

TERCERA: La naturaleza jurídica y la clasificación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal han sido temas polémicos para los distintos autores con diversas posiciones doctrinales, a la vez que ha constituido un interés generalizado no regirlas por criterios sistemáticos, ni

condicionarlas a reglas que incidan negativamente sobre su interpretación jurídica o su labor individualizadora, en lo que el legislador cubano ha tenido aciertos que se expresan en la clasificación que asumen los artículos 52 y 53 de las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal establecidas en la Ley 62 de 1987, con excepción de la formulación realizada en virtud de las modificaciones introducidas mediante la Ley 87 de 15 de Marzo de 1999, en el inciso 4 del artículo 54, perteneciente Título VI, Capítulo V, Sección Séptima, relativo a la Atenuación o Agravación Extraordinaria de la Sanción.

CUARTA: Los tipos penales cualificados o privilegiados permiten que se les añadan circunstancias agravantes o atenuantes, las cuales no modifican los elementos fundamentales del tipo básico y asimismo pueden constituirse en tipo autónomos. No obstante para establecer distinciones, habrá que atender a la interpretación de los elementos que las conforman.

QUINTA: La polémica de si las circunstancias se relacionan con la teoría del delito o la teoría de la pena no es asunto terminado para la doctrina del Derecho Penal; sus razonamientos están fundados en los principios que rigen para cada una de ellas. Por tanto, en virtud de los criterios legislativos acogidos por la sistemática sustantiva cubana, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal se relacionan con la llamada teoría de la pena, destacándose el interés del legislador en hacer prevalecer en ellas, razones de una política criminal atemperada a las circunstancias políticas, económicas y sociales por las que atraviesa el país.

SEXTA: Se ha demostrado que las circunstancias genéricas atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal, como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal contrae funciones y efectos que se han de estudiar dentro de los aspectos relacionados con la determinación de la pena, por lo que tiene un sustento normativo y una importancia trascendental el hecho de que las normas discrecionales que las conforman establezcan las reglas y sanciones a los efectos de atenuar o agravar las penas, adecuándolas a la política jurídico - penal que corresponda.

Por todo ello los cambios legislativos en materia penal sustantiva acontecidos por la Ley 21 de 1979, la Ley 62 de 1987 y las modificaciones introducidas mediante la Ley 87 de 1999, han influido en la esencia de la función y el efecto de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, ya que no queda establecido preceptivamente en el Capítulo V de la Parte General del Código Penal, un artículo que disponga que luego de ser apreciada aunque sea una de ellas, facultativamente por el tribunal se aplique una regla que incida sobre el marco penal abstracto, entre sus límites mínimos o máximos, de manera tal que permita posteriormente graduar la pena concreta, atenuándola o agravándola. Por el contrario y en su defecto ha permanecido intacto el artículo 54, con sus incisos 1 y 2, a pesar de que carece de una correcta descripción que permita interpretar coherentemente la norma.

Una propuesta en este sentido sería la de vincular la graduación de las penas tras la ocurrencia y aplicación de circunstancias al momento de la determinación judicial de la pena, orientándole al juez que en caso de aplicar circunstancias atenuantes y agravantes la sanción podrá optativa y discrecionalmente rebasar o reducir según corresponda la media prevista para el tipo penal.

SEPTIMA: La incomunicabilidad de las circunstancias está establecida preceptivamente en el artículo 51 de la ley penal cubana y guarda estrecha relación con la accesoriedad en la participación así como con los principios y teorías que la informan, instituciones jurídicas ajustadas a la teoría general explicada al igual que los asuntos derivados de la inherencia y la incompatibilidad de las circunstancias, los cuales están resueltos a partir de la formación y estructura normativa de nuestra ley penal y también en los pronunciamientos de la jurisprudencia cubana sobre la base del principio de “*non bis in ídem*” bajo los presupuestos y elementos siguientes: en el caso de la inherencia prevista en el artículo 47-2 que una circunstancia que es elemento constitutivo de un delito no puede ser considerada como circunstancia agravante de la responsabilidad penal y con respecto a la

compatibilidad, ha reiterado el Tribunal Supremo Popular, que de un mismo hecho no puede derivarse varias circunstancias.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

1. **ALBACAR LOPEZ**. J.L. Reflexiones sobre la individualización de las penas. Poder Judicial. No 6. Madrid.1983.

