

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

FACULTAD DE DERECHO

=====

TEORIA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS
MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

Tesis presentada para la colación
del grado de Doctor en Derecho, -
por el Licenciado D. José Luis Gon-
zález Cussac.

Director: Tomás Salvador Vives An-
tón, catedrático de Derecho Penal
de la Universitat de València.

Valencia, Julio de 1987.

UMI Number: U607202

All rights reserved

INFORMATION TO ALL USERS

The quality of this reproduction is dependent upon the quality of the copy submitted.

In the unlikely event that the author did not send a complete manuscript and there are missing pages, these will be noted. Also, if material had to be removed, a note will indicate the deletion.



UMI U607202

Published by ProQuest LLC 2014. Copyright in the Dissertation held by the Author.
Microform Edition © ProQuest LLC.

All rights reserved. This work is protected against
unauthorized copying under Title 17, United States Code.



ProQuest LLC
789 East Eisenhower Parkway
P.O. Box 1346
Ann Arbor, MI 48106-1346

Nº Dobas 336629
Nº Libris 336641

R.126537

INDICE GENERAL

=====

0.- INTRODUCCION

I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

1.- EVOLUCION HISTORICA

1.1.- Referencia histórica: El Derecho anterior a la codificación:

1.1.1.- Derecho primitivo.

1.1.2.- Derecho romano.

1.1.3.- Derecho germánico.

1.1.4.- Derecho canónico.

1.1.5.- La recepción del Derecho común.

1.1.6.- La Edad Moderna.

1.2.- La codificación

1.2.1.- Generalidades

1.2.2.- La codificación en España:

a).- Código Penal de 1822.

b).- Código Penal de 1848.

c).- La reforma de 1850.

d).- Código Penal de 1870.

e).- Código Penal de 1928.

f).- Código Penal de 1932.

g).- Código Penal de 1944.

2.- SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO

2.1.- Planteamiento general

2.2.- Consideración especial de los sistemas
más relevantes

2.2.1.- Italia.

2.2.2.- Francia.

2.2.3.- Alemania.

2.2.4.- Otros ordenamientos.

II.- CONCEPTO Y CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

1.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA

1.1.- Planteamiento.

1.2.- Consideraciones previas.

1.2.1.- Naturaleza de los conceptos ju-
rídicos.

1.2.2.- Especial consideración de los /
conceptos determinados por su --
función.

1.3.- La cuestión en el Derecho comparado: -
Particular referencia a la doctrina ita-
liana:

1.3.1.- Alemania.

1.3.2.- Francia.

1.3.3.- Italia.

1.4.- Noción general de circunstancia: Su sig-
nificado gramatical. El uso vulgar del
término circunstancia.

1.5.- El concepto de circunstancia en Derecho
Penal español

1.5.1.- En el Código Penal.

1.5.2.- En la jurisprudencia.

1.5.3.- En la doctrina.

1.6.- Toma de postura

1.6.1.- Precisiones sobre el concepto legal de circunstancia:

a).- El concepto legal impropio.

b).- El concepto legal propio.

1.6.2.- El concepto dogmático de circun
tancia modificativa de la respon
sabilidad criminal: El sentido -
técnico-jurídico del término cir
cunstancia.

2.- CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

2.1.- Introducción.

2.2.- Clases de circunstancias en el Código Penal español.

2.3.- Los criterios de clasificación en la -
jurisprudencia española.

2.4.- Los criterios de clasificación en la -
doctrina española: Notas de Derecho --
comparado.

2.5.- Consideraciones críticas:

2.5.1.- Precisiones acerca de los crite-
rios de clasificación. Exámen de
su sentido, valor y alcance.

a).- Necesidad dogmática.

b).- Necesidad práctica.

2.5.2.- Conclusión.

III.- FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA 338

1.- FUNDAMENTO

- 1.1.- Introducción.
- 1.2.- Análisis de la jurisprudencia.
- 1.3.- La cuestión en la doctrina española.
- 1.4.- Toma de postura.

2.- NATURALEZA JURIDICA

- 2.1.- Planteamiento.
- 2.2.- Origen de la polémica.
- 2.3.- Exámen de la jurisprudencia.
- 2.4.- La posición de la doctrina.
- 2.5.- Consideraciones críticas.
- 2.6.- Distinción de otros institutos afines:
 - 2.6.1.- Preterintencionalidad y reincidencia.
 - 2.6.2.- Formas de aparición del delito.
 - 2.6.3.- Causas de exención o exclusión - de la pena.
 - 2.6.4.- Condiciones objetivas de punibilidad.
 - 2.6.5.- Situaciones típicas.
- 2.7.- Conclusiones.

IV.- ESTRUCTURA Y FUNCION 490

1.- ESTRUCTURA

- 1.1.- Planteamiento.

- 1.2.- Elementos estructurales.
 - 1.2.1.- Elemento objetivo.
 - 1.2.2.- Elemento material final o teleo
lógico.
 - 1.2.3.- Elemento subjetivo.
- 1.3.- El error sobre las circunstancias:
 - 1.3.1.- La reforma de 1983: Artículo 6
bis a).
 - 1.3.2.- El error sobre las agravantes.
 - 1.3.3.- El error sobre las atenuantes.

2.- FUNCION

- 2.1.- Introducción.
- 2.2.- Las circunstancias en la determinación
de pena.
- 2.3.- Circunstancias e individualización ju-
dicial.
- 2.4.- Consideraciones críticas al sistema es-
pañol.

V.- AMBITO DE APLICACION

557

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.
- 2.- INEFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES:
ARTICULO 59.
- 3.- COMUNICABILIDAD O TRANSMISIBILIDAD DE LAS -
CIRCUNSTANCIAS: ARTICULO 60.

3.1.- Párrafo primero.

3.2.- Párrafo segundo.

4.- EFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTICULO
61, 65 Y 66.

4.1.- Reglas generales:

4.1.1.- Concurrencia de una atenuante:

Artículo 61, 1.

4.1.2.- Concurrencia de una agravante:

Artículo 61, 2.

4.2.- Concurso de varias circunstancias.

4.2.1.- Compatibilidad e incompatibili-
dad de las circunstancias.

4.2.2.- Compensación de atenuantes y --
agravantes: Artículo 61,3.

4.2.3.- La compensación de circunstancias
generales o genéricas con especial
les o específicas.

4.3.- Virtualidad excepcional de las atenuantes.

4.3.1.- Artículo 61,5 supuestos:

a).- Varias atenuantes.

b).- Una sólo muy cualificada.

4.3.2.- Minoría de edad: Artículo 65.

4.3.3.- Eximentes incompletas: Artículo 66.

4.4.- Inexistencia de circunstancias: Artículo
61,4.

4.5.- Supuestos especiales de aplicación de --
las circunstancias:

- 4.5.1.- La regla 7ª del artículo 61.
- 4.5.2.- Penas no divisibles: Artículo 62.
- 4.5.3.- En la pena de multa: Artículo 63.
- 4.5.4.- En la imprudencia: Artículo 565.
- 4.5.5.- En el Libro III: Las faltas.

VI.- CONCLUSIONES

VII.- BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA

1.- BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

2.- JURISPRUDENCIA.

APENDICE DE LEGISLACION.

INTRODUCCION

=====

0.- INTRODUCCION

Con el presente trabajo se pretende la realización de un estudio sistemático de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal contenidas en nuestro Derecho positivo (artículo 9,10 y 11 del Código Penal). Se trata, pues, de la elaboración de una teoría general donde cabrá plantear los problemas comunes suscitados por la materia, así como - intentar ofrecer soluciones satisfactorias.

La elección de este tema responde a una serie de motivos, que en su momento, de una u otra forma nos - inclinaron a su análisis.

De una parte, llama poderosamente la atención que nuestra literatura penal no haya prestado toda la atención que requiere la problemática de atenuantes y agravantes. No es cierto que exista un total abandono de / la materia, pues ésta ha sido objeto de numerosas monografías en los últimos años, así como de un mayor reconocimiento en obras de carácter general.

Sin embargo, en su significación, dogmática, sigue siendo semillero de no pocas controversias, y podría decirse, no sin cierta exageración, que en ellas todo es discutido y discutible, aún en nuestros días, pues los distintos autores siguen sin ponerse de acuerdo en los puntos nucleares desde los cuales sería posible trazar

una explicación de las mismas. En la actualidad continuan sin resolverse de forma satisfactoria la totalidad de las cuestiones suscitadas en su regulación por el Derecho positivo vigente.

Así, no se ha terminado de encontrar un concepto con capacidad suficiente para delimitar el instituto/ de otros afines, imposibilitando el esclarecimiento - dogmático de las circunstancias, y también su efectiva operatividad en no pocas ocasiones. Se hace necesaria pues, una elaboración conceptual que permita dibujar nítidamente sus contornos, para poder de este modo operar sin dificultades, tanto de un punto de vista -- dogmático como técnico y político-criminal.

También resulta imprescindible revisar los múltiples criterios clasificatorios utilizados, pues dada su abundancia, en numerosos casos, más que facilitar su - comprensión, la oscurecen notablemente. De otra parte, muchos de ellos no conducen a ninguna parte, dando la/ sensación que se clasifica por clasificar.

De suma importancia puede calificarse la fundamentación última de las mismas, esto es, la búsqueda de un punto de apoyo que les de sentido, y les sirva de última "ratio". En este punto la doctrina se halla profundamente dividida entre quienes acuden para ello a su conexión con los elementos esenciales de la teoría jurídica del delito, entendiendo que suponen, según los casos, /.

una mayor o menor antijuricidad, y una mayor o menor culpabilidad; y entre aquellos otros, que las justifican en base a consideraciones político-criminales. No faltan desde luego, los que utilizan criterios mixtos de fundamentación, situados a caballo de ambas -- posturas.

También en orden a su naturaleza jurídica se ha / venido empleando, a nuestro juicio inadecuadamente, el binomio objetivo-subjetivo, como eje de solución al -- problema. No obstante, desde tiempos recientes más de / un autor ha denunciado la impropiedad con que se utili / zan ambos términos, quedando hoy superada la equipara / ción objetivo-antijuricidad, y subjetivo-culpabilidad. De igual forma tampoco resulta sostenible identificar / objetivo con impersonal, y subjetivo con personal, y -- menos todavía, vincular ambas parejas con los dos pá -- rrafos del artículo 60.

Queda así, otra cuestión nuclear abierta a nuestro estudio.

Tampoco aparece suficientemente definida la fun -- ción que cabe otorgarles en el marco de la determina -- ción de la pena. Como tampoco lo está su estructura in / terna, discutiéndose en muchos casos acerca de la natu / raleza de sus elementos, y sí son objetivos o subjeti / vos, y en que grado han de valorarse unos y otros.

Pero si estos son los grandes problemas básicos que se plantean desde una perspectiva dogmática, no / son pocos los que aparecen desde una consideración - eminentemente práctica. Así, su eficacia y virtualidad; el régimen de compatibilidad entre unas y otras; la compensación de atenuantes y agravantes; el régimen del error implantado por el nuevo artículo 6 bis a); configuran igualmente una panorámica interesante y a la vez incierta de la materia. A ello hay que añadir la injustificada negativa de la jurisprudencia a/ admitir la revisión casacional para muchas de las cuestiones aquí dibujadas, lo que llama poderosamente la/ atención si se piensa que nuestro Derecho configura un sistema de circunstancias obligatorias, y no simplemente facultativas.

Pero si controvertido se presenta el tema en la - doctrina científica, no menos incertidumbre existe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde sus resoluciones resultan en no pocos casos contradictorias, pues en última instancia son consideraciones de justicia material las que determinan la adscripción a una u otra postura.

El planteamiento, exposición y resolución a todas estas cuestiones constituye la base principal sobre la que se levanta la teoría general de las circunstancias modificativas. Ello, unido a su sistematización en el/

Libro I del Código Penal, con el especial sistema seguido por nuestro legislador, situa de lleno la materia en la parte general de nuestra disciplina, con lo que ello conlleva de interesante y atractivo de una parte, y de complejo de otra.

Por último, ha de señalarse cómo las circunstancias modificativas desempeñan un papel fundamental en orden a la determinación de la pena, constituyendo un complejo mecanismo de medición de la pena, absolutamente indispensable en nuestro sistema para comprenderlo/ y explicarlo adecuadamente.

Desde luego, cualquier instituto situado en la parte general del Derecho Penal, guarda relación con / los otros, exigiendo una precisa delimitación y conocimiento de todos ellos. Así, respecto a las circunstancias, entran en consideración nociones esenciales en / las que se apoya la dogmática penal. Pero ello no significa que deba entrarse en profundidad en ellas, pues entonces, en vez de realizar una teoría general de las circunstancias, lo que se haría es reproducir una parte general del Derecho Penal. Y ello ni es posible, ni responde a nuestro propósito.

Para evitar semejante desviación, partimos de una determinada sistemática, en la cual nos movemos, y desde la cual tratamos de explicar el fenómeno del delito circunstanciado, en nuestro ordenamiento jurídico. Tal

posición dogmática, muy sucintamente, puede definirse en una concepción decididamente objetiva del injusto, como lesión o puerta de peligro de bienes jurídicamente protegidos, y en un entendimiento de la culpabilidad como reprochabilidad personal por el hecho realizado.

A).- OBJETO.

Vamos a centrar nuestro estudio en los artículos 9, 10 y 11, así como en el 58 y siguientes del Código Penal. Ello significa que nuestra atención preferente la constituyen las circunstancias allí descritas, o sea, las comúnmente denominadas "generales" o "genéricas", quedando relegadas a un plano muy secundario las llamadas "especiales" o "específicas", pues éstas constituyen a nuestro juicio materia propia de la parte especial, y no de una teoría general de las mismas, que por definición se ocupa de los preceptos genéricos, -- así como de los problemas comunes y sus posibles soluciones.

B).- MÉTODO.

El método adoptado está lógicamente en concordancia con la naturaleza de la Ciencia del Derecho Penal, que como saber práctico, hermeneútico y normativo conlleva. Así, la finalidad fundamental será tratar de es

clarecer la aplicación práctica de los preceptos contenidos en nuestro Derecho. Pero no por ello despreciamos ni abandonamos la tarea sistemática, ni mucho menos la valoración y crítica de las normas positivas, pues entendemos que es ésta una tarea fundamental e irrenunciable en el quehacer del jurista. Pero eso sí, cuando así lo hacemos, advertimos cuidadosamente que se trata de nuestra postura personal, y en todo caso siempre va precedida de una exposición de las principales posturas habidas en el seno de la jurisprudencia y de la doctrina.

C).- FUENTES.

Además de los preceptos citados del Código Penal español, siempre leídos con atenta observancia de la Constitución de 1978, nos hemos detenido en un abundante manejo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de circunstancias, con especial consideración a aquellas resoluciones atinentes a cuestiones de índole general.

También, y como no podría ser de otra manera en todo estudio científico del Derecho, nos hemos detenido en las diversas aportaciones que la doctrina ha vertido al respecto, tratando siempre de ofrecer las distintas posturas existentes de un modo objetivo.

Tampoco hemos olvidado la existencia de otros pai-

ses, y de otros sistemas, por lo que también acudimos a la doctrina científica foránea, así como a sus legislaciones con el fin de encontrar soluciones alternativas a los problemas suscitados en nuestro Derecho, por lo que nos fijaremos más que en las concretas regulaciones, en los grandes sistemas en ellas reflejados.

Constituye pues la finalidad de este trabajo, la elaboración de una teoría general de las circunstancias modificativas en el Derecho Penal español. Para ello, hemos dividido el estudio en cinco grandes apartados: El primero dedicado a analizar su evolución histórica, así como los distintos sistemas del Derecho comparado. En el segundo tratamos de elaborar un concepto de circunstancia, así como establecer las clases de las mismas. En el tercero, abordamos la problemática del fundamento y naturaleza jurídica, para en el cuarto delimitar su estructura y función. Por fin, el quinto lo consagramos a los problemas suscitados en orden a su eficacia concreta.

Por último, el capítulo sexto y séptimo, se dedica a exponer las principales conclusiones alcanzadas, y a ofrecer la bibliografía y la jurisprudencia sistematizada. También hemos añadido un anexo con los preceptos vigentes más destacados, así como los recogidos en esta materia por el P.L.O.C.P. de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983.

CAPITULO I

=====

CONSIDERACIONES PREVIAS

=====

CAPITULO I
CONSIDERACIONES PREVIAS

SUMARIO:

=====

1.- EVOLUCION HISTÓRICA

1.1.- Referencia histórica: El Derecho anterior a la
codificación

1.1.1.- Derecho primitivo

1.1.2.- Derecho romano

1.1.3.- Derecho germánico

1.1.4.- Derecho económico

1.1.5.- La recepción del Derecho común

1.1.6.- La Edad Moderna.

1.2.- La codificación

1.2.1.- Generalidades

1.2.2.- La codificación en España

a). Código Penal de 1822

b). Código Penal de 1848

c). La reforma de 1850

d). Código Penal de 1870

e). Código Penal de 1928

f). Código Penal de 1932

g). Código Penal de 1944

2.- SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO

2.1.- Planteamiento general

2.2.- Consideración especial de los sistemas más relevantes:

2.2.1.- Italia

2.2.2.- Francia.

2.2.3.- Alemania

2.2.4.- Otros ordenamientos

CAPITULO I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

=====

El presente capítulo consta de dos partes bien distintas: la primera dedicada a la evolución histórica de las circunstancias, y la segunda, el exámen de los sistemas del Derecho comparado. Sin embargo, ambas, aparecen como un todo porque en el presente/trabajo participan de idéntica función auxiliar, como meros instrumentos portadores, eso si, de valiosos datos y referencias muy útiles para el fin propuesto, / esto es, la elaboración de una teoría general de las circunstancias modificativas en el marco del derecho positivo español.

No cabe duda de que cada una de estas partes podría constituir el objeto de un estudio autónomo de/ similar extensión que el presente. Ahora bien, en las líneas que siguen su tratamiento se limita a recoger y exponer aquello que resulte imprescindible para su explicación dogmática.

Así, no se pretende realizar un exámen exhaustivo de la evolución histórica de las circunstancias modificativas, sino tan sólo situar el tema, ofreciendo/ los motivos claves de su construcción y desarrollo. Momentos, que por otra parte, resultan necesarios para su comprensión en nuestros días.

Del mismo modo, no es nuestro propósito exponer un completo y detallado exámen del Derecho comparado, pues tan solo nos detendremos en los grandes sistemas de regulación existentes, y precisamente en aquellos con mayor incidencia y alcance sobre el nuestro.

1.- EVOLUCION HISTORICA:

Ya en el Derecho histórico anterior a la codificación aparecen referencias de la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (1). No obstante, es a partir de este fenómeno histórico, cuando las circunstancias comienzan a perfilarse con el mismo sentido, caracteres, naturaleza, fundamento y concepto, que tienen hoy en nuestra realidad jurídica. Así, se ha señalado que al mismo tiempo que nace la doctrina de las eximentes incompletas/ en la codificación, nace junto a ellas la teoría general de las circunstancias modificativas, no hallándose en los periodos anteriores, aunque aisladamente se encuentren algunos casos (2).

En base a estas consideraciones, pueden establecerse dos momentos históricos bien diferentes, para el estudio de la evolución sufrida por las circunstancias: Antes y después del movimiento codificador. La Revolución francesa constituirá así, el eje delimitador entre ambas etapas (3), pues como veremos su significación y alcance varia sustancialmente de uno a otro periodo (4).

1.1.- Referencia histórica: El Derecho anterior a la codificación.

1.1.1.- Derecho primitivo:

Todo lo que se ha escrito del Derecho en Grecia/ es confuso. Supuso el tránsito entre el Derecho oriental y el occidental. En el se encuentran los primeros vestigios de las penas-pecuniarias, fuertemente impregnadas de una idea religiosa, no distinguiéndose nítidamente entre la justicias de los Dioses y la terrenal / (5). Hasta la llamada "época tercera" no se alcanza la responsabilidad individual de las penas, así como una mayor humanización del Derecho Penal por cuanto se olvidan planteamientos religiosos (6). Si bien no puede afirmarse tajantemente, todo parece indicar que no conocieron las circunstancias modificativas.

A esta misma conclusión debe llegarse respecto / al Derecho Penal conocidos por los pueblos asentados en la Península Ibérica. Pues hasta la colonización -ramana, existió un Derecho muy diversificado según -- las tribus, ciudades, minorías -se ha dicho que España era un continente en miniatura (7)-. La nota más característica bien pudiera ser la consideración de la / función penal como un asunto meramente privado (8).

1.1.2.- Derecho Romano:

La regulación de las circunstancias atraviesa por

dos momentos decisivos en el Derecho Romano.

En un primer estadio, correspondiente al Derecho romano antiguo, "es extraño el concepto de una modificación de la pena en correspondencia a las concretas circunstancias del delito" (9). El legislador establecía -preordenaba- una pena para cada clase de delito. No es posible pues, otra consideración de las / circunstancias que aquella que parte del legislador - (10).

Puede decirse que la posibilidad de una adaptación de la pena a la concreta configuración del delito y a la de sus circunstancias data del proceso por multa, donde el magistrado podía extenderse largamente en la determinación de la suma respectiva. Ello sucedía así en función precisamente del sistema en extremo rígido en vigor: Pues era el legislador quien / determinaba la pena en base al daño causado, esto es, a la gravedad del delito. Por ello la más susceptible de graduación y adaptación era la pena pecuniaria. Esta posibilidad otorgaba al magistrado para poder proporcionar la pena de multa a la gravedad de la infracción, constituye el primer paso en la historia de la modificación de la responsabilidad criminal.

En los delitos privados el único caso donde se permitía al juez valorar en concreto algunas circunstancias agravantes -"ex persona, ex facto, ex loco"- fué/ en la acción estimatoria por injurias (11).

No varia tampoco el sistema antiguo durante la vigencia de las llamadas "leges iudiciorum publicorum", donde las leyes establecían rigurosamente las penas, no existiendo posibilidad alguna para mutarlas", cualquiera que fuesen las circunstancias concurrentes (12)

Durante el Imperio cambia la situación, ostentando el Senado y luego el Príncipe, cierta capacidad en el juicio criminal supremo -'cognitio extra ordinem'- para adaptar la medida de la pena a cada caso concreto. Esta facultad discrecional actúa como delegación/ del poder imperial. No se distingue exactamente si la apreciación de las circunstancias quedaba abandonada/ al prudente arbitrio de los magistrados o si por el contrario ya venían valoradas por el legislador, ya fuera para establecer una cualificación, ya para modificar el título del delito (13).

Las principales circunstancias giraban en torno/ al medio empleado en la ejecución; al tiempo de la -- ejecución; al lugar de la misma y a la persona del delincente o del ofendido. Tampoco se ignoraba el concepto de atenuante genérica, sobre todo respecto al comportamiento anterior y posterior al delito. Igualmente, dentro de las agravantes cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica, puesto que la -- reincidencia genérica, esto es, la consideración global de la vida anterior del sujeto, estaba excluida - (14).

En conclusión, puede afirmarse que el Derecho romano conoció la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes, aunque no como circunstancias genéricas, sino en su mayoría se trataba de circunstancias específicas previstas para determinados delitos. Se observa igualmente, la evolución sufrida en este campo, desde un sistema inflexible y estricto, hasta otro más abierto, donde se permitía al magistrado adecuar, en algunos supuestos, la pena al caso concreto. Este tránsito desembocaría posteriormente en un amplio arbitrio (16).

1.1.3.- Derecho Germánico:

Las principales leyes germánicas -la lex romana/visigothorum o breviario de Alarico (406), el Código de Eurico (466-484) o la llamada Lex visigothorum, -- más tarde denominada Fuero Juzgo (641-672) - no contenían una parte general tal como hoy la entendemos, por lo que difícilmente puede hablarse de la existencia de circunstancias modificativas genéricas (17).

Ahora bien, aquel sistema, basado en un principio en un Derecho Penal objetivo, caracterizado por la venganza privada y la responsabilidad colectiva, va aceptando con posterioridad una cierta proporcionalidad entre delito y pena, la cual ya encuentra su finalidad / en la prevención o intimidación. Y por supuesto, todo ello dentro de una enorme desigualdad penal y procesal

entre los "nobiles" y los "ingenuos", que transcurre - entre la composición familiar y la judicial.

Inicialmente se trata de un derecho penal fundado exclusivamente en el resultado, pero con posterioridad va adquiriendo un carácter estrictamente personal en orden a la pena, admitiéndose así, buen número de circunstancias que acompañan a determinados delitos (18). De suerte que algunos autores han querido ver en el derecho germánico el germen del nacimiento de circunstancias como el arrepentimiento espontáneo (19), la alevosía (20) o la minoría de edad (21).

La peculiar construcción del Derecho germánico en torno a la idea de "paz general" adquiere cierta trascendencia en sede de circunstancias, pues esta noción de "paz germánica", posteriormente conocida como "paz de Dios" y "paz del Rey", implicaba no sólo la agravación de hechos comunmente delictivos, sino que también producía la incriminación de hechos inocuos fuera de esos lugares o fuera de específicos lapsos de tiempo - (22).

En conclusión, puede afirmarse, que el derecho -- germánico tiene escasa incidencia en el desarrollo de las circunstancias modificativas, puesto que no varía/sustancialmente respecto a lo recogido en el derecho romano (23).

1.1.4.- Derecho canónico:

Hemos visto como en el Derecho romano antiguo y/ en el derecho germánico -al igual que en todas las -- viejas legislaciones- no se admitían sino tipos fijos en orden a la pena, una vez establecidos por la ley - de modo uniforme para todos los casos de delito dentro de una misma categoría. De este modo el juez estaba totalmente atado a la ley. Sin embargo, posteriormente, junto a la "forma ordinaria" se regulaba la llamada -- "forma extraordinaria" ("cognitiones extraordinariae") imponiéndose la necesidad de admitir penas extraordinarias, ya en cuanto no incluidas en la ley, ya en cuanto las penas legales se aplicaban de forma potestativa. La "poenae extraordinariae" significa de algún modo, ⇨ el reconocimiento de la doctrina de las circunstancias.

Pero es a partir del Derecho penal canónico, cuando numerosos autores han querido ver, a través de la - importancia concedida al elemento subjetivo, una primera formulación de las teorías individualizadoras de la pena, y por ende, de las circunstancias modificativas/ (24).

El carácter teológico de la delincuencia en cuanto pecado y la misma indeterminación que hasta el si-- glo XII existía entre los estudios de la teología mo-- ral y de la ciencia penal canónica, posibilitaron una mayor profundización en el campo de las condiciones, / .

eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad de los actos humanos, tanto en el fuero interno, / como en su aplicación al fuero externo (25).

Si unánimemente se admite el nacimiento de la -- "doctrina general" de las eximentes y de las circunstancias bajo el auspicio del derecho penal canónico, - tampoco existe discusión acerca de la profunda influencia de la teología moral en este alumbramiento. Así al juzgador le importaba averiguar más que si la acción, / se realizó conscientemente, el motivo último de esta - acción, porque de este dependía en mayor medida que de la acción misma, la mayor o menor inmoralidad o reprochabilidad de la conducta interna (26).

Posteriormente, el Derecho Penal comienza a separarse de la teología, y "a la multitud tan viara como poco coherente de agravantes y atenuantes circunstanciales que comenzaron admitiéndose en la teología moral -señala AMOR RUIBAL-, y en la aplicación del derecho canónico y romano, sucedió la sistematización más regulada de aquellas circunstancias" (27). Del mismo / modo, se subraya, entre teólogos y canonistas principalmente, la clasificación entre causas eximentes ("excludentes peccatum nel delictum"); circunstancias agravantes ("augentes peccatum nel delictum"), y circunstancias atenuantes ("minuentes peccatum").

Para el cómputo de las circunstancias existentes,

se utilizaron dos procedimientos bien distintos, uno extremadamente empírico y casuístico y otro generalizador y abstracto en exceso. Como ni la técnica casuística en los libros penitenciales, ni las exquisitas clasificaciones en innumerables categorías de los doctores de la Iglesia, pudo reunir las mínimas garantías de un cierto rigor investigador, la situación de semibocó, en la práctica libertad de los jueces en -- en aplicar según su prudencial arbitrio, las circunstancias que creían oportunas en cada proceso (28).

Cuando el procedimiento acusatorio se sustituye por el inquisitorio, y se produce una mayor separación entre derecho y teología, el primitivo arbitrio de los jueces disminuye (29). Este resultado se ve -- igualmente favorecido por la formación de un sistema/ legal y jurídico de las circunstancias, no sólo a través del código canónico sino también fuera de él, en/ otros cuerpos legales (30).

El código canónico tampoco formula un cuadro sistemático de circunstancias atenuantes y agravantes, -- ni tampoco presenta una clasificación de las mismas, sino que más bien da a entender explícitamente que caben otras más a parte de las ya señaladas (31).

Debe reseñarse igualmente, que el derecho penal / canónico también conoce, las llamadas circunstancias / diferenciales, es decir, aquellas que tenían la consideración de elementos objetivos esenciales del delito

y su concurrencia hacía variar la especie del delito. Este principio, una vez trasladado al derecho penal / común dió origen a los delitos cualificados (32).

En resumen, puede señalarse, que aquellos casos -por otra parte muy frecuentes- en los que la ley no/ establecía penas fijas, los jueces podían mutarla en atención a una serie no exacta de circunstancias, aumentándola o disminuyéndola. Nunca estuvieron taxativamente establecidas por el Derecho, y fue la interpretación escolástica del derecho romano, del canónico y de la costumbre germánica, quien las admitió en gran / número, siendo unas más arbitrarias que otras. El sistema canónico de las circunstancias, es pues, "lógica e históricamente una resultante del procedimiento moral de estudiar y apreciar la responsabilidad del pecado en el fuero interno" (33).

1.1.5.- La recepción del Derecho común:

Con anterioridad al advenimiento de este fenómeno histórico, discurre el periodo conocido como Alta Edad Media, que representa un estadio intermedio en la evolución hacia la recepción del derecho romano y canónico

El Derecho penal de esta época está fundamentalmente basado en el daño, o sea, eminentemente objetivo. La voluntariedad -los elementos subjetivos-, permiten la / aparición de una serie de matices, esto es, de circunstancias agravantes y atenuantes (34).

Los llamados Fueros Municipales representan la pauta jurídica del momento. Se caracterizan, por el / elevado número de ellos -tantos casi como ciudades ha**́** bía-, por la crueldad de las penas, y por un cierto / resurgimiento del derecho visigótico o germánico, a través, entre otros institutos, del denominado "precio de la sangre", los desafíos, las compensaciones, las -fazañas, etc. (35).

Resulta incluso supérfluo resaltar la inexistencia de una mínima sistematización de las circunstancias, por lo que resulta difícilísimo recoger las varias y múltiples causas de modificación de la pena en tonces vigentes. No obstante pueden agruparse en torno a dos ideas: Respecto a las agravantes giraban en torno a la noción de "trayción" -como "pérdida de la paz"- y en relación con las atenuantes, el origen más común es la falta genérica de voluntad criminal (37).

El Fuero Real de Alfonso X, representa en cierto modo la transición hacia un Derecho ya plenamente romanizado, como ya lo son, las Partidas (1256-1265). / Las "Siete Partidas", suponen la cancelación del derecho visigodo y germánico, y la recepción del derecho/ de Roma, especialmente el Justiniano, notándose también una fuerte influencia del derecho canónico. Por todo ello, se ha querido ver en este cuerpo legal, un "glorioso antecedente" de las modernas técnicas de individualización de la pena, al ordenarse a los jueces que tuvieran en cuenta si se era menor de 17 años; la

embriaguez, la pobreza, si el autor era viejo, mozo, - siervo, o local; la alevosía, el incendio, el naufragio y un largo etc. para "crecer o menguar o toller la pena" (37).

El Derecho posterior -Ordenamiento de Alcalá, Ordenanzas Reales de Castilla, Nueva Recopilación, y la Novísima recopilación, entre otros- siguen la pauta de las Partidas, admitiendo pues, tanto circunstancias genéricas como específicas para algunos concretos delitos (38).

Especial mención debe hacerse a los glosadores, - post-glosadores y prácticos. Los primeros se encargaron de recoger el Derecho de Roma; los segundos, entre 1250 y 1450 aproximadamente, a elaborar sus doctrinas sobre la base del trabajo de los anteriores. Por último, los prácticos, con un método totalmente casuístico alcanzan gran importancia en toda Europa hasta incluso el siglo XIX - "prácticos tardíos"- .

A partir del siglo XVI y durante el XVII, dentro de lo que se ha llamado "el humanismo", se produce un retorno a las antiguas fuentes y un esfuerzo por la -- exacta interpretación histórica-filológica, produciéndose una contundente protesta contra "el mundo de formas espirituales de la Edad Media" (39. Destaca la obra de TIRAQUELLUS, pues es el primero en recoger de modo completo, y por primera vez generalizador, las circunstancias modificativas de la pena (40) . Durante este -

movimiento comienzan los primeros intentos de elaboración de teorías generales (41).

1.1.6.- La Edad Moderna:

Se va a caracterizar por la vigencia de las Monarquías Absolutas, donde los soberanos reúnen en sus manos todo tipo de poder (41). Las notas más sobresalientes de esta época pueden resumirse en las siguientes: crueldad y dureza de las penas hasta límites insospechados (42); la vigencia del que podría denominarse "principio de desigualdad personal ante la ley" (43), y un desmesurado arbitrio judicial (44), donde "la ley no contenía una clasificación, ni siquiera una enumeración de las circunstancias atenuantes ni agravantes del hecho, dejándolas al cuidado del juez en cada caso particular" (45). Pero además, el sistema seguido consistía en la llamada pena legal ordinaria -la ley asignaba una pena a cada delito-, pero ésta sólo se empleaba en el supuesto de que el delito apareciera tal y como la ley lo describía, pues si concurrían otro tipo de circunstancias no previstas en la ley, el juez podía valorarlas a su antojo pudiendo imponer una pena completamente distintas a la de la ley (46). En este estado de cosas, el sistema penal se caracterizaba por un desmedido arbitrio de los jueces que conducía necesariamente a una tremenda desigualdad, injusticia, y a la absoluta falta de seguridad jurídica (47).

1.2.- La codificación:

1.2.1.- Generalidades:

Bajo el auspicio del Humanismo y del movimiento / enciclopédico se produce una fuerte reacción contra el sistema vigente (48).

Con el advenimiento de la Revolución francesa y la "Declaración de los Derechos del Hombre", las primeras leyes primitivas adoptan un importante giro en sus planteamientos. Así, el Código Penal francés de / 1791, auténtico paradigma del ideal revolucionario -- (49), instaura el llamado sistema de las "penas fijas" consistente en convertir al juez en un mero interme-- diario -el juez debía de ser "la boca que pronuncia la ley"- entre la ley y el caso concreto. Se le transformaba de este modo en un verdadero autómatas, pues le -- era negada toda posibilidad de acomodar la pena señalada, mediante la estimación de cualquier tipo de circunstancias concurrentes al específico caso que debía resolver. De suerte, que se oscila de un sistema de -- arbitrio judicial ilimitado donde el juez era quien -- realmente creaba el Derecho, al justamente opuesto, -- donde la pena viene taxativa y rigurosamente determina da en el precepto (50).

En un principio, los revolucionarios franceses no admitieron la imposición de penas distintas a las es-- trictamente marcadas por la ley. No aceptando de ningún

modo la modificación de la responsabilidad criminal en base a la condición del sujeto activo o pasivo, ni a cualquier otra causa personal. Pero tampoco admitieron la posibilidad de una variación de la pena en función de otro tipo de causas materiales inherentes al hecho. La razón de esta estricta concepción, debe buscarse, / no solo en su desconfianza hacia el poder judicial, si no también -y sin lugar a dudas fué la razón de mayor peso- en su primitivo entendimiento del principio de igualdad ante la ley: si todos los ciudadanos son iguales ante la ley, por el mismo hecho deben responder -- con idéntica pena (51).

Esta temática es necesario enmarcarla dentro de / las primitivas formulaciones del principio de igualdad. Baste recordar que "de las tres consignas de la Revolución, sólo el principio de igualdad tenía un firme punto de referencia: la ley. Todos los hombres son iguales ante la ley" (52). Pero además, el Derecho Natural elevó a este principio a la base de la doctrina del -- Contrato social. Para sus precursores todo consistía en afianzar la ley como única fuente del Derecho. Conse-cuentemente todos los privilegios heredados del Anti--guo Régimen debían ser denunciados al constituir auté-nticas injusticias. Por ello, únicamente cuando este -- principio es admitido jurídicamente es posible la cons-trucción de las distintas partes generales, de las cu-ales, la concerniente al Derecho Penal es una de las -- pioneras, por su premiente papel en la codificación -- (53).

La proclamación del principio de igualdad acaba definitivamente con la identificación entre pecado y delito. Ahora ya sólo existía un concepto de hecho punible: El que atentaba a la libertad del individuo garantizada por la ley igualitaria. De ahí que debiera existir en consecuencia una única pena. En la medida de lo posible tenía que ser igualitaria, libre de toda discrecionalidad y arbitrariedad. Este entendimiento del principio de igualdad condicionó la doctrina de la medida de la pena y la cuestión de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, resuelta inicialmente por la única fórmula posible: la pena debía corresponder a la gravedad del hecho. El juez quedaba vinculado por este principio, pues un mismo desvalor merecía idéntica medida de la pena (54).

Curiosamente, esta fervorosa defensa del principio de igualdad no fué en realidad sino su holocausto. Por esto, el Código Penal francés de 1810, fuertemente influenciado por el pensamiento utilitarista de BENTHAM acaba con la fijeza de las penas de los primeros textos revolucionarios. Entre la arbitrariedad del "vieux regime" y la rigidez del Código de 1791, este nuevo texto adopta un criterio intermedio, facultando a los jueces un limitado poder discrecional para apreciar e imponer las penas entre un máximo y un mínimo que venia establecido por la ley para cada delito. Estas facultades concedidas a los jueces se vieron incrementadas por el "restablecimiento" de un sistema amplio de circunstancias modificativas "pero éstas no tuvieron --

—advierte JIMENEZ DE ASUA—, en el primitivo Código de 1810, más que una eficacia muy restringida" (55). Pero esta tendencia fué en aumento, y así, los Códigos de 1824 y 1832 presentan ya mayores cuadros de causas de agravación y atenuación de la penalidad.

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 (56) y de la formación de la parte general del Derecho Penal. Cabe afirmar que las circunstancias nacen "en virtud de una concepción real y más justa de la pena, ofreciéndose / así la posibilidad de adaptar el esquema abstracto del precepto, tanto al supuesto concreto, como a la personalidad del delincuente" (57).

1.2.2.- La codificación en España:

Corresponde ahora el estudio de las diversas regulaciones dadas a las circunstancias modificativas en los diversos Códigos y en los principales Proyectos habidos en nuestra historia, hasta llegar a la ordenación actual (58).

a).- Código Penal de 1822

Promulgado el 9 de Julio, constituye el primer tex

to de la codificación en nuestro país, aun cuando su / vigencia fué efímera; y su influencia posterior muy - escasa.

Se trata de un texto de indudable valor científico que constaba de un título preliminar, y de dos partes, la primera dedicada a los delitos contra la sociedad y la segunda a los delitos contra los particulares (59). De igual modo contiene en sus artículos 106 y 107 amplias listas de circunstancias agravantes y atenuantes, siendo la primera vez en nuestro Derecho en que - se recogen de un modo taxativo. Su técnica es enormemente casuística y vaga (60).

Por lo demás, tan solo resta significar la notoria influencia ejercida en esta obra por célebres autores como BENTHAM; BECCARIA; FILANGIERI; BEXON, etc ... Hasta la aparición del Código Penal de 1848 volvió a/ la vigencia el Derecho del Antiguo Régimen, no fructificando ningún nuevo proyecto (61).

b).- Código Penal de 1848

Aunque tradicionalmente atribuido a PACHECO, es / hoy bien conocida que su paternidad corresponde a SEIJAS LOZANO, quien se inspiró en gran medida para su redacción en el Código Penal brasileño de 1830, copia del napolitano, a su vez fuertemente basado en el Código - de Napoleón de 1810 (62).

Sus notas genéricas más características fueron / su exquisitez técnica, la estructura empleada, que ha perdurado hasta nuestros días, su carácter liberal moderado, y una acusada dureza, especialmente por lo / que se refiere al abundante uso de la pena capital.

La sistematización de las circunstancias, su colocación en la Parte General -artículos 9 y 10 -, la propia formulación legal empleada, y los conceptos legales acuñados, son las características más sobresalientes en materia de circunstancias, puesto que se / han visto respetadas hasta nuestros días (63). Junto a ello, resalta la fugaz aparición, ejemplo único en nuestra historia, de una agravante análoga, posibilitando así, el mismo sistema de "numerus apertus" que en las atenuantes (64).

c).- La Reforma de 1850

En un Decreto de 30 de Junio de 1850 se publicó una nueva edición oficial reformada del Código, "con notorias aunque no trascendentales diferencias respecto al texto inicial" (65). El cambio obedeció, como / tantas veces, a necesidades políticas del momento. En este caso el nuevo régimen moderado de Narváez. Se endurecieron las penas para determinados delitos, principalmente de naturaleza política.

Respecto a las circunstancias modificativas (66)

no hubo cambios sustanciales, tan solo algunas variaciones en su formulación legal o la introducción en / algunas de ellas de párrafos con definiciones legales (67).

d).- El Código Penal de 1870

El "Código de verano", como lo calificó SILVELA, o Código provisional así llamado por las Cortes Constituyentes, estuvo en vigor durante cincuenta y ocho años con la única interrupción, muy breve, del Código de --- 1928. Su nacimiento debe buscarse en la necesidad de -- adaptar la ley punitiva, a la nueva Constitución de 1869 que exigía la supresión de numerosos tipos penales previstos en el anterior texto. La diferencia entre ambos no fueron estructurales, sino de contenido, pues el nuevo Código reforzó los principios propios del Derecho penal liberal.

De sumo interés para nuestro estudio fueron sus novedosos criterios de individualización de las penas, basados en corregir el desmedido arbitrio judicial, instaurando un sistema de graduación de las penas mucho más acorde con las exigencias del principio de legalidad -- (68).

Las principales novedades introducidas en materia de circunstancias modificativas con respecto a los Códigos anteriores, pueden cifrarse en la aparición de /

las agravantes de publicidad y la de vagancia, además de otros cambios también importantes como la nueva / formulación del concepto legal de alevosía y el de reincidencia. Las atenuantes apenas sufrieron variación alguna, otra novedad fué la desaparición de la / agravante número 11 (ejecutar el delito con medio de perpetrar otro" (69).

Si bien prodigaron los Proyectos de nuevos Códigos Penales, ninguno tuvo la fortuna de convertirse en ley (70).

e).- Código Penal de 1928

Este Código, consecuente con el régimen político/ que le dió vida, posee connotaciones autoritarias, luego traducida en severísimas penas, más duras incluso que las contenidas en su predecesor. Esta "Excepcional severidad", fué mitigada en parte, respecto al Proyecto original de 1927, con la introducción de nuevas circunstancias atenuantes.

Basado en la idea de "defensa social", obtuvo severas críticas por parte de los penalistas del momento exceptuándose su acierto de regular las medidas de seguridad (71).

El cambio producido en sede de circunstancias fué igualmente trascendente, pues afectó no sólo a su estructura y sistematización -ahora pasaron a regularse

en el capítulo III, del Título II, del libro primero, artículos 62 a 69-, sino también a su contenido, a su número -que se vió aumentado enormemente-, y a su propio sentido (72). Su desmedido casuismo y el empleo / de una técnica deficiente y demasiado abstracta y vaga le hicieron merecedor de profundas críticas. Como botón de muestra de este peculiar texto, sirva el número 3 de su artículo 63, que señalaba: "Las acciones que procedan de actos ilícitos o inmorales nunca pueden ser motivo de atenuación". Indudablemente se trató de un Código de acentuado carácter totalitario.

f).- Código Penal de 1932

Trás la nueva, y provisional vigencia, del Código de 1870, el 1 de Diciembre de 1932, entra en vigor el Código Penal, adaptado a las exigencias de la Constitución republicana de 1931.

Entre los muchos aciertos de este texto ' a parte la modernización técnico-jurídica que supuso ' se halla sin duda, la humanización de las penas. Pero -- también realizó una feliz variación en el terreno de eximentes atenuantes y agravantes que nos interesan / sobremanera (73).

Baste recordar en este sentido la nueva formulación de las eximentes, con la inclusión de trastorno mental transitorio, la enajenación mental y la sordo-

mudez. En cuanto a las atenuantes, además de su racionalización, destaca la introducción del "arrepentimiento eficaz". Y respecto de las agravantes, se redujo / su número de las 23 existentes en el Código Penal de 1870 a 15, rompiendo con una tradición de excesivo -- casuismo e imprecisiones y vaguedades del Derecho histórico (74); signífico, por tanto, una notoria mejora en su regulación.

g).- El Código Penal de 1944

Antes de la reforma de 1944 deben mencionarse, - cuanto menos, la existencia de dos importantes Proyectos: El Anteproyecto del Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S. y el Proyecto del Código Penal de - 1939, ambos de marcado carácter totalitario y represivo (75).

El Código Penal de 1944, vigente hoy aún cuando ha sufrido numerosas reformas, fué consecuencia de / los sucesos políticos. Ellos determinaron un nuevo - recrudecimiento de las penas, y en fin, un sensible / retroceso de nuestra legislación penal.

En materia de atenuantes, la única novedad fué la introducción de la número 7, ("La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria / importancia"), con lo que se elevó a 10, las causas de disminución de la pena.

Respecto a las agravantes, se incrementan en dos nuevos apartados: Así, aparece la nueva circunstancia 10-4^a ("Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad") que anteriormente constituía el número 2º del artículo 11, en calidad de circunstancia mixta. En / segundo lugar, reaparece la de "ejecutar el hecho en lugar sagrado", en el número 17 del artículo 10. El resto tan solo se vió afectado por un ligerísimo bajle de sus respectivos apartados.

Igualmente, el art. 11, fué modificado en el sentido de que únicamente se admitía como circunstancia mixta, al parentesco.

No supuso un cambio en extremo sustancial la -- aparición del nuevo texto, al menos en lo que se refiere a nuestra materia (76).

Las sucesivas reformas del Código, que dieron / lugar al "Código Penal, texto revisado de 1963", y - al "Código Penal, texto refundido de 1973", no supusieron variación alguna en tema de circunstancias -- (77).

La aprobación de la Constitución de 1978, trajo consigo la necesidad de una reforma del Código Penal. Esta se produjo con fecha 25 de Junio de 1983, una - vez olvidado el Proyecto de Ley Orgánica de Código / Penal de 1980.

Importantes modificaciones se introdujeron por /
la reforma de 1983, entre las que debe destacarse:
(78).

- a) La agregación de un segundo párrafo al número primero del Art. 9, por el que autoriza / la aplicación de las medidas previstas en el art. anterior.
- b) La refundición de las atenuantes "pasionales" en un sólo número, el 8º, quedando sin contenido las correspondientes a los números 5º, 6º y 7º.
- c) La supresión de la agravante de reiteración / nº 14).
- d) La nueva formulación de la reincidencia, con la desaparición de la llamada "multireincidencia" o doble reincidencia.
- e) El número 16 del art. 10, sufre asimismo una nueva formulación, en la que es destacable la desaparición de la llamada agravante de "desprecio de sexo".
- f) Por último, se deja sin contenido la agravante número 17, de "ejecutar el hecho en lugar sagrado".

- g) La circunstancia mixta es ampliada a otros su puestos de "análoga relación" al parentesco.

Si bien esta reforma ha supuesto una mejora en el cuerpo de las modificativas, al llegar mediante una - revisión urgente y parcial del texto, se ha quedado / precisamente en eso, en sectorial y algo precipitada, como ya precisaremos en su lugar oportuno.

Por último, es menester un análisis algo pausado de la Propuesta de 1983, portadora de sustanciales cambios estructurales y de contenido para nuestro Derecho positivo.

Las circunstancias vienen recogidas en el capítulo IV, V y VI, del Título 1, Libro 1, artículos 23 -- 24 y 25, pudiéndose subrayar como sus más novedosos / cambios, los siguientes (79).:

- a) La desaparición de las atenuantes de minoría de edad; de análoga significación, y de preterintencionalidad.
- b) Aparece la atenuante de "obrar por motivos de notorio valor social" (nº 4).
- c) Desaparecen las circunstancias agravantes de premeditación; publicidad; astucia, fraude o disfraz; reincidencia; y ejecutarlo con ofensa o desprecio.

- d) Las circunstancias agravantes de abuso de superioridad, despoblado ("lugar"), noche y / grandes estragos, inundaciones, etc. ("tiempo") y cuadrilla y auxilio de gente armada, / ("auxilio de otras personas"), son refundidas en un sólo número (art. 24, nº 2).
- e) Aparece una nueva agravante, formulada en los siguientes términos, en el nº 4 del artículo 24 : "Obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delito contra las personas.
- f) La circunstancia mixta, es nuevamente reducida al estricto ámbito del parentesco.

Este Anteproyecto, encomiable por muchas razones, entre ellas la reducción del catálogo de circunstancias, ofrece, sin embargo, su lado negativo, en la creación de dos nuevas circunstancias, una atenuante -"obrar por motivos de notorio valor social"- y otra agravante -"obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas"-, que merecen ya, la más severa de las críticas, por su inconcreción y vaguedad.

2.- SISTEMAS DE DERECHO COMPARADO

2.1.- Planteamiento General:

Como ya habíamos advertido al iniciar el presente

capítulo, no nos proponemos realizar un detallado y exhaustivo análisis de las diversas legislaciones vigentes en el mundo, sino simplemente captar los grandes sistemas legales de regulación de las circunstancias modificativas, que han existido o existen en la actualidad (80).

Esta opción no responde a un actuar caprichoso, ni tampoco supone un desprecio al conocimiento y -- exámen de los distintos ordenamientos positivos, de indudable valor para el especialista, sin embargo, / ocurre que al trazarnos como meta la elaboración de una teoría general de las circunstancias en nuestro Derecho, nos interesa más que nada poseer una noción exacta de cuales son los grandes sistemas existentes, es decir, las posibilidades de disciplinar las cir--cunstancias desde el punto de vista de la técnica le--gislativa. Porque sólo una vez conocidas éstas, se -- podrá establecer comparaciones dogmáticas, técnico-ju--rídicas y político-criminales.

En cualquier caso, dada la suma trascendencia de algunos ordenamientos con relación al nuestro, como es el caso del italiano, francés y alemán, dedicaremos un epígrafe específico a su análisis, para así poder me--jor comprender su importancia, pudiendo a la vez si éstos deben ejemplos a seguir, y en que términos debiera en todo caso producirse este acercamiento. En cualquier caso, de lo que se trata es de hallar referencias válidas en donde poder cotejar nuestro sistema legal.

Entrando sin más ya en materia, conviene recordar muy brevemente algunas cuestiones de su evolución histórica de absoluta importancia para lograr comprender después, el desarrollo de las distintas fórmulas legislativas.

Con anterioridad a la Revolución Francesa, el panorama legislativo que se nos presenta, sin duda cabe calificarlo de variopinto, muy complejo, y en definitiva, sumamente distinto al que nace con posterioridad a este hito histórico. Se ha repetido hasta la saciedad que el Derecho Romano antiguo no las conoció. Pero si las admitió excepcionalmente en la llamada -- "extraordinaria cognitio". Ambas afirmaciones requieren seguramente ser matizadas a los efectos que aquí/ nos interesan. Así, en una primera fase, no se conocen causas de modificación de virtualidad general, / pero sí de eficacia limitada a ciertas infracciones. En la segunda etapa, ya se incluyen "circunstancias" de carácter general.

Durante la Edad Media, y bajo influencia del Derecho canónico, surgen infinidad de causas, de la más variada naturaleza, que gozan de una operatividad --- prácticamente total en todas las infracciones. Ahora/ bien, entre éstas se encontraban la frustración, la tentativa, la complicidad, el encubrimiento, las causas de justificación, las de imputabilidad, y también muchas de las que hoy siguen teniendo la consideración de meras circunstancias modificativas.

Durante la Edad Moderna se producen numerosos intentos de sistematización y clasificación de esta variada gama, que aunque de indudable mérito, distan todavía mucho de los logros alcanzados por el movimiento clasificador.

A pesar de los múltiples interrogantes que planean sobre todo este largo periodo de su evolución, y también de un cierto simplismo en algunos planteamientos/ formulados para su exposición, puede afirmarse con -- cierta seguridad, que de aquellos sistemas a los postrevolucionarios existe una enorme diferencia. Y que, no se puede olvidar que la teoría general de las circunstancias nace precisamente como reacción al modelo/ anterior. En efecto, pues el Antiguo Régimen se caracterizó, entre otras cosas y por lo que a nosotros interesa, por un extraordinario poder de los jueces para imponer las penas. Poder prácticamente absoluto e ilimitado.

Tan extraordinario arbitrio judicial motivó que en el primer Código Penal revolucionario -1791- se instaurase un sistema de estricta legalidad, conocido como sistema de las penas fijas, donde en palabras de MONTES--QUIEU, la función del juzgador debería quedar reducida en ser la boca que pronuncia las palabras de la ley (81).

Sin embargo, esta fórmula tan rigurosa y rígida, -- rayaba igualmente la injusticia más evidente. De suerte, que en los Códigos posteriores --ya en el de 1810- /

las penas vienen fijadas entre un máximo y un mínimo, dándose así la posibilidad al juez de una mayor individualización de la sanción en cada caso concreto. El instrumento característico para operar esta concreción viene determinado por el sistema de las circunstancias modificativas. Es pues, desde este justo instante, desde el que puede comenzar a hablarse con cierta propiedad, de los sistemas legales de circunstancias modificativas.

Normalmente se distinguen dos grandes sistemas / como posibilidades de regulación de las causas de atenuación y agravación de la pena. Uno, que las recogería en la parte general, y otro, que las disciplinaría en la parte especial. No obstante de ser bastante aproximada en términos genéricos esta afirmación, para ser tenida como válida requiere algunas matizaciones.

En primer lugar no es posible tan tajante distinción de los sistemas legales a la vista de las concretas regulaciones positivas. Sería más correcto hablar de tendencias en uno u otro sentido. Las opciones legales no son tan rígidas, y suelen participar de ambas alternativas. Por lo que podría decirse, en cierto sentido, que la gran mayoría siguen modelos mixtos.

Además, y en todo caso, dicha separación podría / resultar más exacta con relación a las agravantes, pero no así para las atenuantes, donde las posibilidades,

como veremos, son más amplias.

Por último, cabe reseñar la escasa aceptación que debe otorgarse al planteamiento desde el cual se centra el origen de los sistemas que las disciplinan en la parte especial de los Códigos en el Derecho romano, y por el contrario, denomina sistema "hispanico" a aquellos que lo hacen en su parte general (82) que lo hacen en su parte general (82). Y debe rechazarse, en primer término porque ya hemos dicho que no es posible tan rígida división. También por las consideraciones / efectuadas en torno a su evolución histórica, siendo / muy difícil encontrar un hilo directo entre el antiguo Derecho romano y por ejemplo, el vigente Código Penal alemán, el francés, o el mismo sistema de los países / anglosajones. Para finalizar, porque el llamado modelo "hispanico" no es tal, por cuanto éste tiene su precedente en el citado Código Penal francés de 1810, aunque posteriormente esta sistemática se haya consagrado en nuestro país, y por su influencia en Hispanoamérica y otros territorios de antiguo dominio español.

Pues bien, sentada la conveniencia de analizar se paradamente el tratamiento de atenuantes y agravantes, pasemos al análisis de los diversos sistemas posibles:

A).- Atenuantes: En la configuración de las causas de atenuación, se han seguido y de hecho pueden se guirse, hasta cinco sistemas distintos. Obviamente, la

diferencia entre ellos alcanza grandes cuotas entre algunos, mientras que entre otros ésta se reduce muy sensiblemente. Estos son los modelos posibles:

a.1.- Sistema de configuración genérico o de --
atenuantes genéricas. También conocido como modelo "francés", por ser en este país donde se /
instauró por vez primera, obtuvo su consagración y se extendió a otros ordenamientos -como los de Bélgica, Hungría, Japón, etc.. Consiste fundamentalmente en que las atenuantes no están fijadas en la ley, quedando dejadas a la libre apreciación de jurados y jueces. En su concepción más pura, los tribunales no tienen ni siquiera la /
obligación cuando las aplican, de señalar cuáles son, limitándose a afirmar su existencia, y en consecuencia, procediendo a la rebaja de la/
pena. Así concebido el sistema, otorga un amplio margen al arbitrio del juez. Sin embargo, cabe una versión corregida del mismo, en la que sí existiría obligación del juzgador de recoger en el fallo cual es la causa en que se ha basado para determinar la disminución de la pena. /
De esta forma se ve más favorecida la seguridad jurídica, pues permite un mejor juego del recurso de casación, así como un mayor conocimiento de la colectividad de las razones o fundamentos en que la jurisprudencia se apoya para construir causas de atenuación.

a.2.- Sistema de determinación específica o / taxativa de las causas de atenuación. Se fijan mediante una cláusula cerrada, "numerus clausus", en la ley, y sólo pueden aplicarse las allí recogidas, sin posibilidad alguna para que los jueces aprecien cualquier otra que no esté allí expresada. Se trata pues de un / modelo en exceso rígido, en la que no se permite a los tribunales ni la mínima potestad / discrecional. El arbitrio judicial queda eliminado de modo y manera absoluto en este régimen, al menos en este punto. Quizás por ello, ha gozado de escasa aceptación, entre los regímenes legislativos, y su vigencia se remonta al viejo Código Penal austriaco, aún atenuado por la más arcaica de las concepciones / del principio de legalidad.

a.3.- Sistema mixto: En él existe una enumeración taxativa en la parte General del Código, de las circunstancias atenuantes que pueden / ser aplicadas. Pero junto a este listado, se formula una cláusula general que permite apreciar a los jueces otras atenuantes no especificadas en la ley. Es decir, se opera con un sistema de "numerus apertus", mediante el cual cabe la posibilidad de admitir atenuaciones no contenidas en la ley, mediante una interpretación analógica de las existencias. Este modelo

quizás porque con el se evitan los riesgos de / inseguridad del mismo, y también los excesos rigoristas del segundo, es el que ha tenido mayor implantación legislativa. Así, ha cobrado vigencia en países como Italia, Austria, Suiza, No--ruega, Portugal, U.R.S.S.. Este es también el / modelo seguido en España tradicionalmente, y - que desde nuestro país, se ha exportado a Hispanoamérica.

a.4.- Sistema de atenuantes especiales. En él / se desconoce la mecánica de las circunstancias atenuantes en la parte general, admitiéndose -- únicamente su efectividad para evitar penas (co mo por ejemplo en el antiguo Código Penal de -- los cantones suizos), o bien, en relación a de-- terminados delitos (modelo alemán). Esta última posibilidad es la de mayor trascendencia por su acogimiento posterior en numerosos ordenamien-- tos positivos. Su especificidad radica en la ine-- xistencia de circunstancias atenuantes en vir-- tualidad general para todas las infracciones, / estipulándose sólomente atenuantes cuya operatividad se reduce al ámbito de determinados deli-- tos. Es por ello, por lo que se describen junto a éstos en la parte especial de los Códigos. Pu diera parecer que este sistema conlleva también una severa limitación del arbitrio judicial. Sin embargo esta primera afirmación no se acomoda a

la realidad, puesto que en semejantes modelos la determinación de la pena no se ajusta a reglas estrictas, permitiéndose una amplia participación judicial en la individualización / de la sanción a través de preceptos, que como el 46 del Código Penal alemán, ofrecen criterios muy genéricos a tener en cuenta en la -- concreta imposición de la pena.

a.5.- Por último, también existen ordenamientos en los que no se contemplan circunstancias atenuantes, ni en la parte general, ni tampoco en la especial. En estos sistemas, se concede un amplísimo arbitrio a los jueces penales a la hora de determinar la pena. Este modelo, basado en un total desconocimiento de -- las circunstancias modificativas, así como de reglas estrictas de medición de la pena, corresponde fundamentalmente al sistema anglosajón, aunque también ha tenido vigencia en / países continentales como Holanda. No obstante, no debe pensarse en un régimen de absoluta discrecionalidad o de un excesivo arbitrio judicial, sino más bien de una concepción distinta del principio de legalidad, basada en / la noción del precedente y del caso concreto.

B).- Agravantes: En la regulación de las

circunstancias agravantes se pueden distinguir hasta / cuatro grandes sistemas diferentes. Con relación a las atenuantes desaparece uno, por cuanto no es pensable un modelo para las causas de agravación semejante al de -- las atenuantes genéricas, esto es, dejadas por la ley a libre apreciación judicial. Ni tan siquiera tiene cabida otro que no las contenga con un riguroso "numerus -- clausus" (83). Cualquier otra solución rayaría la legitimidad por suponer un intolerable altercado a la más / elemental garantía jurídica. Estas son las cuatro grandes fórmulas legislativas existentes:

b.1.- Sistema de circunstancias agravantes "genéricas". Se describen taxativamente en la parte general de la ley penal, cobrando así, en -- principio, una operatividad en vocación de generalidad para todos los delitos luego descritos. Esta sistemática no excluye que posteriormente se contenga también circunstancias "específicas" para determinados delitos. Se trata así pues, / de una fórmula que compagina circunstancias -- agravantes "generales" o "genéricas", y de otro "especiales" o "específicas". Este sistema ha / sido seguido en Italia, Portugal, URSS, España, Chile, Venezuela, y otros países de influencia hispánica.

b.2.- Sistema de circunstancias agravantes --

"relativamente indeterminadas". De igual forma que el anterior. También las contempla en la / parte general del Código, pero difiere a la hora de su concreta descripción, siendo aquí mucho menos detallada y exhaustiva. Admite a su vez dos importantes variaciones. Una caracterizada por el empleo de fórmulas de gran amplitud de contenido, donde únicamente se determinan los elementos más importantes que el juez deberá tomar en consideración para fijar la medida de la pena a efectos de su agravación (Polonia, Perú, Argentina, Proyecto alemán de 1927, etc...). Otra, en la que simplemente la ley se limita a estipular una amplísima cláusula donde se recogen las anteriores, -definidas de un modo muy genérico- en los que el juez se apoyará para incrementar la penalidad (Hungria). Este sistema parece implicar, en principio, una mayor potenciación del arbitrio judicial.

b.3.- Sistemas de circunstancias agravantes -- "especiales" o "específicas". El Código se limita a recogerlas en la parte especial, junto al delito o delitos que pueden operar, adoleciendo de toda eficacia para el resto de infracciones. Desconocen la técnica de agravantes descritas en la parte general (Alemania, Francia, Austria, Suiza, etc...). Como ya se apuntara en relación a las atenuantes, no significa que este

modelo legislativo ahogue cualquier vía de individualización judicial, pues suelen contener amplias posibilidades en tal sentido, articuladas en otra técnica de mediación de la pena.

b.4.- Por último, en el modelo anglosajón, al igual que con las atenuantes, la ley desconoce casi por completo, siendo el juez a la vista del caso concreto y según la especificidad propia del "common law", apreciará las que a su juicio quepan.