2. **ALONSO** Alamo Mercedes. El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general. Valladolid.1981.
 - La compensación de las circunstancias generales y especiales ante la reforma del derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal No 19. Instituto de Criminología. Universidad Complutense de Madrid. Editorial EDERSA. 1983.

 - Circunstancias del Delito e Inseguridad Jurídica. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid.1995.

3. **ANTON** Oneca. José. Derecho Penal, 2da Edición, Editorial Akal. Madrid 1986.

4. **ARROYO DE LAS HERAS**. A. Manual de Derecho Penal. El delito. Pamplona. 1985.

5. **BACIGALUPO** Zapater. Enrique. La ciencia del Derecho Penal entre el ideal científico de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu. Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al profesor Antonio Beristain. San Sebastián.1989.
 - Acerca de la pena y la culpabilidad en la medida de la pena. Revista de Ciencias Penales.1973.

 - La individualización de la pena en la reforma penal. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense . Madrid. 1980.

6. **BAJO** Fernández. M. Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma. Estudios Penales y Criminológicos. Universidad de Santiago de Compostela. 1977.

7. **BECCARIA**.C. De los delitos y las penas. Madrid.1969.
 8. **BOIX** Reig.J. Reglas de determinación de la pena. Comentarios a la Legislación Penal. Tomo V. Volumen I. 1985.
 9. **BORJA** Jiménez Emiliano. El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal. Universidad de Valencia.1992.
 10. **BORJA** Mapelli Caffarena y **TERRADILLOS** Basoco. Juan. Las consecuencias jurídicas del delito. (Tratados y Manuales) Editorial Civitas, S.A. 1era edición.1990.
 11. **BOLDOVA** Pasamar Angel. La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva”. Universidad de Zaragoza. Editorial Civitas. S.A. 1995.
 12. **BUENO** Arús. F. Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal contemporánea. C.P.C. Madrid. 1989
 13. **BUSTOS** Ramírez Juan. Manual de Derecho Penal Español. Parte General. Editorial Ariel Derecho, 1era Edición. S.A. Barcelona. 1984.
 14. **CARBONELL** Mateus Juan Carlos. Derecho Penal. Concepto y principios constitucionales. 2da Edición, Valencia.1996.
 15. **CARMONA** Salgado. C. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II. Editorial Marcial Pons. Madrid. 1997.
 16. **CARRARA** F. Programa de Derecho Criminal. Volumen I. Bogotá.1988.
 17. **CARRERAS** Julio. Historia del Estado y el Derecho en Cuba. Poligráfico “Alfredo López”, Ciudad Habana.1988.
 18. **CARRILLO** Prieto. Ignacio. Elementos de Política Jurídica. (Estudios Varios). U.N.A.M. México. 1992.
 19. **CEREZO** Mir José. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. III. Teoría jurídica del delito. 2da edición, Editorial Tecnos. S.A. Madrid.1998.
- Las causas de inculpabilidad en el nuevo Código Penal Español. Homenaje al Profesor Dr. Jorge Frías Caballero. La Plata. Argentina.1998.

20. **COBO** del Rosal. M y **VIVES** Antón T.S. Derecho Penal. Parte general 5ta Edición, (edición corregida, aumentada y actualizada). Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1999.

21. **CORDOBA** Roda. J. Comentarios al Código Penal. Tomo I y II, Barcelona.1972.

- Las eximentes incompletas en el Código Penal. Oviedo. 1966.

- El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XX.1967.

22. **CREUS** Carlos. Tradicionalismo y cambio en la doctrina penal. Homenaje al Profesor Dr. Jorge Frías Caballero. La Plata. Argentina.1998.

23. **CUELLO** Calón. E. Derecho Penal. Parte General. Barcelona. 1981.

24. **DIEZ** Picazo. L. La interpretación de la Ley. Valencia.1970.

25. **DIEZ** Ripollés J.L. La Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del CPE en ADPCP. 1977.

- “La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista”. Universidad de Málaga. España.1996.

26. **DUVAL** Fleites Ricardo R. Lo circunstancial en el Código de Defensa Social. Primera Edición. Editorial Jesús Montero. s.f. La Habana 1947.

27. **FLORIAN.** E. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomos I y II. Milano.1934.

28. **GARCIA** Arán. M. Los criterios de determinación de la pena en el Derecho Penal Español. Universidad de Barcelona. 1982.

29. **GOMEZ** Benítez J.M. Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena. Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Monográfico. No 3. Madrid.1997.