Una vez expuestos los distintos sistemas posibles de regular atenuantes y agravantes (84), es factible -- llevar a cabo algunas consideraciones de carácter muy / general. No resulta nada fácil desde luego, inclinarse por uno u otro de los distintos modelos y ello, porque la operatividad de las circunstancias modificativas como instrumento de concreción de la pena, sólo puede hacerse tras un exhaustivo estudio de cada legislación.

De otro modo, afirmar que una u otra fórmula legal debe ser valorada como más satisfactoria, puede aparecer como un tanto arriesgado, pues únicamente tomando / en consideración el conjunto de reglas de determinación de la pena establecida en un ordenamiento, se está en / condiciones de efectuar dicha valoración.

A este respecto cabe recordar nuevamente que la fórmula de las circunstancias modificativas son un instrumento más, de entre los posibles, para llevar a cabo la tarea de concreción de la pena. Pero además de ser una de ellas, tampoco puede sentarse sin otras evaluaciones, si resulta más satisfactoria o no, su inclusión en la parte general o en la especial de los Códigos. La opción entre una y otra posibilidad, obedece a multitud de condicionamiento, entre los que no debe olvidarse la tradición jurídica de cada país. Desde luego, existen razones a favor y en contra de cada una de estas grandes alternativas.

En cualquier caso, lo que sí es claro, es la tendencia de las legislaciones de nuestro entorno, en el sentido de optar por la fijación en la ley, de un -- "marco punitivo", esto es, se señala un máximo y un / mínimo, o sólomente el máximo, de la pena y el "quan- tum 1/2 de la misma, dejando al juez, según su prudente arbitrio, orientado por los principios generales / contenidos en la norma, la imposición de la pena exacta.

Generalmente, el sistema de los "marcos punitivos", es el mayor acogimiento ha tenido, por cuanto / consigue compaginar en buena medida, las dos grandes necesidades que inevitablemente surgen a la hora de / aplicar una pena. La primera de estas necesidades, de rivación inequívoca del principio de legalidad, se --

centra en la exigencia que las normas -y en este sentido las sanciones que contemplan- estén perfectamente concretadas, de acuerdo al más elemental entendimiento de la taxatividad y de la certeza. La otra, hace referencia al imperativo de acomodar la pena al hecho concreto y al delincuente en particular, tanto por razones de justicia, como de utilidad.

La absolutización de una u otra de estas dos exigencias, nos lleva a un sistema de "penas fijas" (como sucedió en el Código Penal francés de 1791). o al extremo opuesto, esto es, al de la sentencia absolutamente indeterminada. Extremos ambos igualmente reprochables, por injustos e inconvenientes.

De modo que, siempre dentro de la opción del -- "marco punitivo", la sistematización de las circunstancias obedece no sólo a una concepción global de la determinación de la pena, sino también, y en mayor medida, a una cuestión de técnica legislativa. Lo mismo cabe decir de los modelos, que, o bien sustituyen la mecánica de las circunstancias por la utilización de amplios criterios orientadores del juez -sin que éstos constituyan aún propiamente los principios rectores de la individualización judicial, sino reglas / legales de concreción de la pena-; o bien, caso del / sistema anglosajón, desconociendo la técnica de agravantes y atenuantes, la sustituye por una compleja y muy distinta concepción del Derecho Penal (85).

A continuación analizamos sucintamente algunos de los modelos más significativos y trascendentales a la hora de contemplar las circunstancias modificativas.

2.2.- Consideración especial de los sistemas más relevantes.

Analizamos en este epígrafe aquellos ordenamientos que, bien por su importancia intrínseca, bien por la trascendencia de la regulación de las circunstancias modificativas, merecen ser destacados. En el caso del modelo italiano la razón de su tratamiento se cifra en varias causas. La primera por el peso específico que ha tenido a lo largo de la evolución de la dogmática penal. Pero también por la semejanza con el español en materia de circunstancias. Y desde luego, porque su doctrina ha sido la que más se ha preocupado por examinar esta problemática.

Por lo que respecta al sistema francés, su estudio se debe no sólo por tratarse de la cuna de atenuantes y agravantes, sino también porque representa la adopción de una fórmula muy distinta a la seguida por nuestros legisladores. De igual forma, el derecho alemán supone una cita de obligado cumplimiento en todo análisis del Derecho Penal, y no podía ser una excepción esta, aunque su regulación de las circunstancias modificativas constituya prácticamente extremo / opuesto a la nuestra.

Por último, también haremos, aunque muy brevemente, alguna referencia a otros ordenamientos.

2.2.1.- Italia:

El Código Penal italiano contiene, junto a circunstancias descritas en su parte especial, un amplio catálogo de agravantes y atenuantes en su parte general, en los artículos 61 y 62. Sin embargo, este régimen vigente en la actualidad, ha sufrido numerosos cambios a lo largo de su historia (86).

El régimen jurídico de las circunstancias viene especificado en los artículos 59 a 70 y 132 a 140 -- principalmente. En el artículo 61 se recogen las circunstancias agravantes "comunes" o "generales" (87), según la terminología de la doctrina italiana. En el artículo 62, se describen las atenuantes también "comunes" o "generales" (88), y en el 62 bis, introducido por Decreto ley de 14 de Septiembre de 1944, se contemplan las llamadas circunstancias "atenuantes / genéricas" (89), y que responden, en cierta manera, a nuestra atenuante de análoga significación. Aunque esta afirmación requiere no pocas reservas. El cuadro de circunstancias finaliza con las denominadas "circunstancias indefinidas o innominadas" del artículo / 133 (90), merecedoras de un tratamiento particularizado.

El régimen jurídico que el Derecho italiano ha otorgado a las circunstancias, ha conducido a la doctrina del país trasalpino a un profundo análisis de esta materia, no exenta de polémica y de posturas / encontradas. Entre las cuestiones planteadas destacan por su importancia, las relativas al concepto de circunstancia, y su distinción de los elementos constitutivos del delito; la búsqueda de su fundamento; la averiguación de la naturaleza jurídica y la diferenciación de otros institutos afines; las diversas clases y clasificaciones de las circunstancias, todos ellos serán examinados en sus correspondientes/lugares (91).

Además de estas cuestiones, los autores italianos se han interesado por otros temas, entre los cuales destacan los siguientes:

a).- El primero de ellos hace mención a la construcción doctrinal del llamado "delito circunstanciado", que se opondría al denominado delito simple". La diferencia entre uno y otro es la presencia o no / de circunstancias comunes. Así, en palabras de ANTOLISEI, la presencia de una circunstancia transforma el "delito simple" en "delito circunstanciado" (92). La polémica surgió a la hora de establecer si las circunstancias cuando acompañan a un delito y forman un "delito circunstanciado", pueden distinguirse de sus elementos constitutivos o si por el contrario se funden

y confunden con estos, constituyendo una nueva y autónoma estructura normativa. Así, los autores se dividen básicamente en estas dos tendencias: Los que sostienen que el "delito circunstanciado" da lugar a una figura del ilícito circunstanciada, netamente distinta y autónoma del principal (postura minoritaria), y los que por el contrario afirman que las circunstancias influyen únicamente en la estructura típica de la figura criminal a la cual se añaden, considerándolas simples elementos accidentales de algunas formas concretas y particulares de manifestarse/ el delito, pero que gozan de nula autonomía. De modo que, en todo caso, entre el "delito simple" y el "delito circunstanciado" existirá una relación de género a especie. Las circunstancias son concebidas como meros elementos accidentales capaces tan sólo de modificar la gravedad o cantidad del delito (postura mayoritaria) (93).

Ambas tendencias admiten muchas variaciones, -- puesto que prácticamente cada autor que se ha preocupado del tema, mantiene una postura personal con muy distintas matizaciones. Sin embargo, dado el escaso/ interés que dicha disputa tiene para nuestro sistema, y de la enorme personalización y complejidad del mismo, pensamos que con lo apuntado es suficiente para / por lo menos tener constancia de la discusión (94).

b).- Otra cuestión a tener en cuenta es la rela-

tiva al artículo 59 del Código Penal italiano. En el primero de sus párrafos señala: "Salvo que la ley lo disponga de otra manera, las circunstancias que agravan, atenuan o excluyen la pena serán apreciadas, respectivamente, en contra o a favor del agente, aunque no las conozca o por error las haya creído inexistentes". La regla general es pues, que las circunstancias actúan objetivamente, con independencia del conocimiento que tenga el sujeto. Basta atender a su existencia o inexistencia para su aplicación. No cuenta la actitud psicológica del culpable. La doctrina mayoritaria ha subrayado que este precepto instituye, en relación a las agravantes, una responsabilidad objetiva (95), o supone una reminiscencia del viejo principio del "versari in re illicita" (96). Algún autor, caso de COCURULLO, ha tratado de dulcificar el precepto, afirmando que la responsabilidad objetiva que impone el texto, no se refiere nunca a la acción, sino sólo, y siempre al resultado (97).

En el segundo párrafo se dice que "si el agente creyere por error que existen circunstancias agravantes, o atenuantes, éstas no serán apreciadas ni en contra ni a favor suyo". También aquí, existe según el parecer dominante, una responsabilidad totalmente objetiva (98).

En el tercer párrafo del artículo 59, se dispone

que "si el agente creyere por error que existen circunstancias excluyentes de la pena, éstas serán siempre apreciadas. Sin embargo, si se tratase de error/determinado por culpa, no se excluirá la punibilidad cuando el hecho esté previsto en la ley como delito/culposo". Se instaura así, un régimen distinto para las llamadas circunstancias "propias" con respecto a las "impropias" (99).

La regulación impuesta por el artículo 59, sufre una excepción en el supuesto en que el autor incurra en error de hecho no esencial acerca de la identidad física del ofendido, según lo dispuesto en los artículos 60 y 82 del Código Penal.

c.- Merece también abordarse la distinción entre el artículo 62 bis y el 133 del texto penal italiano. Mientras el primer precepto es considerado una circunstancia atenuante más, a todos los efectos, el artículo 133, no es así conceptuado, sino que por el contrario es entendido como un elenco de criterios / para fijar el poder discrecional del juez en la individualización de la pena (100).

El artículo 62 bis fué introducido nuevamente - en el ordenamiento italiano, con fecha 14 de Septiembre de 1944, con lo que volvian a readmitirse las -- circunstancias "genéricas" o "innominadas", las cuales

ayudan a ejercer el arbitrio judicial en materia de mitigación de la pena. Estas circunstancias deben basarse en hechos distintos a los que dan lugar a las circunstancias taxativamente descritas en el artículo 62. Se las ha criticado porque parecen incompatibles con el sistema casuístico del Código Penal de 1930. También se ha advertido sobre el peligro que representa si se abandonan por completo al poder del juez. Sin embargo, parece existir un consenso en la literatura penal italiana en favor de su mantenimiento, por cuanto representan un instrumento sumamente eficaz en la individualización de la pena (101).

Por el contrario, el artículo 133 no ha tenido tan buen acogimiento doctrinal (102). A pesar de que ambos preceptos tienen como finalidad general la mejor individualización de la pena, no pueden confundirse, por cuanto el juez, al hacer uso de los criterios fijado en el artículo 133, no puede rebasar nunca los límites de la pena determinadas de acuerdo a las circunstancias. Mientras que en base a estas, si puede rebajarse dicho límite (103).

Para finalizar, debe señalarse que el régimen jurídico de las circunstancias, su concurso, compatibilidad, aplicación y efectos concretos sobre la pena, tiene un detenido tratamiento en los artículos 63 a 69 del Código Penal italiano.

Puede decirse sin ningún género de dudas, que - la doctrina italiana es la más rica y fructífera de cuantas existen en el panorama internacional, y su / ordenamiento positivo, en esta materia, el más completo, y también el más complejo de todos.

2.2.2.- Francia.

Se ha atribuido generalmente a Francia el mérito de haber sido la primera en introducir la técnica de las circunstancias modificativas en el Derecho moderno, como instrumento eficaz de graduación de pena. / Así, el Código Penal francés de 1810 ha sido designado como origen y panacea de este instituto. Si bien es cierto que a partir de este texto se consagraron y extendieron, no menos lo es, que otros cuerpos legales históricos, como el Código de Baviera y el de Las Dos Sicilias, por citar algunos, deberían compartir la -- gloria (104).

Como es bien sabido, la doctrina de las circunstancias modificativas surge como reacción al sistema de "las penas fijas" instaurado en el Código Penal de 1791. Pero esta reacción no se produce espontáneamente, sino, como explicaron ROSSI, por la necesidad de que la pena sea proporcional al delito. Pero de suyo, la idea de proporcionalidad exige para ser efectiva, que ambas dimensiones sean susceptibles de graduación. Surge así, la doctrina de la medición de la pena, como

consecuencia de que su presupuesto, el delito, admita a su vez una graduación (105)

En esta línea de tratar de explicar, justificar, y buscar criterios válidos para mejorar la proporcionalidad entre el delito y la pena, se mueve gran parte de la doctrina francesa del pasado siglo, cuyo exámen es imprescindible para comprender el origen de la problemática (106).

Desde el citado Código Penal de 1810, que aunque con sucesivas reformas sigue siendo el cuerpo central del hy vigente (107), el sistema francés puede inscribirse básicamente entre aquellos que disciplinan las circunstancias con carácter especial o específico, es decir, en relación a determinados delitos. Sin embargo, esta afirmación exige varias puntualizaciones.

La primera y principal hace referencia a la necesaria separación entre atenuantes y agravantes, pues en uno y otro caso la ley les otorga regímenes jurídicos muy distintos.

Por lo que se refiere a las causas de atenuación debe señalarse que representan un modelo muy peculiar en el ámbito del Derecho comparado. Esta peculiaridad como veremos, obedece a que en el Código Penal se opera con unos marcos penales muy estrechos, que conse--

·cuentemente obligan a ofertar mecanismos de corrección, con los que se permita al juez una mejor individualización. Estos mecanismos correctores están constituidos en el Derecho francés por las causas de atenuación.

Sin embargo, entre éstas, se distinguen las -- "excusas atenuantes" y las simples "circunstancias / atenuantes" (108). Mientras que las primeras vienen taxativamente determinadas por la ley, según dispone el artículo 65, bien en relación a ciertos (v. gr. artículos 101, 321, 355), o bien con carácter general (artículo 66, la minoría de edad, que es la única prevista en relación a todos los delitos), las -- "circunstancias atenuantes", no vienen recogidas en la ley, estando completamente dejadas a la libre discrecionalidad del juez. Son pues, ilimitadas e inominadas, y pueden ser apreciadas por los jueces y -- tribunales en cualquier clase de delitos (109).

Las circunstancias atenuantes vienen disciplinadas principalmente en el artículo 463 del Código Penal. Desde la ley de 25 de Noviembre de 1941, no son ya sólo los Jurados quienes pueden estimar su aplicación, sino también los jueces y Tribunales, a los que basta afirmar su concurrencia para que desplieguen -- sus efectos. Los órganos judiciales poseen de este modo un amplísimo poder discrecional. En esta línea, la

ley de 11 de Julio de 1975, ha supuesto un incremento notable del arbitrio judicial. De suerte, que los jueces estiman como atenuantes los hechos más diversos, como los buenos antecedentes, las perniciosas / influencias ejercidas en su juventud, la insignificancia del perjuicio causado, la repercusión del daño, el arrepentimiento espontáneo, etc. (110).

En cuanto a sus efectos, al igual que las excusas atenuantes, permiten la disminución de la pena / por debajo del mínimo previsto por la ley para la infracción simple. La disminución difiere según se trate de un delito de materia criminal, correccional o de policía.

Por lo que se refiere a las circunstancias agravantes, el panorama varía sustancialmente. En primer lugar no existen agravantes innominadas o indeterminadas. La ley las describe de modo taxativo. Sin embargo, al contrario que las atenuantes, las causas / de agravación no son generales o comunes a todos los delitos, sino que por el contrario, se describen en la parte especial junto al delito o delitos que pueden afectar. La única excepción la constituye la reincidencia, regulada en los artículos 56 y siguientes, que puede aplicarse a la totalidad de los delitos -- (111).

Así pues, la inmensa mayoría de las agravantes

está descrita en la ley en relación al delito que mo difican, y tienen por efecto aumentar por encima del máximo fijado en el delito simple. La reincidencia - también es excepcional en esto, pues permite incre-- mentar la pena, a juicio del juez, hasta el doble / del máximo de la pena prevista (112).

Las circunstancias agravantes, por lo general, se comunican a los cómplices del delito aun cuando las ignorasen. En cambio, los elementos constituti-- vos no son transmisibles, salvo que tuviera conoci-- miento de ellos, según lo previsto en el artículo 60 del Código Penal (113).

Debe destacarse asimismo, que las nuevas tenden-- cias de individualización de la pena, han influido en gran medida en el "avant-proyekt" definitivo de Abril de 1978, con lo que se acentúa el régimen jurídico -- aun hoy existente de las circunstancias (114).

Por último, en relación a la postura de la doctri-- na francesa sobre el concepto, clases, fundamento y - naturaleza jurídica de las circunstancias, nos remiti-- remos a sus lugares correspondientes (115).

2.2.3.- Alemania.

El Código Penal alemán constituye el prototipo de los sistemas que desconocen la mecánica de las circuns

.-tancias comunes o generales. Ello es consecuencia / de una peculiar concepción de la determinación de la pena. En este sentido, las reglas para determinar y medir la pena aplicable son muy escasas en la parte general, reduciéndose a las indicadas en los párrafos 46 y 49.

En el primero de éstos, el legislador ofrece al juez los principios fundamentales de la individualización de la pena (116) y en el 46, se determinan -- las reglas fundamentales para la aplicación de las / "atenuantes legales especiales" (117).

De modo, que en propiedad, no puede hablarse de / circunstancias en el Derecho alemán, por cuanto las existencias vienen siempre referidas a determinados delitos, y así, aparecen descritas en la parte especial junto a los tipos a que se aplican (118). La única excepción la constituye la reincidencia, regulada en el párrafo 48, y que puede aplicarse a la totalidad de los delitos.

Este sistema de determinación de la pena, hunde sus raíces en una profunda evolución histórica (119) y en un profundo desarrollo posterior de esta "ciencia", que ha cobrado en la actualidad un enorme auge en la doctrina germana (120).

Sin embargo, y aunque formalmente sólo existan

circunstancias agravantes y atenuantes previstas en / la parte especial, parece evitar la existencia de marcos penales excesivamente amplios, el legislador, junto a los tipos privilegiados o cualificados, lleva a cabo la formación de "grupo valorativos especiales", que en atención a la mayor o menor gravedad, sirven / de pauta al juez para determinar la pena concreta. Se trata de circunstancias innominadas de la pena en forma de casos "especialmente grave o menos grave", que además pueden ser ilustrados con los llamados "ejemplos típicos". En los casos "especialmente graves", juegan las circunstancias objetivas y subjetivas que caracterizan directamente el hecho. Mientas que en / "los casos menos graves", al igual que las circunstancias atenuantes, se comprenden y valoran todos los -- puntos de vista relevantes para el delito y su autor. Sin embargo, esta necesidad de flexibilizar los marcos penales para una mejor individualización, ha sido vista como una amenaza por suponer un mayor arbitrio judicial (122).

En definitiva, el sistema alemán resulta completamente distinto al español o al italiano, por cuanto no existen en el primero cuadros de circunstancias comunes o generales. En cualquier caso, el párrafo 46 a un conjunto de reglas para la individualización judicial de la pena, pero no se tratan de verdaderas circunstancias modificativas. Como tampoco lo son las --

circunstancias innominadas de la parte especial, llamadas "casos especialmente graves y menos graves", -- porque además de estar previstos en la parte especial no son ni tan siquiera circunstancias especiales, al no venir taxativamente recogidas en la ley (122).

2.2.4.- En otros ordenamientos.

Nosotros nos vamos a limitar aquí, a ofrecer una somera descripción de cual es el régimen surgido en -- Bélgica, Suiza y en los países anglosajones (123).

a).- Bélgica: El sistema de las circunstancias seguidas en este país, está inspirado de manera total en el francés. Así en la más pura tradición del -- Código Penal galo de 1810, no existen circunstancias modificativas generales o comunes propiamente hablando. Las agravantes vienen descritas en -- la parte especial junto al delito que modifican. También la única excepción la constituye la reincidencia (recidiva), que es posible aplicar a cualquier delito. Respecto a las atenuantes, no están expresamente recogidas en la Ley. Se trata -- por tanto, de circunstancias innominadas de creación judicial, y por tanto, pueden ser apreciadas en relación a todo tipo de delitos. El efecto de agravantes y atenuantes es igualmente el de aumentar o rebajar la pena base señalada al delito simple (124).

b).- Suiza: El régimen jurídico de las circunstancias difiere sustancialmente del ideado en principio por K. STOOS. Así mientras que las -- atenuantes forman un cuerpo amplio en el artículo 64, las agravantes se reducen a la reincidencia, y según la doctrina de aquel país, también la codicia y el concurso de infracciones / (artículos 67, 68 y 50, respectivamente). Sin / embargo, la peculiaridad de su sistema se centra en que las atenuantes del artículo 64 son / de aplicación facultativa de los tribunales, y al mismo tiempo, muchas de ellas, están también previstas como específicas en la parte especial. Además, también se preveen, para determinados delitos, una atenuación libre de la pena (artículo 66). El artículo 65 señala los efectos de las -- atenuantes previstas en el precepto anterior, que se reduce a disminuir la pena dentro del marco -- legal, pudiendo llegar incluso a variarlo. Por / último, destacar, que junto a las agravantes generales, también existentes agravantes especiales (125).

c).- sistema anglosajón: En el derecho anglosajón no existen circunstancias modificativas según el sentido que se conocen en el llamado sistema continental. Esto es claro con relación a / las agravantes, que únicamente son tenidas en --

cuenta con relación a determinados delitos, como sucede con la alevosía y el veneno (Lynig in waiting) o con la premeditación ("malice aforethought"), en relación a los delitos contra las personas; o la utilización de armas ("assaults"); o -- con el tiempo de noche o el lugar con relación a los hurtos. Sin embargo, ciertos hechos, son considerados generalmente como causas de exclusión o de disminución de la pena, como la provocación -- del ofendido, la embriaguez, la minoría de edad, la enajenación mental, la llamada responsabilidad disminuida, la legítima defensa y el error. Quizás en este punto, se destaca el "primitivismo" / que impregna el sistema del Derecho anglosajón, / basado en el "case-law", enormemente casuístico y alejado de toda ordenación sistemática (126).

NOTAS: CAPITULO I

=====

- (1).- Sobre la existencia de circunstancias mo
dificativas en el Derecho anterior a la
codificación, vid. por todos, JIMENEZ DE
ASUA, L. : "Tratado de Derecho Penal".
Tomo I. 4ª ed. Buenos Aires 1964, págs.
275 y ss.
- (2).- Vid. LALINDE ABADIA, J. : "Iniciación --
histórica al Derecho español", 2ª ed..
Barcelona 1978, pág. 628.
- (3).- En este sentido, ORTS BERENGUER señala /
que "La Revolución francesa puede servir
nos de línea de demarcación para mejor /
comprender la función que corresponde de
sempeñar a las circunstancias. Antes de
aquel acontecimiento histórico, las cir-
cunstancias ya eran conocidas, como es /
sabido; pero a partir de ese momento el
nacimiento de nuevas concepciones facili-
tan la inteligencia del papel que se les
asigna "ORTS BERENGUER, E.: "Atenuante /
de análoga significación". Valencia 1978
pág. 26.

- (4).- "Si bien la acabada técnica del juego de las circunstancias corresponde al Derecho moderno -advierde PUIG PEÑA-, ello/ no quiere decir que las circunstancias modificativas no hayan existido en las viejas Leyes", en "Nueva Enciclopedia / Jurídica" (Seix). Tomo IV. Barcelona -- 1952, pág. 156.
- (5).- cfr. GERNET, L. : "Recherches sur le développement de la pensée juridique et / morale en Grece". Prís. 1917.
- (6).- Vid. JIMENEZ DE ASUA, L. ob y loc. cit. págs. 275 y 276.
- (7).- DORADO MONTERO, P.: "Contribución al estudio de la historia primitiva de España (El Derecho Penal en Iberia)". Madrid -- 1901, página 17.
- (8).- Sobre este periodo vid, en general, GARCIA GALLO, A.: "Manual de historia del Derecho Español". Tomo I. Madrid 1964, y DORADO / MONTERO, P. ob. cit. págs. 17 al 22.
- (9).- FERRENI, C.: "Esposizione storica e dottrinale del Diritto penale romano", Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, a cura

di E. PESSINA. Tomo I, Milano 1905, pág. 126.

- (10).- Desde luego, el legislador tenia en --- cuenta en ocasiones, circunstancias -- agravantes del delito y de la pena. Así, por ejemplo, se distinguia entre hurto/ manifiesto y no manifiesto; hurto diurno y nocturno; hurto con armas y sin ar mas, etc. FERRINI, C., op. cit. pág.127
- (11).- Vid. FERRINI, C. ob. cit. pág. 128.
- (12).- No podian tenerse en cuenta las circuns- tancias, excepto, claro es, que estuvie- sen previstas por el legislador, como su cedía, por ejemplo, en la distinción en- tre asesinato y homicidio, por la violen- cia más grave del primero, cfr. FERRINI, C., op. cit. pág. 128. Se trataba de lo que hoy conocemos como circunstancias es pecíficas, previstas en la Parte Especial en cada una de las correspondientes figu- ras delictivas.
- (13).- vid. FERRINI, C. ob. cit. pág. 128.

- (14).- Una exposición amplia y detallada de las circunstancias existentes en el Derecho romano, puede encontrarse en FERRINI, C., op. cit. págs. 129, 130 y 131.
- (15).- Digesto, L. 48, r. 19, fra. 16.
- (16).- En el mismo sentido, JIMENEZ de ASUA, L., op. l loc. cit. págs. 279 a 285.
- (17).- JIMENEZ de ASUA, L., ob. cit. págs. 287 y 288, y 702 a 709.
- (18).- Así, DEL GIUDICE, P., agrupa las diversas circunstancias existentes en las múltiples legislaciones germánicas, en dos categorías: causas personales (edad, sexo, enfermedad mental, etc.) y causas / reales (legítima defensa, obediencia, -- reincidencia y la paz especial), en : "Diritto Penale germánico rispetto all / 'Italia", en Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, a cura di E. PESSINA, Tomo I. Milano 1905, pags. 497 y 498.
- (19).- Vid. DEL ROSAL, J. : "Tratado del Derecho Penal General", Vol. I. 2ª ed. revisada y corregida M. COBO., Madrid 1976, pág. 175.

- (20).- Así GARCIA GONZALEZ, J. en: "Traición - y Alevosía en la Alta Edad Media" (Anuario de Historia del Derecho español). Madrid 1965, págs. 324 y 325, expone la posibilidad del origen germánico de esta agravante, así, del gótico "at-Izweis" (traidor) o también de "levran" (hacer - traición).
- (21).- cfr. RIAZA, R. y GARCIA GALLO, A. : "Manual de Historia del Derecho español". Madrid 1934, pág. 743.
- (22).- Vid. RIAZA, R. y GARCIA GALLO, A.; ob. - cit. pág. 740.
- (23).- Con carácter general vid. GISBERT, R. : "Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, Romano, Canónico". Madrid 1982.
- (24).- Vid. por todos, JIMENEZ de ASUA, L., ob. y loc. cit. págs. 289 y 290.
- (25).- Vid. AMOR RUIBAL, A.: "Derecho Penal de la Iglesia católica", Tomo I. (s.l.a.). págs. 306 y 307.

(26).- Crf. SCHIAPPOLI, D.: "Diritto penale canonico" en, ENCICLOPEDIA del Diritto Penale Italiano, a cura di E. PESSINA, -- vol. I. Milano 1905, pág. 752. Es de observar su tratamiento de la doctrina teológica, especialmente la referente a Santo Tomás de Aquino, que como es bien sabido reagrupó las diversas circunstancias posibles en torno a las siguientes cuestiones: "Quis, quid, ubi, quibus, auxilius seu instrumentis, cur, quomode, quando circa qued". Fué tal la importancia -- concedida a las circunstancias, que para poder juzgar la bondad o maldad de un acto, se debían inexorablemente de tomar en consideración las varias y peculiares circunstancias que lo acompañaban, y que no eran otra cosa, que los "accidentes individuales del acto humano" (pág. 753. Todo ello produciría una profunda y grave confusión entre lo que entonces se denominaba "fuero interno" y "fuero externo" del delincuente (pág. 754), y cfr. igualmente sobre este punto, AMOR RUIBAL, A., ob.cit pág. 307.

(27).- AMOR RUIBAL, A. ob. cit. pág. 308.

- (28).- Vid. AMOR RUIBAL, A. ob. cit. págs. 362 y 363. En estas páginas se recogen las principales agravantes y atenuantes -- existentes antes de la aparición del código canónico, destacando las siguientes: la reincidencia; premeditación; condición especial del reo y la condición / sagrada de la casa o lugar. Como atenuantes aparecen; la edad (de la infancia); el sexo, la violencia y el temor; la embriaguez; los ímpetus pasionales (ira, / dolor etc.); la confesión espontánea; la condición del delincuente; la calidad de la persona ofendida etc...
- (29).- En el mismo sentido, SCHIAPPOLI, D., ob. cit., pág. 753.
- (30).- Vid. AMOR RUIBAL, A., ob. cit. pág. 363.
- (31).- AMOR RUIBAL, A., ob. cit. págs. 367 y ss. recoge la siguiente clasificación: Ate--nuantes, se distinguen, a) De carácter / psíquico (debilidad mental y embriaguez voluntaria sin intención de cometer delito); b) De carácter físico (impotencia y violencia); c) De carácter moral (ignorancia culpable de la ley; ignorancia de la pena; inadvertencia y error;

imprevisión culpable; pasión y miedo;

d) De orden legal, fundadas en el Derecho natural (la necesidad no grave; el daño o perjuicio no grave; la legítima defensa; la provocación e) De orden legal, fundadas en el Derecho positivo (la menor edad; el sexo; estado de cultura; condición; finalidad; lugar y tiempo; el arrepentimiento; - la reparación espontánea del daño, y otros motivos análogos). Además, al / igual que las eximentes podían pasar a convertirse en atenuantes, éstas a su vez, también podrían, en algunas / ocasiones previstas por la ley, convertirse en eximentes. Agravantes, - Del mismo modo que no pueden fijarse las atenuantes existentes, tampoco existe / esa posibilidad con las causas de agravación. Ahora bien pueden señalarse algunas que sí estaban determinadas: a) / De carácter subjetivo (premeditación; reincidencia; variantes de la "malevolencia", como el ensañamiento y la --- crueldad; y toda la gama de agravaciones subjetivas por desprecio a la ley; b) De carácter objetivo (La mayor gravedad del delito según la mayor dignidad y condición de la persona que lo -

ejecuta; la mayor gravedad del delito / según la más elevada dignidad de la víctima o persona ofendida; y la mayor gravedad del delito cuando para cometerlo abusa de la autoridad que se halla investido o de la profesión que ejerce). Igualmente puede consultarse la clasificación de las circunstancias que recoge SCHIAPPOLI, D., ob. cit., págs. - 754 y ss.

(32).-

Se distinguía entre las circunstancias según si producían el efecto de "mutare o non mutare spciem peccat". Así por -- ejemplo, la cantidad de la cosa robada o la realización del delito en lugar sa grado no variaban la especie del delito. Pero junto a estas circunstancias "gené ricas", aparecen las hoy denominadas / "específicas" que transforman el título del delito -"mutatio species"-, surgiendo así figuras específicas como el asesinato, el adulterio, el sacrilegio et. cfr. SCHIAPPOLI, D., ob. cit. pág. 754.

(33).-

AMOR RUIBAL, A., ob. cit. pág. 362.

(34).-

vid. ORLANDIS, J.: "Sobre el concepto de

delito en el Derecho de la Alta Edad Media", en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo XVI, Madrid 1945, págs. - 114 a 122. También puede verse, del mismo autor, "Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media", en Anuario, cit. Tomo XVII. Madrid 1947, - págs. 61 y ss.

- (35).- Vid. BERNALDO DE QUIROS, C.: "Alrededor del delito y la pena". Madrid 1904, pág. 111 y 112.
- (36).- Vid. ORLANDIS, J.: "Sobre el concepto de delito, cit", págs. 114 a 122.
- (37).- Cfr. JIMENEZ de ASUA, L. ob. y loc. cit. pág. 721.
- (38).- Vid. BERNALDO DE QUIROS, C. ob. cit. -- págs. 114 a 119.
- (39).- Vid. SCHAFFSTEIN, F.: "La Ciencia del - Derecho Penal en la época del humanismo". Madrid 1957, pág. 21.
- (40).- Cfr. SCHAFFSTEIN, F. ob. cit. págs. 60 y ss.. Debe resaltarse la importancia de la obra de TIRAQUELLOS, no sólo por su

clasificación en las famosas "64 causas" para determinar la pena, sino por sus avanzadas ideas, que venían a subrayar la necesidad de la vinculación de los jueces a la ley, así como por su método teórico, iniciador del estudio de aspectos generales independientemente de cada delito. Al mismo tiempo, su sistema de trabajo: primero analiza la pena, y luego, deductivamente inferior la "teoría" del delito. Respecto a su célebre catálogo de las 64 causas, puede sintetizarse del siguiente modo: a) De la 1 a la 7; ira, dolor, pasión, locura sueño y embriaguez; b) Causas 7 y 8: menor edad y vejez; c) Causas 10 y 11: "ignorantia iuris"; d). Causas 12 y 13: "ignorantia facti"; e). Causas 14 y 15: "Culpa lata" y "Culpa levis" : f). Causas 16 a 31: parentesco, vecindad, amistad, posición principal y nacimiento noble, arrepentimiento, confesión voluntaria, trascurso del tiempo entre el acto y la sentencia; g). Causas 32 a 64: legítima defensa, estado de necesidad, error obediencia al príncipe, tentativa, comisión por omisión, etc.. Esta sistematización de eximentes y atenuantes no logró extenderla a las agravantes.

- (41).- Muy ilustrativa sobre esta época resulta la obra de LARDIZABAL y URIBE, M.,: "Discurso sobre las penas". Madrid 1782.
- (42).- Vid. por todos, JIMENEZ de ASUA, L., ob. y loc. cit., págs. 303 y ss.; y 745 y ss.
- (43).- Una amplia y detallada exposición sobre este momento histórico puede verse en / TOMAS Y VALIENTE, F. : "El Derecho Penal de la monarquía absoluta (siglo XVI-XVII-XVIII)". Madrid 1969, principalmente en / páginas 318 y ss.
- (44).- Sobre el arbitrio judicial, vid. por todos: FERNANDEZ ALBOR, A.: "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales", en "Homenaje al Prof. J. Pereda". Bilbao 1965.
- (45) SALEILLES, R. : "La individualización de la pena", 2ª ed., revisada y corregida / por GASTON MORIN. Trad. J. de Hinojosa. Madrid 1914, pág. 87.
- (46) Vid. TOMAS Y VALIENTE, F., ob. cit. pág. 332.

- (47).- En este sentido, vid. de LARDIZABAL Y URIBE, M., ob. cit., pág. 71, cuando dice que: "el enorme arbitrio de los / jueces a la hora de aplicar las penas conduce a la impunidad."
- (48).- Sin embargo, como bien ha puesto de manifiesto HATTENHAUER, H.: "Los fundamentos históricos-ideológicos del Derecho Alemán", 2ª ed. Trad., M. Izquierdo Madrid 1981, pág. 29, debe tenerse presente en todo caso, que también el movimiento codificador estuvo fuertemente -impregnado por el derecho romano, pues éste, nunca desapareció de Europa al -hacerlo suyo la Iglesia de Roma ("eclesia vivit lege romana". En realidad estuvo aplicándose el mismo viejo derecho romano a unas circunstancias y entorno / muy diferentes -"usus modernus pandectorum"- hasta el siglo XIX. Como bien señala el autor citado" el Derecho fué sacralizado como Derecho de la Iglesia y convertido en objeto de dogma jurídico".
- (49).- Al Código Penal Francés de 25 Septiembre 6 de Octubre de 1791, le sigue el 3 Brumario del año IV (25 Octubre 1795) de -- Merlin, y por último el Código Penal de

1810. En Italia destaca por su gran técnica el Código Penal del Reino de las / Dos Sicilias en 1819; y en Alemania puede resaltarse el "Codex iuris Bavaria / iudicarii" (1753); el Código General de Prusia (1794; el Proyecto de Baviera de 1802, y el Código Penal de 1813 de Feuerbach, cfr. JIMENEZ de ASUA, L. ob. y loc. cit. págs. 17 y ss.

(50).- Un planteamiento crítico sobre estos postulados, puede verse ya, entre otros muchos autores, en MARAT, J.P.: "Principios de legislación penal". Trad. A.E.L. Madrid 1891, principalmente, págs. 35 y ss.

(51).- En este sentido, JIMENEZ de ASUA, L. ob. y loc. cit. pág. 264, señala que "La libertad, la igualdad y la fraternidad se consiguen con el principio "nullum crimen, nulla poena sine legi", con la objetivización de los tipos penales y con la menor crueldad de los castigos. Si todos los hombres son iguales, no era lícito castigar más que aquellos hechos realmente dañosos para la sociedad y sólo -- con la pena necesaria, y no podía estimarse tampoco justo que la responsabili-

-dad fuera diversa según las personas /
ofendidas, ni que las penas fueran dis-
tintas según la persona del ofensor".

- (52).- HATTEHAUER, H., ob. cit., pág. 46.
- (53).- En el mismo sentido vid.. HATTENHAUER,
H., ob., cit., págs. 47, 54 y 56.
- (54).- cit. HATTENHAUER, H. ob. cit. pág. 60.
- (55).- ob. cit., pág. 323.
- (56).- En este sentido se expresa ORT'S BERENGUER
ob. cit. pág. 28 al decir que es "La ne-
cesidad de acomodar la ley al caso concret
to, la pena aplicable al delincuente, la
que da origen a la existencia de las cir-
cunstancias, quedándoles atribuidas de est
ta forma la misión o función de conseguir
la más adecuada individualización, siempr
e que se trate de imponer una sanción /
penal a un sujeto, atendiendo a la presenc
cia de aquellas, individualización que no
es otra cosa que un postulado pristino de
la equidad".

- (57).- Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: "Derecho Penal, Parte General". Valencia 1984, pág. 739.
- (58).- Sobre la codificación española, puede verse con carácter general: TOMAS Y VALIENTE, F.: "Manual de Historia del Derecho español". Madrid 1979, págs. 500 a 541; y BARBERO SANTOS, M.: "Política y Derecho penal en España". 1ª ed. Madrid 1977. pág. 23 y ss.
- (59).- Sobre este código pueden verse, además de las obras de carácter general, los siguientes comentarios: GALILEA, A.: "Exámen filosófico-legal de los delitos Tomo I. Madrid 1846, págs. 120-150; -- GARCIA GOYENA, F.: "Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el / Código Penal de 1822, el francés y el inglés". Tomo I. Madrid 1843; DE SEIJAS LOZANO, M.: "Teoría de las instituciones jurídicas". Tomo II. Madrid 1842., págs. 462-517; y ARAMBURU Y ZULOAGA, F. "La nueva ciencia penal". Madrid 1887. Sobre la discusión de este Código, cfr. JIMENEZ de ASUA, L. : "Tratado ..." cit págs. 756 y ss.

(60).-

El catálogo de circunstancias que estableció el Código Penal de 1822 fué el siguiente: Artículo 106: "En todo delito o culpa se tendrán por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en los caso respectivos, las siguientes: Primera, el mayor perjuicio, riesgo desorden o escándalo que cause el delito. Segunda, la mayor necesidad que tenga la sociedad, de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos. Tercera, la / mayor malicia, premeditación y sangre fría con que se haya cometido la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio, o el mayor número de medios empleados para ejecutarla. Cuarta, la mayor instrucción o dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para con la sociedad o con las personas contra quienes delinquire. Quinta el mayor número de personas que concurran al delito. Sexta, el cometerlo con armas o en sedición, tumulto o conmoción popular, o en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto. Séptima, la mayor publicidad o autoridad del sitio/ del delito, o la mayor solemnidad del acto en que se cometa. Octava, la superioridad del reo con respecto a otro a

quien de órdenes, consejos o instrucciones para delinquir, o le seduzca, instigue, solicite o provoque para ello. Novena, en todos los delitos contra las personas, serán circunstancias agravantes/ contra el reo, la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, indefensión, desamparo o conflicto de la/ persona ofendida". ARTICULO: "Del mismo modo, se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito, además/ de las que la ley declare en los casos/ respectivos, las siguientes: Primera, - la corta edad del delincuente, y su falta de talento o instrucción. Segunda, / la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebató de una pasión que haya influido en el delito. Tercera, el haberse cometido éste - por amenaza o seducciones, aunque no -- sean de aquellas que basten para disculparle. Cuarta, el ser el primer delito, y haber sido constantemente buena la -- conducta anterior del delincuente, o haber hecho éste importantes servicios al Estado. Quinta, el arrepentimiento manifestado con sinceridad inmediatamente -- después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o -

remediar el daño causado por él, o socorrer o desagraviar al ofendido. SEXTA, el presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido, o confesarlo con sinceridad en el juicio, / no estando convencido el reo por otras pruebas." Puede cfr. ESCRICHE, J. : "Diccionario, razonado de legislación, y jurisprudencia". Tomo II. Madrid 1874, / págs. 278 y 279, y GALILEA, A., ob. cit. págs. 120 y ss.

(61).-

Los Proyectos más destacados, ninguno / de ellos llegó a fructificar, fueron -- el de la Junta de 1830, el de Pedro -- saenz de Andino, de 1831, el Proyecto de Código criminal de 1834, y por último el Proyecto de 1829, que era una amplia revisión del código de 1822, -- cfr. TOMAS Y VALIENTE, P. : "Manual de Historia del Derecho español". Madrid 1979 págs. 532 y 533, oy. tb. CASABO RUIZ J.R.: "El Proyecto de Código criminal de 1830, Murcia 1978, y del mismo: "El Proyecto de Código criminal de 1831". Murcia 1978, y "El Proyecto de código criminal de 1834". Murcia 1978 cfr., con carácter general, ANTÓN ONECA, S.: " Los proyectos decimonónicos

para la reforma del Código Penal español" (A.D.P.C.P., 1972).

(62).- Cfr. JIMENEZ de ASUA, L.: "Tratado ..." cit., págs. 760 y ss.

(63).- Entre los principales comentaristas - caben destacar las obras de: CARDENAS F. : "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias atenuantes y agravantes", en el Derecho Moderno (Revista de Jurisprudencia y Administración). Madrid 1849, págs. 3 a 33 y 213 a 240, respectivamente; de VIZMANOS, T.M. y ALVAREZ MARTINEZ, C. : "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Madrid 1848, págs. 101 a 155, y 288 a / 308; DE CASTRO OROZCO, J. y ORTIZ DE ZUÑIGA, M.: "Código Penal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones". Tomo I. Granada 1848. págs. 65 a 102; PACHECO J.F. : "El Código Penal comentado y concordado", Tomo I, 1ª ed. Madrid -- 1849, págs. 162 y ss.; y ESCRICHE, J. ob. cit. págs. 281 y ss.

(64).-

La regulación legal de las circunstancias fué la siguiente: ARTICULO 9 :
"Son circunstancias atenuantes: 1ª) Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2ª) La de ser el culpable menor de 18 años, 3ª) La de no haber tenido intención el delincuente de causar todo el mal que produjo. 4ª) - La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza de parte del ofendido 5ª) La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos o afines/ en los mismos grados. 6ª) La de ejecutar el hecho en estado de embriaguez, cuando ésta no fuera habitual o posterior al - proyecto de cometer el delito. 7ª) La - de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación. 8ª) Y últimamente, cualquier otra circunstancia de igual entidad y / análoga a las anteriores". Artículo 40:
"Son circunstancias agravantes: 1ª) Ser el agraviado, ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos - grados que el ofensor. 2ª) Ejecutar el

hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y sobre seguro. 3ª) Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa. 4ª) Ejecutarlo por medio de inundación, incendio o veneno. 5ª) Aumentar deliberadamente el mal / del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución. 6ª) Obrar con / premeditación conocida. 7ª) Emplear astucia, fraude o disfraz. 8ª) Abusar de superioridad, o emplear medio que debilite la defensa. 9ª) Abusar de confianza. 10ª) Prevalerse del carácter público que tenga / el culpable. 11ª) Ejecutar el delito como medio de perpetrar otro, 12ª) Emplear medios, o concurrir circunstancias que añadan la ignominia a los efectos propios del hecho. 13ª) Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia. 14ª) Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. 15ª) Ejecutarlo de noche o en despoblado, 16ª) Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad pública. 17ª) Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito, a que la ley señale igual o mayor pena. 18ª) Ser reincidente de delito de la misma especie. 19ª) Cometer el delito en lu-

-gar sagrado, inmune o donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones. 20ª) Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada cuando él no haya provocado el suceso. 21ª). Ejecutarlo / por medio de fractura o escalamiento - de lugar sagrado 22ª) Ejecutarlo haciendo uso de armas prohibidas por los reglamentos. 23ª) Y últimamente, cualquier otra circunstancia puede observarse este texto, como los posteriores, fueron acreedores de una severa crítica por / su excesivo casuismo.

(65).- TOMAS Y VALIENTE, F.: "Manual ...", cit. pág. 535. cfr. también, JIMENEZ de ASUA L.: "Tratado ...". cit. pág. 762; y -- BARBERO SANTOS, M.; "Política ...". cit. págs. 37 y ss.

(66).- En tema de circunstancias pueden consultarse principalmente: VICENTE Y CARAVANTES, J.: "Código Penal reformado, comentado novísimamente". Madrid 1851, págs. 73 a 102; y CORZO, A.: "Código penal reformado". Madrid 1850. págs. 9 a 11.

- (67).- Las reformas introducidas en sede de - circunstancias fueron las siguientes: A la circunstancia 6ª (embriaguez) del artículo 9º, se le agregó este nuevo / segundo párrafo: "Se reputa habitual un hecho cuando se ejecuta tres veces o más, con intervalo a lo menos de 24 horas entre uno y otro acto". Del mismo modo, en el párrafo que contenía la circunstancia agravante de alevosía -- (artículo 10, 2ª), se cambió la conjunción disyuntiva "y", por la copulativa "o", quedando ahora así: "Ejecutar el hecho con alevosía, entendiéndose que la hay cuando se obra a traición o sobre seguro". Y por último, al artículo 10, 15 (noche, despoblado y cuadrilla) se le añadió un segundo párrafo, que / rezaba "Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales según la naturaleza y accidentes del delito".
- (68).- Pueden citarse, entre sus comentarios más destacados, los siguientes: SILVELA, L.: "Derecho Penal Estudiado en principios y en la legislación vigente en España". Primera Parte. Madrid 1879, págs. 154 y ss.; GROIZARD y GOMEZ de la SERNA, A.

"El Código Penal de 1870, concordado y comentado". 2ª ed. Tomo I, Madrid 1902 págs.337 a 559; CASTEJON, r.: "Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870". Vol. II, Madrid 1926, -- págs. 193 a 200; RAMIRO RUEDA, R. : / "Elementos de Derecho Penal". Santiago 1886, págs. 179 a 300; LLOPIS Y DOMINGUEZ, J.M; "Apuntes de Derecho Penal". Primera Parte. Valencia 1886. págs.149 a 176; PACHECO, J.F.: "Código Penal -- concordado y comentado". 4ª ed. Tomo I Madrid 1870. págs. 182 a 253 y del mismo, "Apéndice a los comentarios del Código Penal, o sea, el nuevo Código Penal". Comentadas las ediciones por J. González y Serrano. Madrid, págs. 21 a 27, y 67 a 71; VIADA y VILASECA, S.: "Código Penal reformado de 1870", Suplemento segundo a la 4ª ed., Madrid 1904, págs 52 a 103; LAGET, L. et. -- LAGET-VALDESON.: "Théorie du Code Penal espagnol comparé avec la législation française". 2ª ed. Paris. 1881,- págs. 82 a 113 ; BUENAVENTURA SELVA, N. : "Comentarios al Código Penal reformado". Madrid 1870, págs. 24 a 32; / SANTAMARIA DE PAREDES, V.; "Principios

de Derecho Penal con aplicación al Código español". 2ª ed. Madrid 1872 págs. / 220 a 239; ALVAREZ CID, J. y ALVAREZ - CID, T. : "El Código Penal de 1870". Tomo I, Córdoba 1908, págs. 154 a 291.; AZCUTIA, A. : "La Ley penal". Madrid - 1876, págs. 157 a 258; VALDES RUBIO, J.: "Programa razonado de un curso de Derecho Penal según los principios y la legislación". Madrid 1889, págs. 229 a / 296 ; MARTIN LOSANTOS, P.: "Prolegómenos de Derecho Penal". Palma de Mallorca 1871, págs. 62 a 67; P. MONTES, J.: "Derecho Penal español. Parte General". vol. I., Madrid 1917, págs. 399 a 449 ; DORADO MONTERO, P. : "El Derecho protector de los criminales". Madrid 1915, -- págs. 142 a 161; HIDALGO GARCIA, J.A.: "El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo". Tomo I, Madrid 1908, págs. 142 a 250; y SALDAÑA, Q.: "Comentarios científico--prácticos al Código Penal de 1870". 2/ vols. Madrid 1920; y ANTON ONECA, J.: "Derecho Penal". Madrid 1922, págs. 85 a 93.

(69).-

Así, el artículo 9, correspondiente a

las circunstancias atenuantes tan sólo recogió la variación de su número 6º - (embriaguez) al introducirse un segundo párrafo que rezaba así: "Los tribunales resolverán, con vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, - cuando haya de considerar habitual la / embriaguez".

El artículo 10, por el contrario, si sufrió sustanciales cambios, por lo que recogemos íntegramente su nueva formulación, indicándolos en subrayado "Son -- circunstancias agravantes : 1ª) Ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o -- adoptivo, o afín en los mismos grados / del ofensor. Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito; 2ª). Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra - las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin -- riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

3ª) Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa. 4ª) Ejecutarlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora o del uso de otro - artificio ocasionando grandes estragos. 5ª) Realizar el delito por de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio analógo que facilite la publicidad. Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales para apreciarla como agravante o atenuante según la naturaleza y los efectos del delito. Aumentar - deliberadamente el mal del delito, causando innecesariamente otros males para su / ejecución. 7ª) Obrar con premeditación conocida. 8ª) Emplear astucia, fraude o disfraz. 9ª) Abusar de superioridad, o emplear un medio que debilite la defensa. 10ª) Obrar con abuso de confianza. 11ª) Prevalecerse del carácter público que tenga el culpable. 12ª) Emplear medios o hacer que concurren circunstancias que añaden ignominia a los efectos propios del - hecho. 13ª) Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia. 14ª) Ejecutarlo con auxilio de

gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. 15ª) Ejecutarlo de noche o en despoblado. Esta circunstancia la tomarán en consideración - los tribunales según la naturaleza y accidentes del delito. 16ª) Ejecutarlo en desprecio o con ofensa de la autoridad - pública. 17ª) Haber sido castigado el -- culpable anteriormente a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más / delitos a que aquella señale pena menor. Esta circunstancia la tomarán en consideración los tribunales, según las circunstancias del delincuente y la naturaleza y los efectos del delito. 18ª) Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo título de este Código. 19ª) Cometer el delito en lugar sagrado, en los palacios de las - Cortes o del Jefe del Estado o en la presencia de éste, o donde la autoridad pública se halle ejerciendo sus funciones. 20ª) Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio del respeto que por la dignidad, - edad o sexo mereciere el ofendido, o en / su morada, cuando no se haya provocado el

suceso. 21ª) Ejecutarlo con escalamien-
to. Hay escalamiento cuando se entra -
por una vía que no sea la destinada al
efecto. 22ª) Ejecutarlo con rompimien-
to de pared, techo o pavimento, o con
fractura de puerta o ventana. 23ª) Ser
vago el culpable. Se entiende por vago
el que no posee bienes o rentas, ni --
ejerce habitualmente profesión, arte u
oficio, ni tiene empleo, destino, in--
dustria, ocupación lícita o algún otro
medio legítimo y conocido de subsistenen
cia, por más que sea casado y con domini
cilio fijo". Además de ello, hay que /
añadir, que el Decreto del Regente del
Reino de 1 de Enero de 1871, mandó ha-
cer ciertas correcciones al texto, en-
tre las cuales debe reseñarse; la que
afectó al número 15 del artículo 10 -
mandando añadir el primer párrafo, la
siguiente frase: " o en despoblado y
en cuadrilla".

(70).-

Entre los muchos proyectos habidos, ca
be destacar los siguientes: Proyecto /
de Salmerón de 1873; Proyecto de Estrada
y Dánvila de 1877; Proyecto de la /
Comisión de 1879; Proyecto de Bugallal

de 1880; Proyecto de Alonso Martínez de 1882; Proyecto de Silvela de 1884; segundo Proyecto de Alonso Martínez de 1886; Proyecto de Boser de 1887; Proyecto de Villaverde de 1891; Proyecto de Montilla 1902; Proyecto de Ugarte de 1905 Proyecto de la subcomisión de la Comisión General de Codificación de 1912 -- (este Proyecto fué recompuesto en 1920 y sirvió de base al posterior Código Penal de 1928); y Proyecto de Macsu de 1895. Deben subrayarse el Proyecto de Silvela en tema de circunstancias por la humanización que suponía la redacción de agravantes, cfr. JIMENEZ de ASUA, L.: "Tratado ...". cit. págs. 770 y ss. Aunque sólo sea a título ilustrativo debe recogerse la existencia del llamado "Código Penal de don Carlos VII", edición oficial. Tolosa 1875, promulgado el 2 de Marzo, que supuso un fuerte endurecimiento por su amplia recopilación de circunstancias agravantes.

(71).-

Entre sus principales comentaristas pueden verse: JIMENEZ de ASUA, L. : "Reforma penal en España, en "Temas penales", págs. 23 y ss. Córdoba 1931; ANTON ONECA J. y JIMENEZ de ASUA, L.: "Derecho Penal

conforme al Código Penal de 1928", Tomo I, Madrid 1929; CUELLO CALÓN L. : "El nuevo Código Penal. (exposición y comentario)". Libro Primero. Barcelona 1929, págs. 115 a 160, y 217 a 228; p. MONTES J. : "Derecho Penal español". 2ª ed. vol.II Parte General. San Lorenzo de El Escorial, 1929, págs, 183 a - 233; JARAMILLO GARCIA, A. "Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con / el de 1870". Vol. 1 Libro I. Salamanca 1928, págs. 182 a 323; y SALDAÑA, Q.: "El futuro Código Penal" (La Reforma - del Código Penal), 2ª ed. Madrid 1923.

(72).-

El Código Penal de 1928 dedicó a cuestiones generales los artículos 62 y 63. A continuación disponía lo siguiente: "SECCION PRIMERA-ATENUANTES. Por las circunstancias de la infracción. Artículo 64: Atenuan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 1ª) Hallarse el agente, al tiempo de obrar, en algunas de las situaciones definidas - en la Sección 2ª del Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para justificar el hecho o resultare deficiente el fundamento de las circunstancias constituidas

por un solo requisito. 2ª) Obrar por motivos morales o estímulos tan poderosos, que naturalmente hayan producido arrebato momentáneo, o estado de obcecación. 3ª) Haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada, por parte del ofendido. Los Tribunales en cada caso, apreciarán esta circunstancia teniendo en cuenta las condiciones personales del ofendido y del ofensor, el momento o la ocasión de producirse el hecho, y la entidad de la amenaza o provocación. 4ª) Haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al / autor de la infracción, a su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados. 5ª) El inmediato y anterior abuso de autoridad, en los delitos contra la misma y sus agentes. 6ª) Haber procedido, espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño, siquiera en parte con propio sacrificio / personal o económico; todo ello, antes de dar principio al procedimiento. 7ª) Haber se presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesado la infracción.

antes de ser ésta descubierta, o de que aquél hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable. Los Tribunales estimarán o no esta circunstancia y la del número anterior, a su prudente arbitrio, apreciando en cada caso el valor de los actos a que se refieren.

8ª) No haber tenido el agente la intención de producir un mal de tanta gravedad, atendidos los medios inadecuados que empleó para realizarlo. 9ª) Cualquiera otra circunstancia previa, simultánea o posterior a la infracción, y de igual entidad o análoga significación / que las anteriores, así como las que en otros artículos especiales establece este Código. Por las condiciones del infractor. Art. 65. Las condiciones personales del delincuente que atenuan la responsabilidad son: 1ª) El estado mental que, sin determinar la completa irresponsabilidad, conforme al art. 55, acuse disminución en la conciencia para comprender la injusticia de los actos, o en la voluntad para obrar de acuerdo con aquella. En este caso el Tribunal adoptará las medidas procedentes, conforme al art. 96. 2ª) La enfermedad, /

en estados morbosos, excepcionales y generales, que, sin privar por completo de conciencia al agente, disminuyen en él, - el imperio de la voluntad. 3ª) Obrar el agente impulsado por el hambre, la miseria o la dificultad notoria de ganarse el sustento para él o para los suyos. 4ª) La sordomudez o la ceguera si son de nacimiento o adquiridas en la infancia, y además el sujeto careciere de instrucción.

El Tribunal, a su prudente arbitrio, estimará esta condición, según las personales del delincuente y su grado de inteligencia. 5ª) Ser el agente, al cometer la infracción, mayor de dieciseis y menor de dieciocho años. SECCIÓN SEGUNDA. AGRAVANTES.

Por las circunstancias de la infracción. Art. 66. Agravan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 1ª) Ejecutar el hecho con alevosía; entendiéndose que la hay cuando se obra a traición y / sobre seguro, o cuando dadas las condiciones personales del agresor o agredido, o las circunstancias del hecho, o los medios de ejecución empleados, se dificulta o debilita notablemente la defensa. 2ª) Cometer la infracción mediante precio recompensa o promesa. 3ª) Cometer el deli

-to en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando concurren más de dos malhechores con / armas manifiestas u ocultas, o más de tres sin ellas. 4ª) Haber proyectado / el delito y dirigido su ejecución, cuando sea cometido por varios. 5ª) Obrar / con premeditación conocida. Existe esta circunstancia cuando la resolución anterior para delinquir, y su persistencia, se revelan por el intento repetido de / ejecutar la infracción, o por la índole de los medios preparados para realizarlo, o por el tiempo transcurrido entre la resolución, demostrada por actos exteriores y su ejecución. 6ª) Ejecutar / la infracción por medio de incendio, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, destrucción o avería de aeronave, descarrilamiento, destrucción o interrupción de comunicaciones / telegráficas o telefónicas, o empleando veneno, sustancias anestésicas, o algún artificio ocasionado a grandes estiajes, o de peligro y alarmas generales. Asimismo, cuando se hubiese ejecutado la infracción con ocasión de alguno de los hechos expresados en el párrafo anterior, no siendo producidos por /

el infractor. 7ª) Aumentar deliberada--
mente el daño de la infracción causando
males innecesarios para su ejecución, o
emplear medios o hacer que concurran --
circunstancias que añadan la ignominia/
a los efectos propios del hecho. 8ª) Eje
cutar el delito de noche o en despoblado
cuando fueran buscadas estas circunstan
cias de propósito, o se aprovechó de ---
ellas el delincuente. 9ª) Ejecutarlo con
rompimiento de pared, techo o pavimento,
de puertas o ventanas, fractura de mue--
bles cerrados, o sin rompimiento, pero /
con escalamiento. Hay escalamiento cuan
do se penetra en lugar cerrado por una
vía que no sea destinada al efecto. 10ª)
Cometer el delito faltando a deberes y /
respetos que, por la dignidad, edad o se
xo, mereciese el ofendido, o en su mora
da, cuando no haya provocado el suceso.
11ª) Emplear en la preparación o ejecu--
ción del delito astucia, fraude, disfraz
o cualquier suerte de engaño. 12ª) Come
ter el delito en lugar sagrado, en el Pa
lacio donde residan el Rey, el Regente,
o la Regencia del Reino, o en el que se
reunan las Cortes, o donde la Autoridad
se halle ejerciendo sus funciones. 13ª)
Ejecutar el hecho valiéndose de menores

de dieciseis años, o de personas en estado de enfermedad o deficiencia mental. 14ª) Emplear en la ejecución del delito automóviles, aeronaves u otros medios de análoga eficacia y que faciliten la huida del infractor o la ocultación del mismo, de la víctima o de los efectos del delito. Esta circunstancia será apreciada o no por los Tribunales a su prudente arbitrio. Por las condiciones del infrac-
Art. 67.: Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son: 1ª) La vida depravada anterior del delincuente, / en la familia o en la sociedad; ser conocido como provocador o penderciero o llevar habitualmente armas sin licencia. 2ª) La reiteración; cuando el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado con anterioridad a la comisión del nuevo delito por otro a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que se ñale pena menor. 3ª) La reincidencia; -- cuando al ejecutar el delito el culpable estuviere castigado, con anterioridad y ejecutoriamente, por otro comprendido en el mismo Título de este Código. Las infracciones anteriores no podrán ser apreciadas cuando el infractor las hubiere /

cometido no siendo mayor de dieciseis años. Esta circunstancia y las do anteriores las tomarán o no en consideración los Tribunales según las personas del infractor, la naturaleza de las infracciones y el tiempo transcurrido entre su ejecución o bien el tiempo que el delincuente perseveró / en el delito, si éste fuese continuo.