30. **GONZALEZ** de la Vega. René. La Justicia: Logros y retos. Fondo de Cultura Económica. México.1994.

31. **GONZALEZ** Rus. J.J. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial II. Editorial Marcial Pons. Madrid.1997.

32. **GONZALEZ** Cussac José Luis. Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Colección de Estudios. Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Universidad de Valencia.1988.

- Presente y Futuro de las Circunstancias Modificativas. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid. 1995.

33. **GRILLO** Longoria. José Antonio. Sanciones y Medidas de seguridad. Facultad de Derecho. Universidad de la Habana. 1998.

34. **HASSEMER** Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Tomo 2. Casa Editorial Bosch. Barcelona.1984.

35. **IBARRA** Martín. Francisco. y coautores. Metodología de la Investigación Social. Editorial Félix Varela. La Habana.1999.

36. **JAKOBS**. Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. 1995.

37. **JESCHECK** Hans Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen I. Barcelona.1981.

38. **JIMENEZ** de Asúa. Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo II (Filosofía y Ley Penal). Editorial Losada. S.A. Buenos Aires. 1964.

39. **LISZT** Frank Von. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid. 1927.

40. **LORENZO** J. del Río Fernández. Atenuantes por Analogía. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid.1995.

41. **LOPEZ** Betancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S.A, México 7 de Abril 1995.

42. **LLORCA** Ortega, J. Manual de Determinación de la Pena. 2da edición. Valencia. 1988.

43. **LLOPIS** y Domínguez. J. M. Apuntes de Derecho Penal. Primera Parte. Valencia. 1986.

44. **LUZON** Peña. Diego Manuel. Curso de Derecho Penal. Parte General I. Madrid. 1996.

- Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid. 1996.

45. **MANZANARES** Samaniego. J.L. Actualidad Penal. Revista Semanal Técnico- Jurídico de Derecho Penal. Editorial La Ley - Actualidad S.A. 1998.

46. **MARTIN** Sánchez Ascencio. La minoría de Edad. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid. 1995.

47. **MARTIN** González Fernando. La alevosía en el Derecho Español. Editorial Comares. Granada. España. 1988.

48. **MEZGER**. Edmundo. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Madrid. 1955.

49. **MAURACH**. Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Barcelona. 1962.

50. **MARTINEZ**. José Agustín. Código de Defensa Social. Editorial Montero. La Habana. 1939.

51. **MATALLIN** Evangelio, Ángela. La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. Tirant lo Blanch, Valencia. 1999.

52. **MELCHIONDA** Alessandro. La circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalista. CEDAM. Italia. 2000.

53. **MIGUEL** Harb. Benjamín. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Sexta Edición. Librería Editorial "Juventud". La Paz. Bolivia. 1998.

54. **MIR** Puig Santiago. Derecho Penal. Parte General. 5ta Edición. Barcelona.1999.

- Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. 2da Edición. Barcelona.1982.

- Introducción a las bases del Derecho Penal. Barcelona 1976.

55. **MORILLAS** Cueva Lorenzo. Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Dirigido por M. Cobo del Rosal. Editorial Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid.1996.

- Teoría de las consecuencias jurídicas del delito. Madrid. 1991.

56. **MUÑOZ** Conde Francisco y **GARCIA** Arán Mercedes, Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1999.

- Teoría general del delito. 2da Edición. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 1989.

57. **ORTS** Berenguer. E. Atenuante de análoga significación (estudio de los artículos 9 y 10ª del C.P.) Tesis Doctoral. Valencia.1976.

58. **PACHECO** J.F. Código Penal concordado y comentado. Tomo I. 4ta Edición. Madrid. 1970.

59. **PAVON** Vasconcelos. Francisco. Las condiciones objetivas de punibilidad. Homenaje al Profesor Jorge Frías Caballero. La Plata. Argentina. 1998.

60. **PEREZ** Luño. Antonio Enrique. Delimitación conceptual del derecho. Discusión sobre el carácter anti – científico del Derecho. Editora Jurídica Grijley. Lima. 1999.

61. **PESSINA**. E. Elementos de Derecho Penal. Madrid.1982.

62. **PICHARDO** Viñals Hortensia. Documentos para la Historia de Cuba. Tomo I. Editorial de Ciencias Sociales. Instituto Cubano del Libro. Segunda Edición. La Habana.1971.