4ª) Prevalerse del carácter público que tenga el culpable, o del de igual naturaleza que desempeñara, si delinquiró - en el ejercicio de sus funciones, cuando el abuso no constituya delito por / sí mismo. 5ª) La ociosidad y la vagancia, que existen cuando el infractor no ejerce habitualmente profesión, arte u oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita, o algún otro -- medio legítimo y conocido de trabajo o subsistencia. 6ª) Cuando el delito fue- re cometido con abuso de confianza, o con notoria ingratitud, o faltando a / graves y especiales deberes, o conside- raciones, respecto al ofendido. 7ª). - Cuando mediare abuso de superioridad, dadas la edad, desarrollo o salud de - la persona ofendida. SECCIÓN TERCERA.

CIRCUNSTANCIAS MIXTAS. Por las circunstancias de la infracción. Art. 68.: Atenua o agrava la responsabilidad de la infracción fuere cometida por medio de la imprenta, grabado, teléfono, telégrafo, proyecciones luminosas, radiotelefonía u otro medio análogo de difusión. Los Tribunales podrán apreciar esta circunstancia como atenuante o agravante o dejan / de tenerla en consideración según la naturaleza, los accidentes y los efectos / de la infracción. Por las condiciones del infractor: Art; 69: Atenuan o agravan la responsabilidad: 1ª) La embriaguez, que cuando sea involuntaria será apreciada como atenuante; si fuera intencional, pero no buscada de propósito para cometer la / infracción, podrá ser apreciada como atenuante, o no ser apreciada como atenuante ni como agravante, y si fuera buscada de propósito para la ejecución de la infracción, o habitual en el agente, será estimada como agravante, 2ª) Obrar el agente bajo la acción de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes. 3ª) El parentesco, cuando el agraviado sea cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural, adoptivo o afín del ofendido, / en los mismos grados, y el vínculo no -

calificare la infracción o determinar la pena. 4ª) La relación social entre/ el infractor y el agraviado, cuando éste o aquél sean: tutor, maestro, superior jerárquico o persona constituida en dignidad o Autoridad pública, aunque no se halle en el ejercicio de sus funciones, si esa relación no califica el delito o determina la pena. Los Tribunales podrán apreciar las circunstancias 2ª , 3ª y 4ª como atenuantes o -- agravantes o dejar de tomarlas en consideración según la naturaleza, los accidentes y los efectos de la infracción"

(73).-

Entre los comentaristas más destacados / de este Código pueden citarse: JIMÉNEZ de ASUA, L. : "Código Penal reformado - de 27 de Octubre de 1932 y disposiciones penales de la República ". Madrid 1934; CUELLO CALÓN, J. : "Código Penal/ reformado de 27 Octubre de 1932". 2ª - ed. Barcelona 1933, págs. 18 a 31; NUÑEZ de CEPEDA, H.: "1870 - Código Penal- 1932". La Coruña 1932. págs. 30 a 60; LÓPEZ-REY y ARROSO, M. y ALVAREZ VALDES F.; " El nuevo Código Penal". Madrid - 1933, págs, 41 a 74.

•(74).-

El catálogo de circunstancias quedó del siguiente modo: "Art.9", son circunstancias atenuantes: 1ª) Todas las expresadas, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. 2ª) La embriaguez no fortuita, que cause -- trastorno mental, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir 3ª) La de ser el culpable menor de dieciocho años. 4ª) La de no haber tenido el delincuente intención de causar un / mal de tanta gravedad como el que produjo. 5ª) La de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido. 6ª) La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave, causada al -- autor del delito, su cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados. 7ª) La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató u obcecación. 8ª) La de haber procedido, por / impulso de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido

o a confesar a las autoridades la infracción, antes de conocer el culpable la apertura del procedimiento judicial. 9ª) Y, últimamente, cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores.

Art. 10: Son circunstancias agravantes:

1ª) Ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra la vida y la integridad corporal empleando medios modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido. 2ª) Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa. 3ª) Ejecutarlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora, o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos. 4ª) Aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución. 5ª) Obrar con premeditación conocida. 6ª) Emplear medio que debilite la defensa. 8ª) Obrar con abuso de confianza. 9ª) Prevalerse del carácter público que tenga el culpable. 10ª) Cometer el delito con ocasión

de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia. 11ª) Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que / aseguren o proporcionen la impunidad. 12ª) Ejecutarlo de noche, en despoblado o en cuadrilla. Hay cuadrilla cuando -- concurren a la comisión del delito más de tres malhechores armados, 13ª) Haber sido castigado el culpable anteriormente por delito a que la ley señale -- igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor. 14ª) Ser reincidente, Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por / su delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo/ Título de este Código. 15ª) Ejecutar el hecho con ofensa o desprecio que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido, o en su morada, cuando no haya -- provocado el suceso. Las circunstancias 6ª, 7ª, 12ª, 13ª y 15ª, las tomarán o / no en consideración los tribunales se--gún las condiciones del delincuente y / la naturaleza, los motivos y los efec--tos del delito. Art. 11: Son circunstancias que atenuan o agravan la responsa--bilidad, según la naturaleza, los moti-

-vos, y los efectos del delito.: 1ª) Ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afin en los mismos grados / del ofensor. 2ª) Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio que facilite la publicidad".

(75).- Vid. CASABO RUIZ, J.R.: "El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S" y "El Proyecto de Código Penal de 1939". Murcia 1978.

(76).- Entre sus más destacados comentaristas, y tan sólo a título orientativo, pueden citarse: ANTÓN ONECA, J. y RODRIGUEZ -- MUÑOZ, J.A.: "Derecho Penal. Parte General". Tomo I., Madrid 1949; BERNALDO DE QUIROS, C.: "Lecciones de legislación / penal comparada". Ciudad Trujillo, 1944; FERRER SAMA, A. : "Comentarios al Código Penal". Tomo I, 1ª ed., Murcia 1946; -- CASTEJON, F. : "Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944". Madrid - 1946; DEL ROSAL, J. : "Principios de Derecho Penal español". 2 vols. Valladolid 1945-1948; QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "Compendio de Derecho Penal". vol. II. Madrid

1958; RODRIGUEZ NAVARRO, M.: "Doctrina penal del Tribunal Supremo". Tomo I, / 2ª ed., Madrid 1959. etc...

(77).-

A título de ejemplo, puede verse: LOZÓN DOMINGO, M. : "Derecho Penal del Tribunal Supremo". Tomo I., Barcelona 1964; QUINTANO RIPOLLÉS, A. "Curso de Derecho Penal". Tomo I. Madrid 1963, y del mismo: "Comentarios al Código Penal". 2ª - ed., Madrid 1966; CÓRDOBA RODA, J.; -- RODRIGUEZ MOURULLO, G.; CASABÓ RUIZ, - J.R., y TORIO, A.: "Comentarios al Código Penal". Tomos I y II, Barcelona , 1972; y CUELLO CALÓN, E. : "Derecho Penal". Tomo I, II, vol. 14 ed. Barcelona 1975, y con carácter monográfico, entre otros muchos, ALONSO ÁLAMO, M.: "El sis tema de las circunstancias del delito". Valladolid 1982.

(78).-

Sobre la Reforma Urgente y Parcial de / 25 de Junio de 1983, pueden verse entre otros: QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ - CONDE, F.: "La Reforma penal de 1983". Barcelona 1984; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit.; MIR PUIG S.: "Derecho Penal, Parte General".

Barcelona 1984; GOMEZ BENITEZ, J.M. :
"Teoría jurídica del delito. Derecho -
Penal. Parte General". Madrid 1984; -
BUSTOS RAMIREZ, J.: "Manual de Derecho
penal español. Parte General". Barcelo
na 1984; RODRIGUEZ DEVESA, J.M; "Dere-
cho Penal español. Parte General". Ma-
drid 1985.; RODRIGUEZ RAMOS C.: "Dere-
cho Penal. Parte General". Madrid 1985;
y QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal.
Parte General". Barcelona 1986.

- (79).- cfr. la edición oficial del Ministerio
de Justicia (Secretaría General Técni-
ca): "Propuesta de Anteproyecto del nue
vo Código Penal". Madrid 1983.
- (80).- Sobre las concretas legislaciones posi--
tivas, puede señalarse de momento, y tan
sólo con carácter básico, las siguientes
obras: LISZT, F. von : "La legislación /
penal comparada", Tomo I. (trad. A. Posa
da). Madrid 1896; ANCEL, M.; "Les Codes
pénaux européens", Tomo I a V. París --
1958-1981; del mismo, "Tendencias actua
les de la individualización de la pena"
(trad. A. Tocio). Publicaciones de la -
Facultad de Derecho de Valladolid, 1955;

JIMÉNEZ de ASÚA, L. : "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, 4ª ed. Buenos Aires págs. 322 y ss.; y, con carácter específico a las circunstancias, vid, ampliamente, ALONSO ALAMO, M.: "El sistema..." cit., págs. 63 y ss.

- (81).- La instauración de semejante modelo -- responde principalmente a un entendimiento primitivo de los principios de legalidad e igualdad, entonces construidos a imagen y semejanza de como los -- viera uno de sus principales creadores ROUSSEAU, esto es, de la sólo perspectiva de la generalidad; La ley tiene vocación de generalidad, y desde ella contempla a todos los ciudadanos, y asimismo, la igualdad es igualdad ante la ley.
- (82).- Este es el camino seguido por ARROYO DE LAS HERAS, A.: "Manual de Derecho Penal. El delito". Pamplona 1985, pág. 530.
- (83).- Es preciso recordar por su significación especial, que en el Código Penal/ de 1848, en su artículo 10, nº 23, se consagraba para las agravantes el sistema de "numerus apertus", al señalarle

textualmente, "y últimamente, cualquier otra circunstancia de igual entidad y / análoga a las anteriores". Este precepto, aunque pasajero en nuestra historia legislativa, no debe caer tan fácilmente en el olvido.

- (84).- Para la exposición de los diversos sistemas posibles, se ha sugerido, aunque no de modo absoluto, las clasificaciones efectuadas por CUELLO CALÓN, E.: -- "Derecho Penal ...", cit., tomo I. pág. 547 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "Curso ...", cit., págs. 410 y ss.; ROSAL, J. DEL, "Tratado de Derecho Penal (parte- General). Vol. II. Madrid 1972, págs. 489 y ss.; y PUIG PEÑA, F.: "Derecho Penal. Parte General", Tomo II. Sexta edición. Madrid 1969, págs. 58 y 137.

- (85).- En cualquier caso debe recordarse la -- frase de HASSEMER, W., : "Fundamentos - de Derecho Penal" (trad. y notas de F. Muños Conde y L. Arroyo Zapatero). Barcelona 1984. pág. 137, cuando afirmaba que "La determinación de la pena es desde hace tiempo un muro de lamentaciones de los penalistas ...", mostrando la --

enorme dificultad existente en esta materia.

(86).- Sobre la evolución sufrida en el Derecho italiano, puede verse extensamente ALONSO ALAMO, H.: "El sistema ...", cit. págs. 129 y ss., y bibliografía allí citada. También es destacable la obra de COCURRELLO, B.: "Le circostanze del reato". Napoli 1940, págs. 3 y ss.

(87).- El artículo 61, señala que: "Agravan el delito cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales las circunstancias siguientes:

- 1.- El haber obrado por motivos ab--yectos o fútiles.
- 2.- Haber cometido el delito para --ejecutar u ocultar otro o para / conseguir o asegurar a si mismo o a otros su producto, provecho o precio, o bien la impunidad de otro delito.
- 3.- Haber obrado en los delitos culposos a pesar de la previsión del resultado.
- 4.- El haber utilizado sevicias o haber obrado con crueldad hacia las personas.

- 5.- Haber aprovechado una circunstancia de tiempo, de lugar o de persona, para obstaculizar la defensa pública o privada.
- 6.- Haberse cometido el delito por el -- culpable durante el tiempo en que se ha sustraído voluntariamente a la ejecución de un mandato, de captura o de prisión, expedida por un delito precedente.
- 7.- En los delitos contra el patrimonio o que de cualquier manera ofendan el -- patrimonio, o en los delitos determinados por móviles de lucro, haber causado a la persona ofendida por el delito un daño patrimonial de importante gravedad.
- 8.- Haber agravado o intentado agravar las consecuencias del delito cometido.
- 9.- El haber cometido el hecho con abuso / de los poderes, o con violación de los deberes inherentes a una función pública o a un servicio público, o bien el carácter de ministro de un culto.
- 10.- El haber cometido el hecho contra un / funcionario público o una persona encargada de un servicio público, o revestida de la cualidad de ministro del

del culto católico o de otro culto admitido por el Estado, o bien contra un agente diplomático o consular de un Estado extranjero, en el acto o a causa del cumplimiento de las funciones o del servicio.

- 11.- El haber cometido el hecho con abuso de autoridad o declaraciones domésticas, o bien con abuso de relaciones de cargo, de profesión, de obra, de cohabitación, o de hospitalidad.

(88).- Artículo,62: " atenuar el delito cuando no son elementos constitutivos o circunstancias especiales, las circunstancias / siguientes:

- 1.- Haber obrado por motivos de - particular valor moral o social.
- 2.- El haber reaccionado en estado de ira, determinado por un hecho injusto de otro.
- 3.- Haber obrado por la sugestión de una multitud tumultuosa -- siempre que no se trate de reuniones o concentraciones prohi

-bidas por la ley o por la autoridad, y el culpable no sea delincuente o contraventor habitual o profesional o delincuente por tendencia.

- 4.- En los delitos contra el patrimonio, o que de cualquier manera ofendan al patrimonio, haber causado a la persona ofendida por el delito un daño patrimonial de especial levedad.
- 5.- Haber concurrido en la determinación del resultado, junto a la acción o la omisión del culpable, el hecho doloso de la persona ofendida.
- 6.- Haber reparado enteramente el daño antes del juicio mediante la restitución o haber, antes del juicio y fuera del caso previsto en el último párrafo del artículo 56, actuando espontánea y eficazmente para impedir o atenuar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito".

(89).-

Artículo 62 bis: "El juez, independientemente de las circunstancias previstas en el artículo 62, puede tomar en considera

-ción otras circunstancias diferentes / cuando las considere adecuadas para justificar una modificación de la pena.

Elas serán consideradas, en este caso, a los fines de aplicación de este capítulo como una sóla circunstancia. La / cual puede también concurrir con una o varias de las circunstancias indicadas, en el mencionado artículo 62".

(90).-

Artículo 133: " En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez debe tomar en consideración la gravedad del delito derivada:

1º.- De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, -- del lugar y de cualquier otra modalidad de la acción;

2º.- de la gravedad del daño o del peligro ocasionado a la persona -- ofendida por el delito;

3º.- de la intensidad del dolor o del grado de la culpa.

El juez debe tomar en consideración además la capacidad de delinquir del culpable, derivada:

1º.- de los motivos para delinquir y del carácter del reo;

- 2º.- de los precedentes penales y judiciales y en general, de la conducta y de la vida del reo, antecedentes al delito;
- 3º.- de la conducta contemporánea o subsiguiente al delito;
- 4º.- de las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

- (91).- Con relación al concepto de circunstan--cias y su distinción con los elementos - constitutivos del delito, vid. capítulo II, apartado 1.3.3; respecto al fundamen--to, vid. capítulo III, apartado 1.1.; en lo referente a su naturaleza jurídica, / vid. capítulo III, apartado 2.6; y por - último, en lo atinente a las clases de - circunstancias, vid. capítulo II, aparta--do 2.4.
- (92).- ANTOLISEI, F.: " Manuale di Diritto Pena--le. (parte generale)", 2ª ed. Milano 1975 pág. 349.
- (93).- Cfr. CONTENTO, G.: "Introduzione allo --studio delle circostanze del reato". Na--poli 1963, págs. 4 y ss.

- (94).- Sobre esta disputa doctrinal, puede ver se extensamente la obra de CONTENTO, G. ob. cit. págs. 8 y ss, que está consagrada por entero a este problema.
- (95).- En este sentido, BETTIOL, G.: "Derecho Penal. Parte General". Bogotá 1965, pág. 464.
- (96).- SANTORO, A.: "La circostanze del reato", 2ª ed. Torino 1952, págs. 230 y ss.
- (97).- COCURULLO, B.: "La circostanze del reato" Napoli 1940, págs. 99 y ss.
- (98).- Cfr. PAGLIARI, A.: "Principi di Diritto Penale (Parte Generale)". Milano 1972, pág. 460; y NUVOLONE, P.: "II sistema del Diritto Penale". Pádova 1975, págs. 419 y ss.
- (99).- Cfr. BETTIOL, G.: "Derecho Penal ...", cit. pág. 464.
- (100).- La doctrina italiana viene unánimemente rechazando que el artículo 133 sea una circunstancia verdadera y propia. El -- problema será abordado específicamente

en el capítulo III, apartado 2,6, por lo que nos remitiremos a él a todos los efectos.

(101).- vid. por todos: PANICAIN, R.: "Manuale di Diritto Penale (Parte generale)". Vol. I, 3ª ed. Torino 1962, págs. 513 y ss.; y MAGGIORE, G.: "Derecho Penal" vol. II. Bogotá 1972, págs. 57 y ss.

(102).- cfr. BRÍCOLA, F.: "Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato", (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1964), págs. 1019 y ss.; del mismo autor, "la discrezionalità nel Diritto penale", Vol. I. Milano 1965; --- GIULIANI, V.: "Aspetti normativi delle attenuante generiche", (La Scuola Positiva, 1965), págs. 245 y ss. ; LATAGLIATA, A. R.: "Circunstancias discretionales y prescripción del delito", (trad. A. Fratarcangeli Cabo). Madrid 1973; y TRASSIMENI, R.: "Le circostanze attenuanti generiche"., (II Foro Penale, 1950), págs. 16 y ss.

- (103).- Cfr. SANTORO, A.: "Le circostanze...", cit, pág. 73.
- (104).- Cfr. von LISZT, F.: "La legislación penal comparada", Tomo I. (trad. A. Posada), Madrid-Berlín 1896.
- (105).- ROSSI, M. P.: "Traité de Droit Pénal", Tome troisiéme. París-Ginebra, 1829, - págs. 93 y ss.
- (106).- Vid. ORTOCÁN, J.: "Elément de Droit Pénal". Quatriéme édition. Tome Deuxieme. París, 1875, págs 213 y ss.; TISSOT, J.: "El Derecho Penal estudiado en su principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo" (trad. J. Ortge García, y notas de A. García Moreno). Tomo I. Madrid, 1880, págs. 84 y ss.; Vidal, G.: "Cours de Droit Criminel et de science pénitentiaire". Cinquiéme édition. (Revué et/mise par J. Magnol). París, 1916, págs. 383 y ss.; y, GARRAUD, R.: "Traité théorique et pratique de Droit Pénal Française". Tome Deuxiéme. Troisiéme édition París, 1914, págs. 675 y ss.

- (107).- Sobre la evolución legislativa sufrida por las circunstancias en materia de - circunstancias puede verse ALONSO ALAMO, M.: "El sistema ...", cit., págs. 66 y ss., y bibliografía allí citada.
- (108).- vid. DONNEDIEU DE VABRES, H.: "Precis de Droit Criminel". París, 1946, págs. 167 y ss.
- (109).- En este sentido BOUZAT, P., et, PINATEL J.: "Traité de Droit Pénal et de Criminologie". Tomo I., Droit Pénal Générale Deuxieme édition, París, 1970, págs.643 y ss.
- (110).- Cfr. BOUZAT, P. et. PINATEL, J., ob. - cit. y loc.; y MERLE, R., et. VITU, A.: "Traité de Droit Criminel". Deuxième - édition. París, 1973, págs. 770 y ss.
- (111).- Vid. VOUIN, R., et. LEAUTÉ, J.: "Droit Pénal et Criminologie". París, 1956, - págs, 240 y ss.
- (112).- CHAVANNE, A.: "Les circostances aggrava-
vantes en droit francais" (Revue Inter-
nationale de Droit Pénal, 1965), págs.

527 y ss.. En esta obra puede verse las principales agravantes recogidas por el Código Penal francés.

- (113).- Cfr. CHAVANNE, A., ob. cit. y loc.cit.; vid. también STEFANI, G., et., LEVASSEUR G.: "Droit Pénal général et procedure pénale". Tomo I. Sixieme édition. París, 1972, págs. 662 y ss.
- (114).- Cfr. ALONSO ALAMO, M.: "El sistema ...", cit., págs. 87 y ss.
- (115).- Vid. respectivamente, capítulo II, apartados, 1.3.3 y 2.2; y capítulo III, -- apartados 1.1 y 2.6.
- (116).- Art. 46: " (1). La culpa del autor es -- la base fundamental para la individualización de la pena. También deberán tomarse en consideración los efectos que es / dable esperar de la pena, sobre la vida futura del autor en sociedad.
- (2).- En la individualización el tribunal ponderará recíprocamente las circunstancias que obren en favor y en contra del autor. Se tendrán en cuenta especialmente:
- Los móviles y finalidad del --

autor; la intención que se manifieste en el hecho y la voluntad aplicada en su comisión;

La medida del incumplimiento del deber;

El modo de ejecución y las repercusiones culpables del hecho;

La vida anterior del autor, su situación personal y económica;

su comportamiento después del hecho, y - en especial sus esfuerzos para reparar - el daño.

(3)- No se tomarán en consideración las circunstancias que configuren elementos de tipo legal".

(117).-

Art. 49: "(1). la aplicación de las atenuantes prescritas o admitidas según este precepto se efectuará como sigue:

1.- En lugar de la pena privativa de libertad de por vida, se aplicará - pena privativa de libertad no inferior a tres años.

2.- En caso de pena de privación temporal de libertad, la condena podrá alcanzar a lo sumo tres cuartos del máximo de la pena conminada. Esta / disposición rige igualmente para la pena de multa, en la atinente al --

máximo de sus cuotas diarias.

3.- La fracción mínima aumentada de una pena privativa de libertad se / reducirá según la escala siguiente:

-en caso de un mínimo entre cinco y diez años, a dos años;

-cuando el mínimo oscile entre dos y tres años, a seis meses;

-si el mínimo fuese de un año, a tres meses;

-en los demás casos, la pena se reducirá al mínimo legal.

4.- Si no se aumentase el mínimo de / la pena privativa de libertad y no se conminase pena de multa o se previese únicamente como accesoria, podrá condenarse a pena de multa en lugar de aplicar pena privativa de libertad.

(2).- Cuando la ley que se remita a este precepto faculte al tribunal a disminuir la pena según su arbitrio, podrá descenderse hasta el mínimo legal de la pena conminada o sustituirse la pena privativa de libertad por la multa".

(118).-

En relación a las circunstancias agravantes vid. DREHER, E.: "La notion et le système des circonstances aggravantes

en droit allemand "(Revúe Internationa-
le ..., cit 1965, págs. 277 y ss.

- (119).- Cfr. MAURACH, R.: "Tratado de Derecho -
Penal", Tomo II. (trad. J. Córdoba Roda)
Barcelona, 1962, págs. 520 y ss.; y MEZ-
GER, E.: "Tratado de Derecho Penal", To-
mo II. (trad. J.A. Rodríguez Muñoz). Ma-
drid, 1935, págs. 360 y ss.
- (120).- Vid. por todos, ZIPF, H.: "Principios --
fundamentales de la determinación de la
pena" (trad. S. Mir Puig, en Cuadernos /
de Política Criminal nº 16), 1982, págs.
192 y ss.
- (121).- JESCHECK, H-H.: "Tratado de Derecho Pe-
nal" (trad. y adiciones S. Mir Puig. y
F. Muñoz Conde). Tomo II, Barcelona, --
1981, págs. 1189 y ss., y bibliografía
allí citada.
- (122).- En el mismo sentido, ALONSO ALAMO, M.:
"El sistema..." cit., págs. 112 y ss.
- (123).- En nuestra doctrina, con relación a las
circunstancias existe un amplio estudio
de las mismas en el Derecho comparado,

realizado por ALONSO ALAMO, M.: "El sistema...", cit., págs. 59 y ss., al cual nos remitimos con carácter general.

- (124).- Cfr. CONSTANT, J.: "Précis de Droit Pénal". Lieja 1967, págs. 495 y ss.; DOUCET J.P.: "Précis de Droit Pénal général". Lieja, 1976, págs. 87 y ss.; y SCHUERMANS G.: "Les principales circonstances aggravantes retenues en droit pénal belge" en Revue Internationale... cit, 1965, págs. 347 y ss.
- (125).- Vid. CLERC, F.: "Les circonstances aggravantes en droit suisse" (Revue Internationale ..., cit. 1965), págs. 743 y ss.
- (126).- Cfr. FITZGERALD, P.J. : "Criminal law - and Punishment", Oxford, 1962; JONES, P. A. and. CARD, R.: "Introducción to criminal law". London, 1976; SMITH, J.C., HOGAN, B. : "Criminal law", second edition, London 1969; THERESA BERLIN STUCHINER, LL.B.: "Delitos y penas en los Estados Unidos", (trad. F. Díaz Palos), Barcelona 1959; y HART. H.H: "Punishment and Responsibility"., Oxford, 1968.

CAPITULO II

=====

CONCEPTO Y CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

=====

CAPITULO II

CONCEPTO Y CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

SUMARIO:

=====

1.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA

1.1.- Planteamiento

1.2.- Consideraciones previas.

1.2.1.- Naturaleza de los conceptos jurídicos.

1.2.2.- Especial consideración de los conceptos determinados por su función.

1.3.- La cuestión en el Derecho comparado: Particular referencia a la doctrina italiana.

1.3.1.- Alemania.

1.3.2.- Francia.

1.3.3.- Italia.

1.4.- Noción general de circunstancias: su significación gramatical. El uso vulgar del término circunstancia.

1.5.- El concepto de circunstancia en Derecho Penal español.

1.5.1.- En el Código Penal.

1.5.2.- En la jurisprudencia.

1.5.3.- En la doctrina.

1.6.- Toma de postura.

1.6.1.- Precisiones sobre el concepto legal de circunstancia:

a).- El concepto legal impropio.

b).- El concepto legal propio.

1.6.2.- El concepto dogmático de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: El sentido técnico jurídico del término circunstancia.

2.- CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

2.1.- Introducción.

2.2.- Clases de circunstancias en el Código Penal - español.

2.3.- Los criterios de clasificación en la jurisprudencia española.

2.4.- Los criterios de clasificación en la doctrina española: Notas de Derecho comparado.

2.5.- Consideraciones críticas:

2.5.1.- Precisiones acerca de los criterios de clasificación. Exámen de su sentido, - valor y alcance:

a).- Necesidad dogmática.

b).- Necesidad práctica.

2.5.2.- Conclusiones.

1.- CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA

=====

1.1.- PLANTEAMIENTO.

Como ya hemos advertido anteriormente (1) nuestro propósito radica en ofrecer una explicación satisfactoria y coherente del ordenamiento positivo español. Pero además de satisfactoria y coherente nuestra investigación acerca del concepto de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal deberá ajustarse a un determinado modelo científico. El contenido de la Ciencia del Derecho Penal -interpretación (2), sistemática y crítica, son los tres procedimientos en que se divide- nos brinda el marco -- adecuado para lograr nuestro cometido. Las líneas / que siguen son, o mejor dicho tratan de ser, una fiel reproducción de esta exigencia metodológica.

Ahora bien, ninguna de estas tres tareas resulta fácil llevarla a cabo. Y ello por una variada serie -- de razones de muy distinta índole.

La primera encrucijada nace en consideraciones / "extrapenales", si se nos permite tal expresión. Sus raíces se hallan en una compleja cuestión atinente a la naturaleza de los conceptos jurídicos. Pero la -- misma dinámica de la disputa traslada el problema más

allá del campo jurídico para situarlo de lleno en el ámbito de la lógica. Por ello, antes de nada, nos sentimos obligados a tomar partido en temas algo alejados de nuestra disciplina. Así, aunque muy brevemente, trataremos de fijar lo que es un concepto, y también lo que es una deficiencia, términos ambos comúnmente equiparados. Después, centraremos la atención en los conceptos jurídicos, sobre todo en su naturaleza y clases, pues una de ellas será la más adecuada para servir de vehículo de conocimiento del instituto de las circunstancias modificativas. (3).

Con la intención de posibilitar un mejor entendimiento conviene igualmente acercarse, de forma singularizada en este caso, al tratamiento que la doctrina de los países de nuestro entorno cultural ha dado sobre esta materia, muy especialmente en la literatura penal italiana, siempre imprescindible en todo examen de las circunstancias modificativas, y de suma importancia en este punto, por la confluencia de no pocas causas, unas ya señaladas y otras a subrayar en su lugar oportuno (4).

También resulta necesaria una aproximación al significado gramatical del término circunstancia, pues aunque la interpretación gramatical no sea de ningún modo decisiva, si puede proporcionar en ocasiones datos útiles para llegar a alcanzar su sentido (5).

A continuación, centrado ya el tema, abordaremos la problemática tal y como se presenta en nuestro país. Desde tres perspectivas es necesario plantear su exámen . La regulación legal representa la primera cuestión a determinar. La generosidad con que el Código Penal emplea el término circunstancia enriquece la polémica y la confusión a la hora de obtener un concepto legal claro y preciso. Jurisprudencia y Doctrina / vienen a completar la panorámica en estudio. Pero ni una ni otra, por diferentes motivos, brindan fórmulas del todo satisfactorias. La primera porque discurre / por cauces semejantes a los empleados por el legislador, carece de la profundidad suficiente y oscila en no pocas cuestiones, resultando a la postre no exenta de contradicciones. Y la segunda, fundamentalmente, porque en modo alguno es pacífica, constituyendo un / auténtico enjambre de opiniones divergentes.

Por último, exponemos nuestra postura a modo de solución de las diversas interrogantes formuladas. Al rededor de un doble eje gira la posición adoptada. De un lado parece conveniente, llevar a cabo algunas precisiones en torno al concepto legal. De otro, una vez determinado el sentido del Derecho positivo, hallaremos abonado el terreno para proponer la elaboración / de un concepto dogmático de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, sede el cual se podrá iniciar la construcción de una teoría general de

las circunstancias.