63. **POLAINO** Navarrete Miguel. Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos Científicos del Derecho Penal. 3era edición. Editorial Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona.1996

64. **PRIETO** Morales Aldo. Lo circunstancial en la responsabilidad penal. Primera Edición. Editorial Ciencias Sociales La Habana.1983.

65. **PUIG** Peña Federico. Derecho Penal. 6ta edición. Tomo II, Parte General, Volúmen 2. IBER-AMER, Publicaciones Hispanoamericanas, S.A. Barcelona – Madrid – Buenos Aires. 1969.

66. **QUINTERO** Olivares Gonzálo. Introducción al Derecho Penal. Barcelona. 1981.

67. **QUIROS** Pérez Renén. Manual de Derecho Penal. Tomos I y III. Editorial Felix Varela. La Habana.1999.

- Introducción a la teoría del Derecho Penal. Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1987.

68. **RAMOS** Smith Guadalupe. Derecho Penal. Parte General I. Universidad de la Habana. Imprenta “Andre Voisin”. 1985.

69. **RIVERO** García Danilo y colectivo de autores. Temas sobre el Proceso Penal. Sociedad Cubana de Ciencias Penales. Ediciones Prensa Latina. S.A. 1998.

- García D. y Pérez Pérez. Pedro. A. El Juicio Oral. Ediciones ONBC.2002.

70. **RODRIGUEZ** Devesa José María. Derecho Penal Español. Parte General. 18va Edición. Madrid.1995.

71. **ROXIN**. Claus. Iniciación al Derecho Penal de hoy. Sevilla. 1981.

72. **RUIZ** Morón Ruíz Rico. Juan. La atenuación incompleta de la responsabilidad criminal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid.1995.

73. **SAINZ Cantero**. José Antonio. Lecciones de Derecho Penal. 3era Edición. Barcelona.1990. **SILVELA**, L. Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. Primera y Segunda Parte. Madrid.1879.

74. **SUAZO** Lagos René. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. 6ta Edición (corregida y mejorada) Honduras. 1995.

75. **TERRAGNI. Marco Antonio.** Causalidad e Imputación Objetiva en la doctrina y en la Jurisprudencia Argentina. Homenaje al Profesor Jorge Frías Caballero. La Plata. Argentina. 1998.

76. **TERRADILLOS** Basoco Juan María. Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada en la responsabilidad criminal. Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial. Circunstancias Modificativas de la Responsabilidad Criminal. Impreso Sociedad Anónima de Fotocomposición. Madrid. 1995.

77. **VEGA** Vega Juan. Los Delitos. Estudios. Instituto del Libro, La Habana 1968.

- Legislación Penal de la Revolución. Instituto Cubano del Libro. Habana 1973.

78. **VIVES** Antón Comentarios al Código Penal de 1995. Volumen I, Tirant lo Blanch. Valencia 1996.

79. **WELZEL.** H. Derecho Penal Alemán. Parte General. 2da Edición. Chile 1976.

80. **ZAFFARONI** Eugenio Raúl. Tratado de Derecho. Parte General. Primera Edición. México 1988. Editorial C.C.D. (Cárdenas Editor y Distribuidor). Tomo V. 1988.

81. **ZUGALDIA.** Espinar J.M. La prevención general en la individualización judicial de la pena. A.D.C.C.P. 1981.

OTROS TEXTOS y LEGISLACIONES CONSULTADAS.

1. Boletines del Tribunal Supremo Cubano. Impreso en los talleres tipográficos del departamento de reproducciones del Tribunal Supremo Popular.

- Primer y Segundo semestre de 1979.
- Primer y Segundo semestre de 1980.

- Primer y Segundo semestre de 1981.
 - Edición Extraordinaria de 1988, 1989 y 1990.
2. Código Defensa Social. (Actualizado). Imprenta de la Dirección Política de las Fuerzas Armadas Revolucionarias. La Habana 1969.
 3. Código Penal. Ley 21. Compendio de Leyes Impreso por las Fuerzas Armadas Revolucionarias. Año 1981.
 4. Código Penal (anotado y concordado con las instrucciones y sentencias del Tribunal Supremo Popular) Editorial Ciencias Sociales. La Habana. 1998.
 5. Ley No 93 de 20 de Diciembre del 2001. Gaceta Oficial Extraordinaria No 14 de 24 de Diciembre de 2001.
 6. Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No 3 de 31 de Enero de 2003.
 7. Código Penal Español de 1995.
 8. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Decimonovena Edición 1970.