La elección de un concepto de circunstancia modificativa no es pues intrascendente, sino por el contrario de suma importancia para nuestro propósito. Dicho concepto constituirá el punto de partida desde el cual se pretende edificar la teoría general de las circunstancias. Actuando a su vez de armazón y soporte de todo el sistema.

1.2.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

Decía PFÄNDER que toda investigación de los pensamientos en general viene a parar a una investigación / de los conceptos (6). Y no estaba exento de razón, porque el término concepto es uno de los más antiguos en el vocabulario filosófico. Pero también uno de los más equívocos o ambiguos. Lógica, Epistemología y Metafísica, fundamentalmente, lo emplean en una u otra versión. Si bien ello ha sido causa frecuente de confusión y -- controversia, resulta a la postre provechosa, precisamente por causa de esa ambigüedad, que lo transforma / en llave maestra para descifrar el laberinto representado por la teoría del significado, la teoría del pensamiento y la teoría del ser (existencia) (7).

Pero la importancia científica del estudio de los conceptos no quedó constreñida al ámbito de la Filoso-

ffia. Por el contrario se extendió a otras áreas del saber, a otras ciencias, y entre ellas a la del Derecho, donde ocupa un lugar prominente en la actualidad.

En el campo de la teoría general del Derecho se ha destacado su trascendencia en la investigación jurídica, constituyendo al mismo tiempo el centro de una viva disputa. Disputa que en numerosas ocasiones deriva o es fiel reproducción de conflictos originados -- dentro de la Filosofía y la Lógica. Lo que comporta / la necesidad de trasladarse a ellas para encontrar la solución adecuada en no pocas ocasiones.

Como conclusión de esta breve introducción podría decirse que el término concepto es usado en sentidos muy diferentes. Resulta ser una expresión variable cuyo significado es asignado sólomente en el contexto de una teoría y no es posible descubrirlo independientemente. La mayor ventaja de emplearlo consiste en posibilitar la construcción de un sistema, donde al adquirir un determinado "status", permite al -- teórico cambiar sistemáticamente de uno de los tipos de uso conceptual a otro (8) justificándolo en base a la mayor preferencia que en cada uno de ellos obtenga para mejor conocer el objeto estudiado.

El análisis de los distintos usos conceptuales /

-o lo que es lo mismo, el análisis de la expresión - "tener un concepto"- ha producido proliferación de / teorías, clasificadas fundamentalmente en sustanti-- vas y funcionales, versiones de tres principales mo-- delos de investigación, dirigidas respectivamente so-- bre palabras, pensamientos y cosas. Un rico origen - histórico las acompaña, lo que hace aún más difícil inclinarse por una de ellas. Sin embargo, a pesar - de los numerosos obstáculos hallados en la búsqueda del concepto, aparece una característica mayorita-- riamente aceptada: El uso del término concepto debe ser en todos los casos abstracto e impersonal (9).

Intimamente ligado al problema del concepto en contramos el de la definición. Términos ambos fre-- cuentemente identificados. Tampoco se ha llegado en la Lógica ni en la Filosofía a una solución conve-- niente, surgiendo diversas teorías entre las que / destacan principalmente, la esencialista, la pres-- criptiva y la lingüística (10). Discursión ésta, / obviamente alejada de nuestro propósito.

En cambio, si resulta conveniente matizar, -- aunque sea de un modo muy somero, la diferenciación entre concepto y definición. Podría decirse resumi-- damente que mientras un concepto es una idea o for-- ma del entendimiento, esto es, un pensamiento expre-- sado en palabras, la definición sería la enuncia--

-ción clara y precisa de las cualidades y caracteres de un objeto, o sea la determinación del significado de una palabra o la naturaleza de una cosa. De modo que, los conceptos hacen referencia a una categoría del conocimiento mucho más amplia, de ahí la necesidad de ser usados siempre de forma abstracta impersonal. Los conceptos tienen contenido y extensión (11), y en esencia, no son significados de palabras, ni tampoco son la suma de las notas esenciales del objeto (12). El hecho de que constituyan el contenido de las palabras y le den significado es externo y accidental a los conceptos (13). Las definiciones, por el contrario, representan categorías del conocimiento más particulares, más limitadas, constituyen definitivas proposiciones que exponen con exactitud los caracteres / genéricos y diferenciales de una cosa material o inmaterial (14).

La correcta distinción entre concepto y definición no es sencilla, y menos todavía en el campo jurídico, donde de continuo se confunden. En adelante, y en base a las anteriores consideraciones, trataremos de no incurrir en tal confusión.

Como acertadamente señala NINO, al buscar un -- "buen" concepto pretendemos satisfacer unas exigencias de operatividad teórica (15). Las líneas que preceden y las que siguen no aspiran sino a lograr este

propósito.

1.2.1.- Naturaleza de los conceptos jurídicos;

Ya apuntaba HOHFELD la muy acusada tendencia a / mezclar conceptos jurídicos, precisamente por la ambigüedad y falta de claridad de nuestra terminología (16). Se piensa que los conceptos expresan una cierta esencia de las cosas y que las palabras son vehículos de los conceptos. Hasta tal extremo es así, que se ha llegado a decir que en el pensamiento teórico, y en el jurídico más que en ningún otro, "todavía tiene alguna vigencia la concepción platónica respecto / de la relación entre el lenguaje y la realidad" (17).

Todo ello requiere una matización. Siguiendo a / PFANDER, entendemos que tanto en la Lógica como en el Derecho, para designar determinados conceptos resulta imprescindible emplear palabras determinadas, palabras cuya significación normal coincide -aunque no necesariamente siempre- con los conceptos respectivos. Pero su misión no es investigar las palabras, ni su relación con determinados conceptos, sino que sólo utilizan las palabras como punto de apoyo para llegar desde ellas a los conceptos concretos. De suerte que los conceptos pueden ser el contenido significativo de determinadas palabras, pero las palabras mismas no son conceptos (18). Por tanto no deben confundirse las pa

-labras con los conceptos, pues las primeras son exclusivamente vehículos -y no los únicos- de su expresión (19).

Pero tampoco deben confundirse los conceptos con sus objetos, del mismo modo que se distingue entre el pensar y lo pensado (20). Ahora bien, los conceptos / de objetos se refieren a "objetos". Pero estos conceptos no son los objetos mismos a que se refieren, ni / contienen dentro de sí a dichos objetos. "Los conceptos son siempre productos ideales -advierde PFANDER-; en cambio, los objetos pueden ser reales o ideales" (21).

Así pues, los conceptos no son reproducciones de los objetos a que se refieren. No pueden tomarse sino como sus "correlatos intencionales", de ahí que los / conceptos no posean todas las características del objeto, sino algunas. Existe siempre una dicotomía entre el objeto tal como es en sí, y tal como es descrito por el concepto. (22).

Cabe ahora preguntarse por la naturaleza de los conceptos jurídicos. O dicho de otro modo, si la Ciencia del Derecho está de alguna forma determinada por la naturaleza de las cosas para la formación de conceptos jurídicos.

A esta pregunta responde negativamente ENGISCH, quien entiende que son en todo caso puntos de vista valorativos, elegidos con cierta libertad -aunque / siempre sometidos a los principios lógicos más elementales- "Los que llevan a la formulación de conceptos genéricos y específicos y los que fundamentan el conjunto o la conjunción de notas, que corresponden a los casos jurídicos en la medida, y sólo en / ella, en que han de subsimirse bajo aquellos conceptos" (23).

Parece hoy totalmente admitida como nota esencial de los conceptos jurídicos la necesaria existencia de una referencia axiológica. Y ello a pesar de los embates del positivismo, que en su entendimiento más estricto y radical, formuló la tajante distinción entre "el Derecho como hecho" y "el Derecho como valor" afirmando que al jurista únicamente le interesaba el primero (24).

Junto a esta nota se ha subrayado también, como propias de los conceptos jurídicos, las de determinación de su contenido: la conexión con otros conceptos y su referencia a un fundamento normativo. (25).

Para GARCIA MAYNEZ, sin embargo, la caracterización del concepto jurídico hasta ahora diseñada queda incompleta, al carecer de una particularidad a su juicio esencial; Los conceptos jurídicos son "conceptos

de clase", es decir referidos a clases o miembros de éstas en el sentido lógico del término. Y ello en -- virtud "del método generalizador de conceptualización de que se sirve tanto el teórico del derecho como los / órganos creadores y aplicadores de normas jurídicas" (26). En este sentido, continua el citado autor, las nociones jurídicas se asemejan a las de las ciencias naturales y se contraponen a las "ideográficas" propias del historiador (27).

En nuestro país, RODRIGUEZ MOURULLO se ha sumado a esta postura, señalando que el método jurídico de conceptualización no es "ideográfico", sino el "generalizador", destacando asimismo como característica fundamental de los conceptos jurídicos la de tratar se de "conceptos de clases" (28).

Ahora bien, tal planteamiento se ha visto sometido a una notable corrección desde el mismo momento en que se ha trazado una serie de límites a la / generalización jurídica, que conllevan una importante variación en el entendimiento del método generalizador propugnado para la Ciencia del Derecho.

Centrándonos en nuestro país (29), se ha señalado por VIVES ANTÓN, que siendo el valor o referencia axiológica la característica fundamental de la conceptualización de las ciencias culturales, ya no se

puede hablar de que constituya una "diferencia importante" respecto al método por las ciencias naturales, "sino que impide que pueda hablarse de métodos del mismo tipo" (30). Es más, la generalidad predicada / de los conceptos jurídicos ocupa un lugar intermedio entre el concepto general y la individualidad. Porque en todo caso, " la generalización jurídica -continua diciendo VIVES ANTÓN- ha de estar orientada a la individualización. Se generaliza para individualizar" (31).

En definitiva, cuando se afirma que la referencia axiológica es la nota esencial de la conceptualización jurídica, se está igualmente describiendo una / nítida línea diferencial entre el método generalizador propio de las ciencias naturales y el método generalizador empleado por la ciencia del Derecho (32).

Una vez precisada la naturaleza de los conceptos jurídicos, es menester, aún con riesgo de precipitarnos, realizar una serie de consideraciones derivadas de lo hasta ahora visto en torno al concepto / de circunstancias.

En primer lugar, si hemos sostenido la no identificación entre palabras y conceptos, no podemos dejarnos arrastrar a una lamentable confusión entre el término circunstancia y el concepto circunstancia.

De modo que a pesar de su abundante presencia en las disposiciones del Código Penal, no estaremos necesariamente siempre ante el mismo fenómeno. Existe un / uso múltiple del término circunstancia como tendremos ocasión de comprobar.

De suerte que, unas veces su utilización tendrá una función meramente gramatical, y por tanto una -- significación exclusivamente de tal naturaleza, mientras que en otras ocasiones, poseerá una significación netamente jurídica, y le corresponderán funciones de semejante condición.

Del mismo modo, al haber aceptado una caracterización de los conceptos jurídicos como fundamentalmente valorativos, es admisible conjeturar la posibilidad de que existan diferentes referencias axiológicas, y por tanto cabría dar diferentes significados / jurídicos a las circunstancias.

En resumen, podemos adelantar que va a ser difícil formular un concepto unitario, y unívoco de las circunstancias, tal y como hoy aparecen en nuestro - Derecho positivo.

1.2.2.- Especial consideración de los conceptos definidos por su función.

Tradicionalmente se ha operado con numerosas -

clasificaciones de los conceptos jurídicos (33). Un mínimo repaso de las mismas no sólo exigiría un trabajo de amplias proporciones, sino que además nos / alejaría extraordinariamente de nuestro propósito. En cualquier caso juzgamos innecesaria tal desviación, pues seguramente aportaría más confusión que / claridad (34).

No creemos menoscabar el más elemental rigor - científico al actuar de este modo. Es más, nos parece más oportuno exponer directamente cual es a nuestro juicio la clase de concepto jurídico más idóneo para explicar el instituto de las circunstancias. La elección ha sido hecha con el convencimiento de haber adoptado un criterio adecuado desde el cual poder construir la teoría general de las circunstancias modificativas en el marco del derecho positivo español (35).

En adelante trataremos de indicar las razones / pertinentes para que nuestra afirmación aparezca "justificada, acertada o, al menos, discutible" (36).

PFÄNDER dió el nombre de "conceptos funcionales puros" a aquellos en los que falta toda referencia a un objeto y donde la función lógica es completamente pura. Esta clase de conceptos tienen un significado aunque no se refieran a ningún objeto. Desempeñan /

Únicamente una función mental, enlazando conceptos, o conceptos y objetos, o simplemente explicando relaciones. Ciertamente es, asegura PFANDER, que "para no quedar en el vacío, requieren el complemento de conceptos de objetos; pero esta necesidad de ser complementados no les priva de su sentido propio" (37). Y no debe olvidarse -continúa señalando el citado / autor- que tampoco los conceptos de objetos, para no ser una masa inerte, necesitan a su vez, el complemento de los conceptos puramente funcionales (38).

Junto a esta categoría, PFANDER también desarrolló la de los "conceptos relacionantes". Estos se distinguen de los "puramente funcionales" en que no sólo ligán mentalmente objetos, sino que además, postulan relaciones objetivas entre ellos. Y por su parte, se diferencia de los "conceptos de objetos" en que no se refieren a ningún objeto y en que no piensan como referidas a objetos las relaciones objeto y objetivas / que postulan. (39). Son muchos los autores que atienden a categorías similares ya en el campo jurídico (40.).

Desde estas premisas, es LARENZ quien habla ya / directamente de los "conceptos jurídicos determinados por su función". Es decir, aquellos que se caracterizan y diferencian de otros, precisamente en virtud de la específica misión que cumplen en un sistema determinado. Cita como ejemplo la antijuricidad. Siempre -

según este autor, la antijuricidad se distingue precisamente por la específica función que desarrolla: la protección de bienes jurídicos. Esto es, porque / ofrece los criterios materiales necesarios en los - que puede fundarse el juicio provisional de desva--lor. (41).

Pues bien, como decíamos, pensamos que desde la categoría de los "conceptos definidos por su función" es perfectamente posible dar una explicación satisfactoria de las circunstancias modificativas, tal y como aparecen reguladas en nuestro derecho positivo. De suerte que, el concepto de circunstancia en el Derecho penal español pasará por la fórmula de los "conceptos definidos por su función". Así el instituto de las circunstancias se caracterizará y diferenciará de otros afines, precisamente por la específica función que desempeñan dentro del sistema español. Además, / el empleo de esta clase de concepto jurídico, aporta la ventaja de ser el más óptimo para luego, desde él, construir una teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La formulación del concepto de circunstancia aquí postulado, queda reservado a un epígrafe específico, correspondiente a la toma de postura personal, donde se desarrollará ampliamente la solución aquí esbozada.

1.3.- LA CUESTION EN EL DERECHO COMPARADO. PARTI-
CULAR REFERENCIA A LA DOCTRINA ITALIANA.

Quizás sea necesaria una aclaración preliminar, con el fin de tratar de justificar esta específica alusión a la doctrina extranjera.

Como se recordará, en el capítulo anterior, se / expusieron los sistemas del derecho comparado. Esto es las concretas regulaciones positivas de las circustancias en los principales países de nuestro entorno cultural, así como el tratamiento doctrinal de que eran / objeto.

Pero junto a este exámen genérico, hemos creído -- útil una aproximación particular en este tema, principalmente por la importancia suma que se ha atribuido / al concepto como pieza fundamental en la confección de la teoría general de las circustancias. Por ello estimamos oportuna una aproximación a la doctrina foránea en esta materia. Además, a pesar de las diferencias -- existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos, las diversas elaboraciones conceptuales realizadas en Alemania, Francia e Italia, pueden ayudarnos extraordinariamente a hacer lo propio en nuestro país.

La específica consideración de la doctrina italiana viene justificada no sólo por la similitud de regula

-ciones legales, sino por el especial desarrollo que ha adquirido el estudio de las circunstancias, que -- además aporta soluciones novedosas a los distintos / problemas planteados.

Abrimos pues, un epigrafe destinado exclusiva-- mente al exámen de la doctrina extranjera en relación al concepto de circunstancia modificativa de la respon-- sabilidad criminal.

1.3.1.- Alemania:

Como ya vimos en el capítulo anterior el trata-- miento de las circunstancias en el Derecho alemán es / completamente distinto al nuestro. Como dijera MERKEL, el sistema alemán no admite más que causas de agrava-- ción y atenuación "especialmente" determinadas. Tampoco conoce circunstancias que aumenten o disminuyan la pena en todo delito sino sólo respecto de algunos de-- litos (42).

Esta particular regulación, junto al preponderan-- te interés doctrinal por el estudio de la determinación de la pena en relación a las categorías esenciales de / la infracción y a los fines de la pena, ha traído como consecuencia una escasa atención al análisis de las cir-- cunstancias -tal y como nosotros las conocemos-, y des-- de luego, la inexistencia de una construcción concep--

tual de las mismas.

En este sentido, se ha llegado a decir, respecto de las circunstancias agravantes, que la noción de las mismas "no tiene más que un valor muy relativo y que en la doctrina como, en la práctica debe ser reemplazado en lo posible por otra noción" (43).

La doctrina alemana siempre se ha referido a las circunstancias de un modo muy vago e impreciso, denominándolas "causas generales de agravación o de atenuación" (44), o "causas de determinación de la pena" (45), o como, los "fundamentos generales de atenuación o agravación" (46), o de forma más generalizada como "factores de determinación de la pena" (47).

No encontramos pues, de ningún modo, una elaboración dogmática del concepto de circunstancia modificativa en el Derecho alemán.

1.3.2.- Francia:

Si bien el origen de las circunstancias, en el sentido y alcance en que hoy son entendidas, surge en el derecho francés inmediatamente posterior a la Revolución, lo cierto es que desde entonces, la regulación de las mismas ha ido evolucionando más hacia el sistema germánico, que hacia el más propiamente original, /

hoy todavía vigente en los países latinos.

Este acercamiento al modelo alemán, ha venido a operar una importante reducción del catálogo de circunstancias estipuladas en la parte general del Código Penal francés, al mismo tiempo que, obvio es, ha incrementado el número de circunstancias de la parte general (48).

Como consecuencia inmediata de este acercamiento al modelo germánico, se ha producido un paulativo abandono en el estudio de las circunstancias, y sobre todo en los intentos de una elaboración dogmática de las mismas. Han cobrado auge, sin embargo, -- otro tipo de planteamientos y de enfoques en el tratamiento de la determinación de la pena (49).

A pesar de todo, el derecho francés, goza de un carácter mixto en este punto, entre los sistemas germánicos y latinos, y es por ello, por lo que ya encontramos en algunos de sus autores, intentos de -- aportar un concepto de circunstancia. Dicho concepto gira alrededor de estas cuatro características:

a).- No existe un concepto unitario de circunstancia modificativa, sino que por el contrario se construyen conceptos absolutamente diferentes según se trate de atenuantes o agravantes.

En este punto la doctrina se muestra absolutamente unánime (50).

b).- En esta línea de tajante diferenciación / entre agravantes y atenuantes, un importante - sector doctrinal, define las primeras como hechos fijados por la ley de un modo expreso y / determinado que entrañan un aumento o elevación de la pena, mientras que las segundas están abandonadas a la libre apreciación del juez, a su -- discrecionalidad, conllevando una disminución de la penalidad (51). GARRAUD, llegó a decir que estas últimas no pueden ser limitadas, ni definidas por el propio legislador (52).

c).- Numerosos autores insisten, y curiosamente tan sólo al referirse a las circunstancias agravantes, en que no son más que hechos accesorios del delito o elementos accidentales de la infracción (53).

d).- Surge así, la necesidad de distinguir entre estos elementos accesorios y aquellos otros constitutivos de la infracción. La diferencia estribará, en que sin los primeros el delito subsiste igual, mientras que sin los segundos el delito - deja de existir o se transforma en otro de género distinto (54). O según DONNEDIEO DE VABRES, /

en que los elementos constitutivos son englobados en la "cuestión general de la culpabilidad, en tanto que una cuestión especial supervisa cada una de las circunstancias agravantes" (55).

1.3.3.- Italia:

La mera similitud en el tratamiento legal de las circunstancias entre España e Italia justificaría por sí mismo un exámen detallado de la doctrina de este país. Pero además, a ello debe unirse una profunda y extensa proliferación de trabajos sobre el tema en el seno de la literatura penal italiana (56).

No puede decirse de un modo absoluto que exista total acuerdo en torno al concepto de circunstancia, pero si puede afirmarse una cierta confluencia de posturas en los puntos básicos de la problemática.

Ya señalaba PESSINA, las dificultades de definir y enumerar las distintas "contingencias agravantes y atenuantes del delito", al no ser reconducidas a reglas generales para todos los delitos", (57). Para terminar de enmarcar los orígenes de la polémica, debe reseñarse la célebre distinción efectuada por --- CARRARA entre la "cualidad, cantidad y grado del delito", afectando a este último las modificaciones en la gravedad concreta del delito por la concurrencia

de algún "accidente", que sin embargo no altera su na turaleza (58).

Pues bien, desde antonces, la doctrina italiana ha venido subrayando mayoritariamente la nota de la / accidentalidad como característica fundamental en el concepto de circunstancias. Así, se les ha venido de finiéndolo como elementos accidentales o accesorios de la infracción, que no afectan para nada a su esencia. Frente a los elementos constitutivos o esenciales -- ("essentialia delicti"), pueden agregarse estos otros elementos accidentales ("accidentalia delicti"), que no influyen en la estructura típica del delito, sino sólo sobre su gravedad o cantidad (59).

Surge de este modo el problema inicial y básico: Establecer si las circunstancias, dentro de una figura delictiva determinada, pueden distinguirse de los elementos constitutivos, o si por el contrario se -- funden y confunden con estos otros elementos, consti ti tuyendo una nueva y autónoma estructura normativa. En base a ello, los autores se dividen básicamente en / estas dos grandes tendencias: Los que sostienen que el "delito circunstanciado" da lugar a la existencia de una figura delictiva netamente distinta y autónoma respecto al delito principal o simple (postura minoritaria); y los que afirman que las circunstancias - influyen únicamente en el delito modificando la gra-

vedad o cantidad del mismo, como simples elementos accidentales, pero teniendo eficacia nula para dotarla de autonomía normativa propia (postura mayoritaria) - (60).

Por tanto, al igual que sucede en nuestro ordenamiento, es posible encontrar en el sistema italiano, / hasta tres supuestos bien diferenciados: El llamado delito simple o principal, esto es, sin circunstancias; en segundo lugar, puede darse el llamado "delito circunstanciado", o sea, el delito simple con circunstancias, pero sin cambio de título; y por último, es factible hallar un delito distinto, una figura nueva y -- autónoma, construida sobre la base de un delito simple pero con nuevos elementos o circunstancias que la transforman (61).

No siempre resulta fácil a la luz del texto penal italiano determinar cuando la presencia de una circunstancia comporta una mera modificación de la gravedad / del delito, o cuando conlleva una transformación de su esencia, dando lugar a una nueva figura. El problema -- radica pues, en discernir los simples elementos accidentales o circunstancias modificativas en sentido técnico, de los elementos constitutivos o circunstancias en sentido amplio.

Resulta obvio que la respuesta no puede limitarse

a señalar la accidentalidad como nota característica del concepto de circunstancia modificativa como hace la doctrina mayoritaria, pues dicha afirmación no resuelve el problema, constituyendo además una evidente tautología. Y ello resulta claro, por cuanto se comienza preguntando acerca del concepto de circunstancia, respondiéndose que las circunstancias son -- elementos accidentales. Pero para saber cuando una circunstancia es un elemento constitutivo y da lugar a una nueva figura, o por el contrario, es una circunstancia que sólo modifica el delito principal, se vuelve a responder acudiendo a la nota de accidentalidad. Pero entonces ¿ cómo se diferencia un elemento accidental de uno constitutivo ?. Y se vuelve a responder que depende de sí transforma o sólo modifica el delito base o principal. No hay forma, como se ve, de salir airoso de este planteamiento (62).

Por ello, un importante sector doctrinal, sin negar la accidentalidad como característica del concepto de circunstancia, ha acudido también a la función que desempeñan para poder completar su noción, y dar asimismo respuesta satisfactoria a los interrogantes planteados. Así, tras denunciar un uso impropio y excesivamente amplio del término circunstancia por parte del Código Penal italiano, se ha destacado la imposibilidad de distinguir las circunstancias de / otros elementos accidentales en base exclusivamente

a características sustanciales, señalándose que únicamente atendiendo a la concreta función otorgada por la ley es posible encontrar una neta diferenciación. Idéntico criterio es necesario para delimitarlas de / los elementos constitutivos (63)

1.4.- NOCION GENERAL DE CIRCUNSTANCIA: SU SIGNIFICADO GRAMATICAL. EL USO VULGAR DEL TERMINO.

Etimológicamente circunstancia proviene de las / palabras latinas "circum", alrededor de; en torno; -- cerca de; en las cercanías, y de "stare", estar. O si también se quiere del verbo "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 de la Lengua Española define la voz 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 es tá sujeto a una situación ocasional.

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.

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. De alguna manera sirve para individualizar situaciones en esencia semejantes.

Así, por citar un célebre ejemplo RAWLS ha equiparado, siempre en el terreno del lenguaje, el concepto de circunstancia y el de condición (65).

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 (66).

1.5.- EL CONCEPTO DE CIRCUNSTANCIA EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

Una vez centrado el tema, afrontaremos el estudio del concepto de circunstancia en el exclusivo ámbito de nuestro sistema punitivo, llegando de este modo, según nuestro propósito, al meollo de la cuestión.

Hemos creído conveniente abordarlo, por razones evidentes, desde una triple perspectiva: la del legislador, la de la jurisprudencia y la de la doctrina. A partir de cada uno de estos planos, trataremos de hallar un concepto de circunstancia que nos permita operar lo más correctamente posible en el marco de nuestro ordenamiento positivo. Como dijera BOBBIO, el jurista se mueve en el ámbito de un determinado complejo de proposiciones que ellos tienden a constituir en sistema riguroso y concreto. Pero para ello topa / con una primera dificultad: El análisis del lenguaje (67).

1.5.1.- En el Código Penal.

El Código Penal no define las circunstancias. No existe pues, un concepto legal expreso, ni positivo / ni negativo, de las mismas. Este silencio legal merece una doble valoración. De una parte, cabe elogiar - la actitud del legislador, por cuando resulta acorde con las más elementales exigencias de una correcta -- técnica legislativa. De otra, exige un mayor esfuerzo al interprete para poder captar el significado del instituto.

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

A esta compleja panorámica debe añadirse el abundante uso del término a lo largo y ancho del texto positivo. La cuestión entra así, en una espiral de cierta ambigüedad y confusión.

Con la finalidad de despejar ciertas dudas, lograr una cierta claridad, al menos terminológica, así como / de hacer patente la generosidad del legislador al emplear el vocablo circunstancia y, en consecuencia, la inexistencia de un significado unitario de la misma, / hemos creído necesario -a pesar de lo farragoso que -- puede llegar a resultar- exponer con carácter exhaustivo todas las ocasiones en que el Código se vale de la voz circunstancia.

Para alcanzar los objetivos fijados con un mínimo de rigor, distinguiremos entre las referencias de carácter general y aquellas otras de carácter particular que la Ley hace:

A).- Alusiones de carácter general a la voz "circunstancia"

a.1.- En el Libro I.

a.1.1.- "De las circunstancias que eximen la responsabilidad criminal (Título I, cap. II. art. 8.).

a.1.2.- "De las circunstancias que atenuan la responsabilidad criminal" (Tít. I, cap. III, art. 9).

a.1.3.- "De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal" (Tít. I, cap. IV, art. 10.).

a.1.4.- "De las circunstancias que atenuan o agravan la responsabilidad criminal según los casos" (Tít. I, cap. V., art. 11).

a.1.5.- "Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes" (Tít. III, cap. IV, sec.2ª, arts. 58 a 67).

a.2.- En el Libro II.:
No existen.

a.3.- En el Libro III.:
No existen.

B).- Alusiones de carácter particular al término "circunstancia":

b.1.- En el Libro I:

b.1.1.- "... circunstancias del hecho y las personales del autor ..." (art. 6 - bis a), 2º.

b.1.2.- " ... y cualquier otra circunstancia de análoga significación ..." (art. 9, 10).

b.1.3.- " ... siempre que concurra alguna de las circunstancias, siguientes ..." (art. 17, 3.).

b.1.4.- " (...) Los encubridores comprendidos en el número 3º del art. 17, en quienes concurra la circunstancia - primera del mismo número, ..." (art. 54, 2º).

b.1.5.- "Las circunstancias atenuantes y -- agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la / pena ... " (art. 58).

b.1.6.- "No produce el efecto de aumentar/ la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito ..." (art. 59).

b.1.7.- "Las circunstancias agravantes o -- atenuantes que consistieren en la / disposición moral del delincuente..!" (art.60, 1º y 2º).

b.1.8.- "En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes

o agravantes, las reglas siguientes: (...) "(art. 61, vid. también párrafos, 1º, 2º, 3º, 4º, 5º y 7º donde igualmente se hace mención a la concurrencia de "circunstancias atenuantes o agravantes").

- b.1.9.- "En la aplicación de las multas, / los Tribunales (4.), consultando, (...), no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho ..." (art. 63).
- b.1.10.- "... en atención a las circunstancias del menor o del hecho ..." - (art. 65).
- b.1.11.- "... según las circunstancias del caso." (art. 67).
- b.1.12.- "... atendidas las circunstancias del hecho y de la pena impuesta " (art. 92, 2º).
- b.1.13.- "... Los Tribunales podrán aplicar o no la condena condicional según lo estimen procedente, atendiendo para ello a la edad y antecedentes del reo, naturaleza jurídica del - hecho punible y circunstancias de todas clases que concurrieren en su ejecución". (art. 93, 3º).
- b.1.14.- "se establece la libertad condicional para los sentenciados a más de un año de privación de libertad en quienes concurren las siguientes / circunstancias : (...) (art. 98).
- b.1.15.- " (...). En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces y Tri-
bunales, se refieran o no a ins-
cripciones canceladas, haciendo --
constar expresamente, si se diere,
esta última circunstancia: (4..).
En los casos en que, a pesar de -
cumplirse los requisitos estable-
cidos en este artículo para la can-
celación por solicitud del intere-
sado, éste no hubiere instado la /

la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas / todas las circunstancias, no apreciará la agravante ..." (art. 118, 8º y 9º).

b.2.- En el libro II:

- b.2.1.- "... apreciando las circunstancias del hecho y del culpable ..." (art. 148 bis.).
- b.2.2.- "... Los que fundaren establecimientos de enseñanza, que por su objeto o circunstancia, sean contrarios a las leyes" (art. 177).
- b.2.3.- "... el que ofendiere en iguales - circunstancias ..." (art. 210).
- b.2.4.- "... el Tribunal apreciando las -- circunstancias del hecho y del delincuente ..." (art. 223).
- b.2.5.- (...). Si las circunstancias no permitieran hacer uso de los medios, / se ejecutarán las intimidaciones por otros, ... " (art. 225, 4º).
- b.2.6.- "... siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) Sin estas circunstancias las penas serán ... " (art. 232).
- b.2.7.- "... los Tribunales, atendiendo a la menor gravedad y circunstancias del hecho y al móvil y condiciones del / culpable, ... " (art. 235).
- b.2.8.- "... cuando concurriere alguna de las circunstancias siguientes (...) (art. 255).
- b.2.9.- " (...) y en igualdad de circunstancias, el de más edad" (art. 257 in / fine).
- b.2.10.- "... Los Tribunales, teniendo en -- cuenta las circunstancias que concurren en el culpable ..." (art. 264).
- b.2.11.- "El funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias ..." .

- (art. 312).
- b.2.12.- "... teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, .." (318).
- b.2.13.- " (...) En casos de suma gravedad, los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias del culpable y del hecho, ..." (344 bis, "in fine").
- b.2.14.- "Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de / las circunstancias siguientes: (...)" (art. 406).
- b.2.15.- "No será punible el aborto practicado por un médico ..., cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)" (art. 417 bis).
- b.2.16.- "(...). Si el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405 o con alguna / de las circunstancias señaladas en / el artículo 420, "in fine").
- b.2.17.- " (...). Cuando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta, o con circunstancias ignominiosas, " (art. 422, 2º).
- b.2.18.- "(...)3º Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores" (artículo 429, 4º).
- b.2.19.- "El que abusare deshonestamente de / persona de uno u otro sexo, concurriendo cualquiera de las circunstancias expresadas en el artículo anterior, ..." (art. 430).
- b.2.20.- "... al que cometiere cualquier abuso deshonesto, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en / los dos artículos precedentes " (art. 436).
- b.2.21.- " (...) No concurriendo aquellas circunstancias se castigarán...(art. 459, 2º).

- b.2.22.- " (...), cuando por las circunstancias del abandono ..." (art.488,"in fine").
- b.2.23.- " (...), salvo que por razón de conurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 ..." (art. 505, nº 5).
- b.2.24.- "son reos del delito de robo con -- fuerza en las cosas los que ejecutaren el hecho concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: (...)" (art. 504).
- b.2.25.- " (...). Si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo siguiente ...". (art. 505,2º).
- b.2.26.- "son circunstancias que agravan el / delito, a los efectos del artículo - anterior: (...) (art. 506).
- b.2.27.- " (...) 2º. Si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el - artículo siguiente (...) 3º. Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente ..." (art. 515, nº 2º y 3º).
- b.2.28.- "Son circunstancias que agravan el - delito a efectos del artículo ante- rior: (...) (art. 516).
- b.2.29.- " (...) . 1º . Haber hecho gastos / domésticos o personales excesivos o descompensados en relación a su for- tuna, atendidas las circunstancias de su rango y familia (...)" (art. 523, nº 1).
- b.2.30.- " (...). Si concurrieran las circuns- tancias primera o séptima con la oc- tava, la pena será de prisión mayor. Si concurriera sólo alguna de las -- circunstancias del artículo siguien- te ..." (art. 528. 2 y 3.
- b.2.31.- "son circunstancias que agravan el de- lito a los efectos del artículo ante-

- rior: (...). 5º ... en relación a las circunstancias personales de la víctima (...) (art. 529, y nº5).
- b.2.32.- "... y las demás circunstancias / que exijan los reglamentos" (art. 545).
- b.2.33.- "... atendiendo a la personalidad del delincuente y circunstancias/ del hecho, y entre éstas, a la naturaleza y valor de los efectos -- del delito" (art. 546. bis e).
- b.2.34.- "En caso de aplicarse el incendio a chozas o pajares, o cobertizos.., en tiempo o con circunstancias que manifiestamente excluyan todo peligro de propagación,..." (art. 553).
- b.2.35.- "... Los Tribunales teniendo en -- cuenta las circunstancias que concurran en el culpable, en el hecho y en la gravedad de éste,..." (art. 554.).
- b.2.36.- "serán castigados ... los que causaren daño ... si concurriere alguna de las circunstancias siguientes" (art. 558).
- b.2.37.- "El que con alguna de las circunstancias expresadas en el artículo anterior (...)" (art. 559).
- b.2.38.- "... según las circunstancias y -- gravedad del hecho ..." (art. 563 bis a).
- b.3.- En el libro III.
- b.3.1.- " (...), 1º. Los facultativos que, notando en una persona a quien asis tienen o en un cadaver, señales de envenenamiento o de otro delito, no dieran parte a la autoridad inmediatamente, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor (...) (art. 576, núms. 1 y 2.).
- b.3.2.- "(...) 2º. Los que incumplieren o / transgredieren los requerimientos

previos que concretamente formulen las autoridades sanitarias ... al/ objeto de evitar contaminaciones o circunstancias nocivas de otro tipo que puedan resultar perjudiciales para la salud (...) " (art.577, nº 2).

b.3.3.- "En la aplicación de las penas de / este Libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, / dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, ..." (art.601).

Basta una simple lectura superficial de lo transcrito (68) para 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.

Este uso generoso del vocablo circunstancia viene a corroborar una muy acusada tendencia -tendencia ya -- denunciada por HOFELD (69)- de mezclar conceptos jurídicos y no jurídicos. La causa principal de tal obrar, se encuentra en la ambigüedad y falta de precisión de / la terminología jurídica.

Pero esta ambigüedad y falta de precisión en la -- terminología jurídica no debe suponer un obstáculo infranqueable a nuestra tarea. Es menester desde ahora ya, trazar una nítida diferencia entre los conceptos jurídi-

cos y los no jurídicos. O dicho de otro modo, debe distinguirse cuando el Código maneja el vocablo circunstancia en un sentido gramatical y cuando lo hace con un -- significado netamente jurídico, o sea, cuando la voz -- circunstancia vá más allá de su simple noción vulgar, / para convertirse en una institución jurídica con todos y cada uno de sus predicamentos (concepto, función, fundamento, naturaleza, estructura, etc...).

El criterio para articular la distinción pasa en la mayoría de los casos por el recurso al sentido común. Y si ello no resultara suficiente, una simple interpretación gramatical despejaría las pocas dudas pendientes. El concepto gramatical visto en el epígrafe anterior será de gran utilidad para la solución de estos conflictos (70).

Pero en cualquier caso, dilucidada esta cuestión, / encontraremos todavía numerosísimos preceptos en los que ya dentro de un uso estrictamente jurídico, el instituto de las circunstancias resulta muy amplio. Y ello es así, porque el Código Penal español también carece de un concepto unívoco de las circunstancias como institución jurídica. Lo cual, si plantea importantes decisiones que / solo pueden adoptarse tras una rigurosa exégesis de la Ley. Dicha labor es la que nos proponemos abordar en los epígrafes siguientes.

1.5.2.- En la jurisprudencia:

En su dilatada existencia, y a pesar del extensísimo volumen de resoluciones en torno a las circunstancias, no puede decirse en puridad, que la jurisprudencia maneje un concepto claro y preciso del instituto. Y bien mirado, no constituye mayor sorpresa, por cuanto su función reside en la resolución de casos concretos, en definitiva, en la aplicación de la ley a supuestos determinados. Quedando al margen, o al menos / sensiblemente, de esta actividad, la formulación, elaboración o construcción de conceptos generales.

Ahora bien, efectuar este descargo en favor del / Tribunal Supremo no significa sin más aprobar y aceptar su conducta, que aunque disculpable no está ni mucho menos justificada. Y ello es así, porque si la práctica judicial hubiese operado con un riguroso, explícito y meridiano concepto de circunstancia se habrían ahorrado no pocas contradicciones y absurdos simplemente / desde una óptica de justicia material (71). La actitud que provoca o da lugar a resultados tan poco satisfactorios sí es merecedora de crítica, por cuanto con esa forma de actuar se está empañando su labor fundamental: la de administrar justicia en el caso concreto.

Sin embargo, a pesar de no poseer un nítido concepto de circunstancia (72), la jurisprudencia si ha ofre-

·cido, aunque desparramada a lo largo de numerosos fallos y de una manera desconexa y oscilante, una serie de características esenciales de la institución, que aglutinadas todas ellas, bien podrían mostrar, aún de modo bastante vago, la noción objeto de nuestro estudio.

Junto a alguna resolución esporádica que ha calificado a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal como "excepciones de la imputabilidad punible" (73). La línea mayoritaria subraya la nota de accidentalidad como rasgo esencial de las mismas. Así, recientemente la sentencia de 7 de Febrero de 1986, conecta claramente el carácter accidental a la idea de circunstancia (74).

En este sentido, se ha señalado "que no son circunstancias inherentes a un delito o a otra causa de modificación de la responsabilidad aquellas cuya separación no afecta a la integridad de tal causa o delito de modo que sin su concurrencia desaparezca su valor jurídico" (75). De este modo se ha querido destacar su naturaleza accesoría respecto a la infracción, y por tanto su incapacidad para afectar a la existencia del delito. En esta -- línea caben ser enmarcados una larga serie de fallos (76) en los que se rechaza la agravación de la pena, por tratarse de agravantes inherentes a un determinado delito, en aplicación estricta de los dispuesto en el artículo

79 (hoy 59) del Código Penal.

Esta postura viene a confirmar lo dicho anteriormente, pues si las agravaciones son consideradas inherentes a un determinado delito, quiere decir que son / necesarias, esenciales al mismo, y en tal caso pierden su condición de accidentes. Por ello, la sentencia de 21 de Marzo de 1978, afirma que si "semánticamente" inherente "es lo que, por su naturaleza, está de tal / modo unido a una cosa que no se puede separar, una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal será inherente respecto a una infracción concreta cuando sea consustancial a la misma o se halle de tal modo insita en ella que no pueda concebirse siquiera la existencia del delito dicho sin la concurrencia de la circunstancia, la cual pierde así su accidentalidad para formar virtualmente parte del tipo de descripción de la figura de que se trate" (77). Pues de este modo -señala la resolución de 19 de Mayo de 1981- podría estimarse circunstancia lo que es en realidad típico, elevando a la categoría de agravante lo que es simple elemento constitutivo o integrante de la estructura morfológica del delito y simple dinámica comisiva del mismo (78).

De ahí la costumbre judicial de llamar a esta clase de circunstancias "subtipos agravados", para diferenciarlos claramente de las circunstancias propiamente dichas (79).

Y para que no haya lugar a dudas, recogemos este fallo en el que el Tribunal Supremo habla de circunstancias, agravantes o atenuantes, "las que por definición (de "circum stare"), están fuera y alrededor del tipo" (80).

A la vista de estos pronunciamientos, puede concluirse señalando la característica de la accidentalidad como rasgo esencial del concepto de circunstancia en la jurisprudencia española. Accidentalidad que debe ser entendida como aquello que está fuera del delito y por tanto no afecta para nada a su existencia.

1.5.3.- En la doctrina:

El concepto de circunstancia ha gozado de una -- suerte muy diversa en el seno de la doctrina española. Desde el más absoluto de los silencios, pasando por un generalizado escaso interés, hasta recibir, eso sí, / por un reducido número de autores, un tratamiento de cierta relevancia. Y claro está, todo ello desde las más variadas posturas y opiniones, indistintamente de cual sea la profundidad de su análisis.

En cualquier caso, y a pesar de que los autores / hayan centrado sus estudios sobre las circunstancias - en cuestiones distintas a las de su concepto, hemos -- creído necesario llevar a cabo una detallada exposición

de las diversas posturas doctrinales habidas al respecto. Nuestro punto de arranque lo constituirá el Código Penal de 1822, llegando hasta nuestros días.

Quizás fué SEIJAS LOZANO, el primero en distinguir entre los "graduales o modificadores ordinarios" y los "modificadores eventuales o extraordinarios". Los primeros incidían sobre la gravedad del delito, y los segundos únicamente sobre la penalidad. Estos últimos eran considerados los auténticos accidentes de la infracción (81). Para GARCIA GOYENA, sólo pueden considerarse circunstancias, aquellas cosas que, sin alterar la calidad o especie del delito, lo hacen más o menos grave o punible. Pero a continuación se apresuraba a subrayar que esta distinción era más teórica que real, y constituía un empeño vano de la ley el describirlas, pues eran infinitas y por tanto inabarcables (82). En muy parecidos términos se expresa GALILEA, limitándose a definir las como aquellos elementos que acompañan a la acción principal (83).

Sin embargo, la mayor preocupación de este grupo de autores se centraba, no en fijar un concepto de circunstancia, sino más bien en el empeño de limitar como fuese el desmedido arbitrio judicial. Y la aparición de las circunstancias era vista con cierto escepticismo, pues todavía se desconocía el importante papel a desempeñar por las mismas en esta problemática.

Con los comentaristas del Código de 1848 se alcanza un mayor grado de certeza en la delimitación / conceptual. Así VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ, hablaban de ciertos motivos o accidentes modificadores de la culpabilidad, en tanto en cuanto afectaban a la / gravedad del delito, o sea, de "hechos accesorios o concomitantes del hecho principal" (84). Para VICENTE Y CARAVANTES, se trataba de hechos o accidentes que / denotaban mayor o menor perversidad, aun cuando resultaba imposible definir las por su enorme complejidad - (85). Por último, CÁRDENAS fué pionero en ofrecer un concepto separado, según se tratará de circunstancias atenuantes y agravantes. Las primeras serían aquellos accidentes particulares, que pueden concurrir o no, en el delito sin afectar a su naturaleza y modificar la / culpabilidad (86). Las segundas, no son tampoco parte esencial del delito, definiéndolas como "todo hecho o accidente que cuando concurre en la acción criminal o en su autor, revela en este último mayor depravación / que la que naturalmente supone la esencia del delito" (87).

También estos autores plantean por vez primera la problemática de diferenciar las circunstancias descritas en la parte general de aquellas otras recogidas en la parte especial. Así VIZMANOS y ALVAREZ MARTINEZ distinguen entre circunstancias agravantes y circunstancias constitutivas; VICENTE Y CARAVANTES, se refería a circunstancias "en general" y circunstancias constitu-

-tivas de un "delito especial"; y CÁRDENAS, con mayor rigor, hablaba de "circunstancias comunes", de una parte, y de otra, de "circunstancias propias" (aquellas que aunque descritas en cada delito no afectaban a su esencia, modificando únicamente la pena) y "circunstancias esenciales" (son parte esencial del delito) (88).

Hasta ahora hemos asistido a una casi idílica unanimidad doctrinal. Sin embargo, a partir de los autores que comentaron el texto de 1870. Las posturas van a ir / alejándose cada vez más unas de otras. No fué desde luego PACHECO quien iniciara las "hostilidades", pues el / célebre penalista, se limitó a evidenciar aspectos indiscutibles de la cuestión. Todos los hechos que concurren en el delito, decía, sirven para modificar su importancia; ya sean de parte del agente, de la víctima, por la concurrencia de accesorios extraños, por el tiempo, por el lugar, por los causantes, por la forma; todos son motivos que influyen en su lenidad o en su gravedad respectiva (89).

A partir de este momento, ya podemos diferenciar / distintas corrientes, que por una u otra razón, conviene destacar.

Un primer grupo de autores, integrado fundamentalmente por AZCUTIA, RAMIRO RUEDA, HIDALGO GARCIA, y por 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 de tiempo, lugar, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho o dicho" aumentando o disminuyendo su gravedad (90).

En segundo lugar nos topamos con un conjunto totalmente heterogéneo de autores, que tienen como único punto común, precisamente el mantenimiento de posturas singulares, todas ellas y cada una por distinta causa, muy alejadas de lo que podríamos calificar como doctrina mayoritaria. Así, para SANTAMARIA DE PAREDES, las circunstancias pueden consistir bien en "alteraciones de la capacidad criminal", o bien en hechos accidentales que aun cualificando la infracción no cambien su / naturaleza (91). Su primera afirmación constituye una aceptación única en el panorama hasta entonces imperante.

Tampoco VALDES RUBIO mantiene una línea muy usual, cuando distingue entre circunstancias modificativas de la imputabilidad y modificativas de la responsabilidad. Las primeras exterior a la infracción. En cambio, las / segundas son todas objetivas, porque residen en el hecho mismo (92).

Igualmente, DORADO MONTERO, sostiene en abierta /

pugna con el sentir mayoritario, que las circunstancias atenuantes y agravantes no disminuyen ni aumentan la gravedad, ni la culpabilidad, mostrando sólo la mayor o menor capacidad delictiva, y por tanto, la peligrosidad del sujeto (93).

Una tercera línea doctrinal podemos construirla en base a la crítica efectuada por ANTON ONECA y por CASTEJÓN a la denominación de circunstancias que actualmente se le da a las eximentes, pues éstas, según su argumentación, no son meros accidentes, sino que afectan a la misma esencia del delito. El último autor, llevando su crítica más lejos, pone en tela de juicio la denominación de circunstancias a las modificativas, por la misma razón esgrimida con referencia a las eximentes (94).

En este mismo grupo podríamos incluir a MONTES, pues entre otras razones, parece seguir dicha corriente, cuando distingue entre condiciones esenciales y comunes a todo delito, condiciones esenciales propias o circunstancias cualificativas, y circunstancias accidentales o modificativas, que no afectan a su naturaleza, sino sólo a su gravedad. Idéntica distinción realiza también CASTEJÓN (95). Por lo demás como se ha podido comprobar, coinciden con la postura mayoritaria.

En cuarto lugar abordaremos el análisis de lo que

hemos venido llamando postura mayoritaria. Hemos ya / destacado como podríamos incluir en ésta, a los autores incluidos en los grupos primero y tercero, y si / no lo hemos hecho ha sido por razones de mayor claridad expositiva creyendo oportuno reseñar sus particularidades. Pero además existe otra causa, y es la voluntad de destacar a los dos máximos exponentes de esta corriente mayoritaria, GROIZARD, y LLOPIS y DOMINGUEZ, que por su mayor profundidad, rigor y trascendencia posterior merecen este tratamiento singularizado.

Dada la concurrencia de varios elementos que constituyen el hecho complejo que llamaremos delito, decía GROIZARD, la razón concibe un más o un menos en él. Señalando a continuación que "las circunstancias no tienen otra virtud, otra naturaleza, otro carácter, que / la de hacer más grave o más leve un hecho que, independientemente de ellas, ya reunía los elementos esenciales para ser elevado a delito" (96).

Por otra parte, LLOPIS y DOMINGUEZ, insistía en / la idea de que el delito es un hecho complejo, donde -podían distinguirse dos clases de elementos: Unos esenciales y constitutivos, sin los cuales el delito no --existía; y otros accidentes y mudables, que no afectaban a su existencia, y so concurrían, únicamente modificaban su gravedad. Es decir, en este último caso, se trata de elementos "puramente hipotéticos, contingentes, variables en sumo grado, que concurren en unos /

casos y dejan de concurrir en otros, elementos verdaderamente circunstanciales, y que influyen o aumentando la dicha gravedad natural del delito o por el contrario disminuyen esa misma gravedad natural" (97).

Para finalizar la exposición de los comentaristas al Código de 1870 debe hacerse mención especial a --- SILVELA, no ya por lo singular de su planteamiento, / sino como por las repercusiones que de él se han derivado hasta nuestros días, llegando a extenderse a otras áreas de la teoría general de las circunstancias.

Distinguía SILVELA, entre las circunstancias accidentales del delito, las circunstancias modificativas de la imputabilidad, y las circunstancias modificativas de la punibilidad. Las primeras "son objetivas y representan la varia 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" (98). Son pues modificaciones de la materia del delito y forman un todo con él, uniéndose a lo esencial y característico. Por ello resulta vano el empeño de estudiarlas y enumerarlas como generales, como si tuvieran una existencia enteramente propia e independiente. Si se intentase, se caería en el mismo error en el que incurre nuestro Código. Su noción filosófica corresponde a la parte general, pero su enumeración y estudio de cada una de ellas, pertenece a

la parte especial, al lado del delito que modifican (99).

Las circunstancias modificativas de la imputabilidad, afectan al sujeto activo del delito, siendo - subjetivas y anulando por completo su capacidad (100).

Y las circunstancias modificativas de la punibilidad son "ciertos hechos o circunstancias que concurriendo en el sujeto pasivo, le 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 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. Pueden ser agravantes o atenuantes (101).

Para concluir es necesario resaltar, que SILVELA entendía que todas las atenuantes al ser subjetivas y personales eran circunstancias modificativas de la punibilidad, mientras que las agravantes, al estar en / la misma materia del delito, son objetivas, y por tanto son circunstancias accidentales (102).

Por lo que respecta al Código Penal de 1928, la principal novedad la constituyó la propia redacción del artículo 62, la cual señalaba textualmente: "El -

grado de responsabilidad se determina, según las circunstancias de la infracción y las condiciones personales del infractor o delincuente, en cuanto unas y / otras no hayan sido previstas por la ley como elementos constitutivos de la infracción, o como causa de / irresponsabilidad". Consagraba así, una nítida distinción entre circunstancias de la infracción por un lado, y condiciones personales del infractor por el otro. Esta diferenciación obligó a los autores a tenerla muy en consideración, aunque su línea de pensamiento no su puso cambio alguno en la orientación dada al tema por sus precesores. Es decir, se insistió fundamentalmente en el carácter accidental de las circunstancias, frente al esencial de los elementos constitutivos, y en / su efectiva modificación de la responsabilidad (103).

Curioso es sin embargo, el tenor del presente -- transcrito por cuanto recuerda enormemente la clasificación efectuada por SILVELA, al diferenciar claramente entre "circunstancias de la infracción", noción muy semejante a las "circunstancias accidentales del delito" de SILVELA, y "condiciones personales del infrac--tor", también muy semejantes a la categoría de "circunstancias modificativas de la punibilidad" del citado autor.

Nada nuevo en este punto merece ser reseñado por lo que se refiere a la doctrina surgida en torno al -

Código republicano de 1932 (104).

Entramos así, en la recta final de nuestra exposición, al abordar la doctrina surgida con ocasión -- del Código Penal de 1944. Destaca en primer término, la existencia de un nutrido número de autores que no se pronuncian para nada sobre la problemática del concepto de circunstancia. Y llama la atención sobremanera, que este hecho no sólo se produce en obras de carácter general, sino que incluso, se extiende a trabajos específicos sobre las circunstancias. Esta corriente de absentismo se ha prolongado hasta llegar a nuestros días. (105).

Entre los autores que expresamente se han pronunciado conviene hacer un análisis detallado y particularizado de sus opiniones.

Para JIMENEZ de ASÚA, circunstancia "es todo lo / que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia". Las circunstancias únicamente modifican la responsabilidad, sus consecuencias (106). Muy semejantes son las posturas de FERRER SAMA, quien conceptua las circunstancias como accidentes, que en nada afectan a la existencia del delito (107), y de CUELLO CALÓN, al distin--guir las circunstancias agravantes de los elementos constitutivos del delito en base a su necesaria presencia / para la existencia del delito. Sin embargo, concluye --

afirmando que las agravantes "no son sino circunstancias accidentales, una diversa y peculiar manera de presentarse lo esencial y característico del delito" (108), con lo que parece incurrir en cierta contradicción, pues no se entiende como lo esencial no afecta a la existencia del delito.

Por su parte, PUIG PEÑA, define de modo diverso a las atenuantes y a las agravantes. Las primeras "son aquellos acontecimientos situados en la personal del / autor que hacen menos reprochable su conducta antijurídica" (109). De las segundas dirá que son elementos accidentales, o sea, "todas aquellas que no apareciendo descritas por el legislador en el tipo, ni tenidas en cuenta como inherentes al mismo, aumenta la antijuricidad del hecho, y por ende la responsabilidad del autor" (110).

Atenuantes y agravantes, señala QUINTANO RIPOLLES, afectan a la punibilidad, a su cuantía, por lo que su presencia no altera como tal, la naturaleza de la infracción, influyendo sólo en la circunstancialidad de la pena. Cuando no es así y la circunstancia opera variando el tipo cualitativamente hasta integrar otro / nuevo (cita el ejemplo de la alevosía en el asesinato), ya no puede hablarse en rigor de circunstancia, sino / de elementos típicos (111). Por idéntica razón, critica la extensión del término circunstancia a las eximentes en el Código Penal, siquiera por la mera considera

ción de no afectar a la periferia de la responsabilidad, sino a su exclusión. Porque, como el mismo afirma, "el vocablo circunstancia hace mérito no a ese / efecto decisivo, sino a lo que está en torno (de "circum-stare"). Y por tanto, les corresponde sólo la efectiva modificación de la responsabilidad, en el aspecto de la cuantía de la punición (112). En definitiva dirá que "no son, en resumidas cuentas, más que paradigmas presentados por la ley al juzgador, con el fin de facilitar su tarea individualizadora" (113.)

De similar opinión y con idéntica claridad se expresa DEL ROSAL, pues siendo el delito un concepto jurídicamente construido por una serie de caracteres, en ocasiones se presenta con caracteres accidentales ("accidentalía delicti") que transforman su fisonomía a / efectos de la pena, atenuándola o agravándola, y hasta llegan a dar sentido a un nuevo ente punitivo. Pero un simple análisis revela que estos elementos, llamados / circunstancias (de circum-stat") no afectan a la instancia del delito, sino que dejándola intacta proyectan su eficacia en la modificación de la pena, y de / acuerdo con la terminología del Código, "modifican la responsabilidad criminal". A continuación distingue / entre el "delito circunstanciado" y el "delito con -- circunstancias". En el primer caso, se trata de un delito con vida autónoma donde las circunstancias se han soldadas al tipo, elevándolo a un rango independiente (cita también como ejemplo el delito de asesi-

nato), o sea, las circunstancias le confieren "nomen iuris". En cambio en el segundo, las circunstancias no modifican más que la pena, y no le otorgan vida, ni autonomía propia. Pero también existen ocasiones en que las circunstancias forman parte del "núcleo-típico", y entonces son "ratio essendi" de la figura, o sea, constitutivos. Concluye advirtiendo que todo - este terreno está muy confundido por el legislador, - pues emplea el término circunstancia en un sentido / vago, haciéndolo también comprensivo de ciertas cualidades subjetivas y de causas de exclusión de la punibilidad, conceptualmente distintas de los elementos accesorios del delito. Por ello, esta distinción debe rá efectuarse siempre desde el punto de vista de "la función y estructura lógica de la norma" (114).

Más recientemente, SAINZ CANTERO, las define como "elementos accidentales del delito, objetivas y -- subjetivas, a cuya concurrencia la ley asocia el efecto de aumentar o disminuir la pena que ha de imponer al autor" (115).

Según RODRIGUEZ DEVESA, la antijuricidad y la culpabilidad son susceptibles de variación o graduación, en atención a las circunstancias que concurren, pues / éstas repercuten sobre su gravedad. Algunas de estas circunstancias están previstas en la ley, y se las conoce como "circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal". Son circunstancias accidentales

("accidentalia delicti"), porque aunque no concurran, el delito subsiste igual si se dan sus elementos esenciales. Por tanto, condicionan no el "si", sino el / "quantum" de la pena, y consisten en hechos que vienen a añadirse a los que son esenciales al delito (116). Insiste en la necesidad de distinguir ambas clases de elementos del delito, pero asimismo entiende que "esta diferencia viene perturbada porque el Código emplea unas veces un hecho como circunstancia modificativa y otras como elemento constitutivo de un delito" (cita / como ejemplo la alevosía). Cuando esto ocurre, y un "elemento fáctico" desempeña dos funciones distintas, es un problema de interpretación esclarecer cuando se ha de tomar como elemento esencial y cuando como accidental. Su solución pasa por entender a todos los elementos incorporados en la descripción de los diferentes tipos de los Libros II y III como elementos constitutivos, excepción hecha las que denomina "causas personales de atenuación o agravación" (117).

En opinión de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, debe hablarse de "circunstancias genéricas" y "circunstancias específicas". Su diferencia estribaría en que -- mientras las primeras cumplen una función modificadora de la pena, las segundas serian aquellas que se encuentran incrustadas en el delito, siendo absolutamente necesario "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". Las "circunstancias genéricas" son las comprendidas en los artículos 9, 10, y 11 del Código Penal (118), y la misma expresión de circunstancia, revela que no afectan esencialmente al delito, dejando totalmente intacta su esencia. Afectan únicamente al "quantum" de la pena (119).

Muy similar es la postura mantenida por MIR PUIG, para quien las circunstancias son "elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino sólo su gravedad". Advierte que aunque en ocasiones algunos elementos esenciales / del delito no son necesarios para el mismo, ello no desvirtua su carácter de elemento esencial, manteniéndose intacta su diferenciación con las circunstancias, pues éstas, siempre y en todo caso, nunca le son necesarias. Destaca asimismo, que las circunstancias atenuantes y agravantes en sentido estricto, es decir, las descritas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal, no son los únicos elementos accidentales de los cuales depende la gravedad del hecho, pues en la parte especial del texto legal, también hay "elementos accidentales típicos". Ambas clases de elementos accidentales / deben claramente diferenciados, en tanto en cuanto sólo a las circunstancias en sentido estricto le son de aplicación los artículos 58 y siguientes del Código Penal (120).

De un modo menos definido, GÓMEZ BENITEZ parece /

también aceptar, junto a las circunstancias agravantes y atenuantes "genéricas" (artículos 9, 10 y 11 / del Código), la existencia de lo que él llama "elementos accidentales del tipo objetivo", que gozan así mismo de carácter accidental, distinguiéndose entre ellos los "elementos cualificativos específicos y las circunstancias atenuatorias específicas previstas en los tipos objetivos respectivos", que igualmente deben diferenciarse de los elementos esenciales del delito. El régimen jurídico de las circunstancias específicas y / genéricas es muy distinto, por cuanto a las primeras es de aplicación el artículo 6 bis a), mientras que a las segundas es del artículo 60 (121). A estas últimas también las denomina como "circunstancias modificativas de la responsabilidad, esto es, modificativas de / la culpabilidad" (122).

Para BUSTOS RAMIREZ las circunstancias del delito son "elementos accidentales nominados o innominados -- dentro de la estructura del delito, que influye en la determinación de la pena". Por su carácter accidental, continua señalando, no constituyen, ni son constitutivos del injusto ni de la responsabilidad, teniendo por objeto una mayor precisión de la valoración del injusto, y también del sujeto responsable, o sea, de una mejor graduación de su responsabilidad. Deben diferenciarse de aquellas que han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito, como los supuestos de asesina

to, parricidio e infanticidio," y en general -añade- la mayoría de los delitos, ya que un tipo legal, como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciado, por eso no tiene sentido una teoría del delito circunstanciado" (123).

Conviene distinguir, según RODRIGUEZ RAMOS, entre aquellas circunstancias ya tenidas en cuenta en / la figura de la parte especial, y aquellas otras que concurren e influyen sobre la pena en base a su presencia en los artículos, 9, 10 y 11 del Código. Las / primeras se consideran inherentes al tipo delictivo - tal y como aparece descrito en los libros II y III del texto primitivo, y en consecuencia, la pena que el legislador haya previsto para ese delito, ya incluye el "plus" o el "minus" correspondientes a tal circunstancia. Las segundas, en cambio, son un añadido al tipo / delictivo, y por tanto, su capacidad atenuatoria o --- agravatoria se decidirá conforme a los artículos 61 y siguientes. En definitiva, entiende RODRIGUEZ RAMOS, / que existe una "circunstancialidad genérica" y también "específica", que ambos casos pueden tener eficacia -- atenuante o agravante (124).

También adopta una postura de definir separada-- mente atenuantes y agravantes, ARROYO de las HERAS, / aunque la única diferencia descrita, estaba en su diferentes efectos, atenuatorios o agravatorios. Así, se

tratará de aquellas circunstancias que, influyendo sobre alguno de los elementos del delito, debilitan (o incrementan) su intensidad produciendo en consecuencia una disminución (o un aumento) de la pena. No afectan por tanto a la existencia del delito, sino sólo a su / gravedad. Por ello es incorrecto llamar circunstancias a las eximentes, puesto que sí afectan a su esencia. Pero ello no quiere decir, sigue afirmando, que las / circunstancias no afecten a los elementos esenciales del delito: Lo que ocurre es que sus efectos no son -- nunca absolutos (125).

Una posición totalmente contraria a todas las anteriores, parece mantener BACIGALUPO, para quien las / circunstancias agravantes y atenuantes de los artículos 9, 10 y 11, no son otra cosa que circunstancias del tipo penal legislado con una técnica desafortunada, y en consecuencia, su concurrencia se verifica de la misma manera que el resto de los elementos del tipo (126).

Por último, nos queda por ver la posición de ALONSO ALAMO, autora de la única monografía global sobre -- las circunstancias en nuestra literatura. Según la terminología, -dice ALONSO ALAMO- circunstancia es "aquello que se encuentra en torno a un hecho -delito- sin afectar a su esencia. El delito existe independientemente / de que las circunstancias se hallen o no presentes. Pueden concurrir o no sin que el delito deje de estar pre-

sente en todos sus elementos esenciales. Se dice entonces que poseen carácter eventual, o en otros términos, que son accidentalía delicti (127). Pero dado el sistema de los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal español, es necesario delimitarlas de otros fenómenos afines, como son las eximentes incompletas y la menor edad (artículos 9, 1 y 9, 3 respectivamente), y por otra parte, de los elementos que integran los tipos de la parte especial. Llega a la conclusión de -- que no pueden considerarse circunstancias en sentido estricto, ni las eximentes incompletas, ni la minoría de edad (128); ni las características que configuran un tipo cualificado o un delito "sui generis"; ni las características constitutivas de 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 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 (129).

ALONSO ALAMO, aborda también la problemática del / llamado "delito circunstanciado". Este, estaría formado por un "delito base" con el aditamento de una serie de circunstancias o características accidentales, que no fundamentarian una "unidad valorativa; nueva con /

significación normativa propia ni, por ello, una pena legal ex novo, pero si conllevan la modificación de / la pena señalada para el "delito base". En la categoría del "delito circunstanciado" debe admitirse en -- parte, el juego de las reglas generales previstas para la aplicación de la pena en consideración a las -- circunstancias, especialmente los artículos 60 y 61 / del Código Penal (130).

La autora finalmente llega a la conclusión de que materialmente ontológicamente, no es posible delimitar los elementos esenciales y las circunstancias. Ello -- obliga a afrontar dicha diferenciación desde criterios teleológicos y valorativos (131).

Hasta aquí hemos desarrollado una particular exposición de las distintas posturas doctrinales. Se ha intentado, como se habrá podido comprobar, llevarla a cabo de un modo absolutamente neutro, sin apenas dejar traslucir nuestra aprobación o desaprobación, ni las / razones y argumentos que estas actitudes comportan. - Esta metodología tan aséptica, no es producto ni del - capricho ni del azar, sino por el contrario, responde a la intención de mostrar en su pureza el estado actual de la cuestión, para que así, puedan valorarse me jo r las distintas opciones posibles. Y entre ellas la nuestra, que a continuación pasamos a desarrollar.

1.6.- TOMA DE POSTURA

Si de lo que se trata es de hallar un concepto lo más adecuado posible para poder moverse coherentemente en el marco de nuestro sistema punitivo, resulta imprescindible formular previamente una serie de observaciones.

Sin desconocer la tradicional distinción entre / objeto material y objeto formal de la Ciencia del Derecho Penal, "se ha podido decir sintéticamente, que el objeto de la Ciencia del Derecho Penal es el Derecho penal positivo" por cuanto en ellas se contiene tanto el sector de la realidad, la materia estudiada, como los criterios de valor desde los que se examina (132).

Ahora bien, este objeto constituido por el ordenamiento jurídico no es algo, sencillo, singular o -- único por el contrario es múltiple, complejo, variado. Las leyes contienen un conjunto de proposiciones normativas orientadas según criterio valorativos. De este modo puede descomponerse fácilmente el objeto en tres partes nítidamente distintas: lenguaje, norma y valores. Semejante complejidad del objeto exige una idéntica separación de investigaciones para su estudio. Metodológicamente debe tenerse presente esta triple faceta, - evitando la confusión en los tres órdenes de indagación.

Intimamente ligado a lo anterior aparece algo ya señalado en las primeras líneas de este capítulo, consistente en la fijación del contenido de la Ciencia / penal. Este contenido puede resumirse en tres tipos - diferentes de investigación: La interpretación en sentido estricto, la dogmática y la crítica. Su orden -- tampoco es caprichoso, y el jurista debería atenerse por completo al mismo, si en verdad quiere actuar conforme a un esquema científico.

Si insitimos tanto en ello es por estar en el -- convencimiento de que en numerosas ocasiones al afrontar el análisis de las circunstancias, y del concepto en particular, se confunden, mezclan o invierten dichos procedimientos. Y en esta inversión metodológica hunden sus raíces, en alianza con cierto desinterés / por la materia y una imprecisa técnica legislativa, la mayoría de los conflictos y equívocos latentes en nuestro Derecho.

En consecuencia, trataremos primero de llevar a / cabo una correcta interpretación del texto legal. Esto es, busquemos cuál es el sentido objetivo inmediatamente contenido en la ley. Una vez fijado éste, podremos realizar la tarea dogmática, determinando y describiendo los principales fundamentales abrazados por el ordenamiento positivo, desde un punto de vista puramente / lógico, sólo una vez concluidos ambos trabajos, se es-

tará en condiciones de afrontar la labor crítica, señalándose toda suerte de objeciones de índole técnico o político que se encuentren en las disposiciones legales.

De todo lo dicho se deriva la necesidad de convenir que nuestro objeto de estudio se centra en el Código Penal español, independientemente de su mayor o menor acierto. Nuestro parecer deberemos reservarlo / para el final, por cuanto la misión del jurista no estriba en poseer una determinada postura, sino en dar una explicación satisfactoria del derecho positivo. / Para lograrlo es ineludible partir de un sistema, es decir, de una construcción dogmática, que de acuerdo con las reglas de la lógica jurídica, de cuenta del significado de la Ley.

Como es bien sabido, en Derecho todo es discutible, y la materia en estudio no constituye precisamente una excepción, sino más bien un ejemplo diáfano de esta máxima, por lo que al dar nuestra opinión no pensamos ni por un instante situarnos en la única y verdadera explicación posible, ni tan siquiera en la más satisfactoria, sino tan sólo en una contribución más en la búsqueda del concepto de circunstancia en Derecho Penal español.

1.6.1.- Precisiones sobre el concepto legal de circunstancia.

Al tratar el concepto legal de circunstancias, / ya habíamos advertido que el Código Penal emplea con distintos usos el término circunstancia. Básicamente dijimos que podía distinguirse entre "uso gramatical" y un "uso jurídico", estableciendo los medios para - ofrecer dicha diferenciación, que no resultaba nada / complicada.

Sin embargo, dentro ya del "uso jurídico", advertíamos la dificultad de hallar un concepto legal unitario. Más que eso, concluíamos en que este no exis--tía en nuestro texto punitivo. Pero tal afirmación no resolvía nada, sino más bien lo complicaba aún más, / pues es claro que en el Código se designa con el tér--mino circunstancia a un amplio espectro de institutos jurídicos de la más diversa índole. Con lo cual se / plantea el interrogante de sí es posible, mediante algún criterio interpretativo, distinguir conceptualmente a todos ellos, y reservar el vocablo circunstancia sólo para alguno, puesto que como es manifiesto, cada uno desempeña funciones distintas, y poseen naturale--zas y fundamentos absolutamente dispares.

Si se pudiera logara el aislamiento del vocablo circunstancia sólo para una categoría de entre las /

múltiples al que el Código la aplica, conseguiríamos un concepto realmente operativo de circunstancia con el cual maniobrar satisfactoriamente dentro del sistema penal, y al mismo tiempo despejaríamos no pocas dudas existentes en cuanto su efectiva aplicación, en especial en lo que se refiere a clarificar el régimen jurídico de todas ellas, que como es bien sabido, se discute sí es para todas igual, o por el contrario debe referirse sólo a las contenidas en la parte general. (133).

Somos de la opinión de entender que sí es posible hallar tal diferenciación en base a su concepto, y para ello es necesario distinguir entre un "concepto legal impropio" y un "concepto legal propio" de / circunstancia.

a).- Concepto legal impropio:

De entre los distintos "usos jurídicos" del término circunstancia, algunos no responden a la esencia de la idea de circunstancia. A esta afirmación se llega / desde dos órdenes de consideraciones bien distintos.

En primer lugar, desde la óptica del concepto gramatical de circunstancia, pues como ya comprobamos, / éste se aplicaba a aquellos hechos o acontecimientos - que están alrededor, en torno a otro principal. Es decir, designaría toda suerte de accidentes de carácter

ocasional, agregados a lo sustancial, pero ya por /
ello mismo, no gozan de esa naturaleza esencial.

Pero junto a esta interpretación gramatical, -
habría de sumarse también una interpretación histó-
rica, que según vimos, muestra bien a las claras, /
cual ha sido el origen y entendimiento de las cir--
cunstancias a lo largo de su existencia. Su signifi-
cado siempre fué el de elementos accesorios, esto es,
no necesarios para la vida del delito (134).

En segundo lugar, a idéntica conclusión se llega
desde una interpretación teleológica del texto. En él
se habla de "circunstancias que atenuan y/o agravan la
responsabilidad criminal". Pero también de "circunstan-
cias que eximen la responsabilidad criminal". Y a esta
alusión de carácter general deben añadirse toda una se-
rie de institutos semejantes desparramados por la par-
te especial.

Al referirse a circunstancias que atenuan, agra--
van, eximen o suponen cualquier modificación de la pe-
na señalada al delito base, el Código está anudando a
su significado la específica función por cada una de--
sempeñada. De ahí la necesidad ya reiterada al inicio
del presente capítulo, de considerar a los llamados --
"conceptos jurídicos definidos por su función", como /
el mecanismo más idóneo para su comprensión dentro de

.nuestro sistema.

Por tanto, circunstancia sólo podrán serlo aquellos hechos accidentales que desempeñen una función característica. Esta función característica vendrá a su vez delimitada por su mismo concepto, el de accidente, por lo que al desplegarla nunca podrá afectar a lo esencial. Es decir, un elemento accidental del delito jamás podrá cumplir una función esencial. Así, las verdaderas circunstancias, no afectarían a lo -- fundamental de éste. Podrían alterar sus consecuen-- cias, sólo de forma accidental.

En virtud de lo anterior, y como mayoritariamente he puesto de manifiesto la doctrina, no pueden considerarse verdaderas circunstancias las eximentes recogidas en el artículo 8 del Código Penal (135). Y no lo son, por cuanto no sólo afectan a los elementos -- esenciales del delito, injusto y culpabilidad, sino / que los niegan.

Resulta muy discutible considerar circunstancias en sentido estricto a las llamadas "eximentes incompletas" (artículo 9,1) y a la "minoría de edad" (artículo 9,3). La mayoría de autores las tratan a ambas junto / con el resto de las circunstancias contenidas en los artículos 9, 10 y 11, pero no se pronuncian expresamente al respecto, señalando eso sí, sus efectos extraordinarios de atenuación según preceptúan los artículos

65 y 66 del Código. Contrariamente se ha manifestado ALONSO ALAMO, negando su pertenencia a la categoría de circunstancias en sentido estricto, por cuanto no significan un "quid pluris" respecto al delito. Y / además, como acertadamente expone, su inclusión entre las atenuantes es meramente formal, por lo que se ha de prescindir de la terminología legal al delimitar las auténticas circunstancias, pues "el lenguaje legislativo no es definitivamente vinculante para el intérprete" (136).

Por nuestra parte tampoco creemos que deban considerarse las eximentes incompletas y a la minoría de / edad como circunstancias en sentido estricto, aunque - por razones distintas a las apuntadas. Sí coincidimos plenamente en negar una vinculación tan amplia al lenguaje del legislador, por cuanto su análisis no constituye más que una parte del objeto de nuestro estudio, / no pudiendo olvidar , como indicábamos, su dimensión - como norma y como valor. Y porque en cualquier caso, la interpretación gramatical no es nunca no es nunca decisiva.

Por ello, atendiendo a una dimensión normativa y axiológica, ni eximentes incompletas, ni minoría de -- edad, desempeñan una función similar a la del resto de las atenuantes, sino una muy cualificada, como es la de poder rebajar la clase de pena en uno o dos grados, según rezan los artículos 65 y 66. Y ello es así, porque .

ambas. no son meros accidentes del delito, y por tanto no cumplen una función accidental sobre su consecuencia jurídica, sino que bien al contrario producen un efecto trascendental en la misma (137).

Al respecto es muy clarificador el propio tenor del precepto, señalando que serán, "las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos". Lo cual no puede entenderse, / sino como que están basadas en idéntico presupuesto - que las eximentes completas. Es decir, que actúan "negando" antijuricidad o culpabilidad, o sea, que afectan directamente a los elementos esenciales del delito aunque no absolutamente, sí al menos parcialmente. Y así, quedarán suficientemente justificados sus privilegiados efectos atenuatorios.

Respecto a la minoría de edad del artículo 9,3 -- (138) cabe realizar similar argumentación. Y ello es / independiente de su discutido fundamento, pues en definitiva se trata de una causa de semi-imputabilidad, -- construida a imagen y semejanza, y con iguales criterios, a la recogida en el artículo 8,2º. También en esta consideración encontraría adecuada explicación su / virtualidad atenuante (139).

Tampoco cabe conceptuar en sentido estricto como

circunstancia a la denominada "preterintencionalidad" regulada en el artículo 9,4º del Código Penal, consistente en "no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". Dicho precepto no puede entenderse sino partiendo de la vigencia del denostado principio del "versari" -- (abreviación del viejo anunciado medieval de "versanti in re illicita etiam pro casus imputatur"), pues en nuestro Derecho no se concibe ni como una tercera fórmula de culpabilidad junto al dolor y culpa, ni tampoco como una forma mixta de culpabilidad, como sucede / en otros sistemas legales, caso del italiano (140).

En nuestro ordenamiento punitivo la "preterintencionalidad" representa indudablemente, un vestigio del "versari" y de la responsabilidad objetiva. Por eso se / ha calificado como un tanto "inexplicable" su mantenimiento en el texto legal tras la reforma de 1983 (L.O. 1983, de 25 de Junio) (141). Ello ha planteado no pocos quebraderos de cabeza, resultando muy difícil delimitar su ámbito de aplicación y mantener al mismo tiempo soluciones satisfactorias. Sin entrar en el fondo de la cuestión, si manifestaremos nuestra más profunda repulsa por su permanencia en el Código Penal, por cuanto supone una abierta quiebra del principio de culpabilidad.

En cualquier caso, e independientemente de la pro-

blemática a que da lugar y de la opinión que merezca, la preterintencionalidad no es una verdadera circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, y ello a pesar de estar sometida a idéntico régimen jurídico que las restantes. A semejante conclusión se / llega en consideración a que no constituye un accidente del delito. No es sin más, un dato accesorio, un elemento ocasional que está alrededor de la infracción, sino por el contrario afecta, y muy intensamente, a la intención del sujeto, esto es, al dolo, del mismo. La preterintencionalidad supone una progresión de dolo y culpa, o de dolo y caso fortuito, y en ambos supuestos. La reducción de la pena, viene en consecuencia de una / profunda alteración de la culpabilidad del agente.

La existencia de esta atenuante supone un tremendo contrasentido en nuestro sistema, resultando absolutamente aconsejable su desaparición, sea un punto de / vista técnico, dogmático o político criminal, el que se adopte. Sólo conforme a la aplicación del principio de culpabilidad pueden resolverse adecuadamente los supuestos en los que el resultado va más allá de la intención del sujeto.

En cualquier caso, debe aceptarse que tiene parte de razón MIR PUIG cuando señala que si el Código Penal las recoge en su artículo 9, no queda más remedio que entenderlas como circunstancias atenuantes a todos los

efectos (141 bis). Sin embargo, al menos desde una / perspectiva dogmática, que es la aquí subrayada, tan poco cabe duda que ni las eximentes incompletas, ni la minoría de edad, ni la preterintencionalidad, son verdaderas y auténticas circunstancias por las razones ya apuntadas, aunque claro está, si el texto legal las disciplina como tales, habrá que aplicarlas como las otras restantes.

También tienen cabida en el denominado concepto legal impropio, la mayoría de las "circunstancias" / cualificaciones, características, condiciones, y en general toda suerte de caracterizaciones recogidas - en la parte especial (142). Si bien debe puntualizarse que en algunos casos -por ejemplo las circunstancias del artículo 406 en relación a las lesiones- son circunstancias a todos los efectos, y desempeñan una función similar a las descritas en la parte general. Aunque claro es, ambas gozan de regímenes jurídicos / muy distintos, y en ello estriba la mayor diferencia. A este respecto tampoco puede olvidarse que ni tan siquiera existe una diferenciación radical y absoluta / en orden a su campo de aplicación, porque la generalidad atribuida a las circunstancias contenidas en los artículos 9, 10 y 11, es falsa, desde el momento en / que no pueden aplicarse a todos los delitos. Esta limitación es reconocida por el propio texto respecto a alevosía, pero a una conclusión semejante ha de lle--

garse tras una interpretación teleológica de las modificativas en relación a cada una de las infracciones tipificadas en la parte especial. Desde luego, / esta dualidad del sistema español no aporta ninguna facilidad para llevar a cabo una correcta interpretación de unas y otras.

Pero en la mayoría de las ocasiones, las "circunstancias" reguladas en el libro II no son, en sentido propio, circunstancias, bien porque no son auténticos elementos accidentales, bien porque no desempeñan idéntica función, y en general, porque aunque / reúnan ambos requisitos no gozan de la misma naturaleza, ni fundamento, ni estructura, ni ámbito de aplicación, ni tampoco del mismo régimen jurídico. Pues el Código Penal habla de "reglas para la aplicación de / las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes" (Libro I, título III, capítulo IV, sección segunda), limitando por tanto su ámbito / a las descritas en los artículos 9,10 y 11. Las demás "circunstancias" diseminadas en el Libro II, no serán, al menos, la misma cosa que estas, aunque se les denomine igual. Porque a pesar de tener muchas semejanzas en algunos supuestos, también ofrecen siempre y en -- cualquier caso grandes diferencias. De manera que no resulta muy conveniente otorgar el mismo concepto a / institutos dispares y claramente diferenciales, si lo que se quiere es lograr una noción verdaderamente ope

rativa de circunstancia.

De todas formas, una delimitación en profundidad entre circunstancia en sentido escrito y otros institutos afines, no es posible llevarla a caso sólo a instancias de su concepto. En tal diferenciación se ha de atender, como se ha expresado, a otro tipo de consideraciones que serán abordadas en sus respectivos lugares. Y de todos modos, el problema escapa decididamente del marco conceptual para adentrarse de pleno en el de la naturaleza jurídica. No obstante, al afrontar el concepto dogmático, se efectuarán nuevas argumentaciones en torno a esta cuestión.

Por último, resulta muy discutible la caracterización como circunstancia, de la agravante 10,3ª, de "ejecutarlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, destrucción de aeronave, varamiento de nave o aeronave, causada de propósito, descarrilamiento de locomotora o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos", por cuanto es muy difícil imaginar que / cualquiera de estas conductas constituya únicamente una circunstancia, y no, uno de los delitos configurados entre los artículos 547 a 556 del Código Penal, bajo la / rúbrica de "incendio y otros estragos", o del 557 al - 563 bis a), de "daños" por no citar su posible encuadro dentro de los delitos de terrorismo.

Es decir, que cualquiera de las conductas descri-

tas en el número 3º del artículo 10, constituyen por si mismo delito, y no pueden por tanto ser consideradas como meras circunstancias. Además, en virtud / del Código Penal, este precepto no puede ser aplicado jamás, y buena prueba de ello se obtiene al repasar nuestra práctica jurídica, donde no se encuentran ejemplos de su apreciación como circunstancia agravante (142 bis).

b).- Concepto legal propio:

Se ha comprobado como el legislador emplea una --terminología en exceso amplia, omnicomprensiva de los más variados fenómenos, resultando imposible su reconducción a una explicación unitaria. Pero más allá de esta inicial confusión, es necesario, y también factible, llevar a cabo de una delimitación de cada una de estas variopintas categorías jurídicas, agrupada bajo el común denominador de "circunstancias".

Porque lo que sí resulta evidente es que, a pesar de su común denominación, no son la misma cosa. Y el propio texto se encarga de ponerlo de manifiesto / desde el mismo momento que les otorga un régimen jurídico totalmente distinto. Sea cual sea la perspectiva que se adopte -técnico-jurídica, dogmática o política criminal- no pueden situarse bajo idéntica noción a / causas de justificación, a las causas de imputabili--

dad, a las de inexigibilidad, a las excusas absolutorias, a las eximentes incompletas, al incendio, a una arcaica manifestación del principio "versacirta" como es la preterintencionalidad, a toda clase de caracterizaciones descritas en parte especial, y a las llamadas circunstancias atenuantes y agravantes. Y esta larga / enumeración no agota la lista de los institutos afines reconocidos en nuestro ordenamiento. Pero una delimitación en profundidad de cada uno de ellos no debe, en / rigor, trazarse aquí, sino que remite a otras áreas de nuestro trabajo, como son, fundamento, estructura, ámbito de aplicación, y principalmente, su naturaleza / jurídica, a donde nos remitimos.

Ahora nos interesa sobremanera, destacar la posibilidad de hallar en el Código Penal, un concepto propio, o si se quiere, estricto, de circunstancia. Así, frente a la inclusión bajo el término legal de circunstancias de entidades que en modo alguno lo son / (como por ejemplo, las eximentes completas) y que en consecuencia debe calificarse como incorrecta, puede distinguirse un concepto amplio y otro estricto de circunstancia. En el primero se encontrarían aquéllos hechos o condiciones que gozan de una función similar, / son hasta cierto punto accesorios de la infracción, - pero que de ninguna manera gozan del mismo régimen jurídico (ejemplo de estas serían muchas de las características recogidas en la parte especial). Por último,

las circunstancias "strictu sensu" serían aquellas - que siendo absolutamente accidentales para el delito, desempeñan una función igualmente accesoria: modifican la pena. Estas sólo pueden ser, las recogidas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal, con las / salvedades antes indicadas. Y ello es así, por cuanto la ley les otorga a ellas, y sólo a ellas, un específico y singular régimen jurídico. El regulado en los artículos 58 y siguientes, señalando las "reglas para la aplicación de las penas en consideración a / las circunstancias atenuantes o agravantes". Y claro es, sólo merecen esta calificación las estipuladas como tales en los preceptos 9, 10 y 11.

Respecto a las eximentes incompletas, minoría de edad de dieciocho años, preterintencionalidad, e incendio, cabe señalar que desde luego no son circunstancias en sentido estricto, ocupando un lugar fronte rizo entre un concepto amplio de circunstancias y los institutos que en modo alguno lo son. En cualquier ca so, a nosotros nos basta con indicar su no inclusión entre las auténticas circunstancias, que en definitiva, son las que ocupan el objeto de nuestro estudio, aunque nuevamente hay que insistir en que si el Códi go Penal las entiende así, deben ser tenidas en cuen ta a todos los efectos.

1.6.2.- El Concepto dogmático de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: El sentido técnico-jurídico del término circunstancia.

En la formación de conceptos en la Ciencia -exponia acertadamente ENGISCH- existe una importante/diferencia lógica respecto a su formación por el legislador. Así, en la construcción de conceptos llevada a cabo por la ciencia, ésta ha de referirse al material que el legislador, con su sistema de géneros y especies, le ha suministrado. Esto es, el jurista se mueve con las categorías de géneros y especies que el legislador le ha dado; él no puede crearlas (144). / Por eso nosotros debemos atenernos a la regulación -otorgada por el Código Penal a las circunstancias para establecer su concepto.

Pero debe tenerse en cuenta, como señaló VIVES -ANTÓN, que la ciencia del Derecho no es una ciencia / de hechos, sino que su misión consiste en indagar el sentido de las palabras de la ley. Los preceptos legales no interesan en tanto algo que "es", sino en tanto algo que "significa". La ciencia del Derecho es pues / normativa. Pero detrás de esas normas, de esas leyes -positivas, hay algo más, "porque el ordenamiento jurídico positivo no se inventa por un Estado abstracto a partir de la nada, -continúa diciendo VIVES ANTÓN-. Es

producido por hombres concretos que viven en comunidad, y que luchan por valores e intereses (...): aparece como una opción entre tales valores e intereses" (145).

De modo que a la hora de buscar un concepto dogmático de circunstancia se ha de partir de lo prescrito en la ley, pero tratando de averiguar su significado último, esto es, la idea a la que responden.

Para esta búsqueda nos puede resultar de gran utilidad las consideraciones de A. ROSS en torno a los llamados "hechos operativos". Para el autor merecen esta denominación aquellos hechos relevantes para tomar una decisión jurídica. Así, en un caso de homicidio, no sólo es relevante el homicidio en sí, o sea, la acción de privar de vida a otro ser humano, sino también otras muchas circunstancias acompañantes. Sin embargo, unas y otras siendo igualmente "hechos operativos", no ocupan la misma posición. El acto de homicidio ocupará siempre una situación especial. Y ello porque en él se fundamentará el efecto jurídico específico en cuestión, "mientras que las circunstancias acompañantes se limitan a condicionar, modificar o excluir la aplicación del efecto jurídico". Pueden distinguirse por tanto entre los "hechos operativos", los específicamente relevantes o "creadores", y los meramente condicionantes (146).

Hasta el momento no hemos hecho si no centrar el tema, en el sentido siguiente: Para formar un concepto dogmático de circunstancia se ha de partir de las categorías dadas por el legislador, y descubrir en ellas / su auténtica significación. Como sentamos en apartado precedente, el concepto legal propio o estricto únicamente puede abarcar a las circunstancias atenuantes y agravantes reguladas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal. Este pues, constituye la categoría dada por el legislador, sobre la que deberemos basarnos para elaborar un concepto dogmático de circunstancia.

Está claro que estas circunstancias agravantes y atenuantes pertenecen a la segunda de las categorías/ ofrecidas por A. ROSS, o sea, a la de "hechos operativos meramente condicionantes". Pero en esta categoría no se incluyen exclusivamente las circunstancias en / sentido estricto, sino a toda clase de hechos condicionantes, o sea, se sigue un concepto igualmente amplio de circunstancias. Sin embargo, el propio autor se encarga de diferenciar entre los que condicionan, modifican o excluyen el efecto jurídico específico. / Con lo que implícitamente está aceptando su diferenciación en base a la función que desempeñan respecto al efecto específico.

De modo que entre todas esas "circunstancias" según nuestro legislador o entre los "hechos operativos

meramente condicionados" según A. ROSS, se deberán / encontrar las que nosotros hemos llamado circunstancias en sentido estricto, delimitadas en atención a / su especial función, y también claro está, a su contenido material, que en cualquier caso, resulta indiscutible que lo poseen.

Como el propio texto punitivo español indica, / las circunstancias comprendidas en los artículos 9, - 10 y 11, atenuan o agravan la responsabilidad criminal, esto es. modifican la responsabilidad penal del sujeto. Esta modificación en más o en menos se desarrolla en / la pena, y como la ley fija, se limita -con las excepciones de los artículos 65 y 66 ya reseñados- a concertarla. Es decir, las circunstancias juegan sólo dentro del marco penal, limitándose a determinar su grado. La clase de pena, en cambio, se determina fundamentalmente en base al injusto típico y a su reproche.

Dicho en otras palabras: Mientras los elementos / esenciales de la infracción desempeñan asimismo una función esencial, como es la de determinar la consecuencia jurídica, los elementos no esenciales se limitan a desempeñar una función igualmente accesoria, como es la de modificar esa consecuencia jurídica, pero sin vaciarla.

Por ello, como toda la doctrina pone de manifies

to, las circunstancias en sentido estricto, son elementos accidentales del delito, y por tanto juegan / un papel también accidental: modifican la pena. Pero la accidentalidad de las circunstancias no debe verse desde una perspectiva naturalística, sino eminentemente valorativa, esto es, en base a la función, / significado específico y papel sistemático que desempeñan respecto al tipo de injusto y su reproche. Concluyendo que no son esenciales o necesarios para el predicado de estos elementos fundamentales del delito (147).

Las circunstancias en sentido estricto, o sea, / las modificativas de la responsabilidad criminal contenidas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal, quedan, en base a la función específica que los artículos 58 y siguientes les otorgan, perfectamente delimitadas del resto de "circunstancias" según la terminología legal.

Sin embargo cabe realizar algunas precisiones / más sobre la materia. Porque no todos los elementos accidentales del delito son circunstancias modificativas, pues junto a ellas aparecen una serie de características, también accidentales, incluidas en varias figuras de la parte especial. Y siempre subrayando que se trate de auténticos "elementos accidentales" y no de auténticos elementos del tipo de in--

justo, con lo que la confusión ya no sería posible.

Pues bien, la existencia de estos "elementos - accidentales" contenidos en numerosas figuras del / Libro II, hacen necesario preguntarse qué se entiende por elemento esencial, y por elemento accidental, y a su vez, si el significado esencial o accidental se predica respecto a todo género de delitos o sólo respecto a algunos en concreto (148).

Por elemento accidental, como lo son las circunstancias en sentido estricto, son aquellos de los que no depende la existencia del delito. Esto es, que -- pueden darse o no darse, y el delito existirá igualmente. El delito tiene vida perfectamente con inde--pendencia de ellas. Y esta característica es aplicable a todo género de delitos. Porque cuando no es así, el propio artículo 59 se encarga de decirlo expresa--mente, no dando valor a la circunstancia respectiva.

En cambio, esos otros "elementos accidentales" / de la parte especial, son efectivamente accesorios -- respecto al tipo al tipo del injusto, pues en ellos / no se materializa la concreta lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, pero no lo son para la efectiva existencia de una determinada figura delictiva, o sea, que sí son necesarios para que un determinado delito pueda darse. El ejemplo característico

lo constituirá el artículo 406 del Código Penal, -- pues si no se aprecia alguna de las "circunstancias" allí recogidas, nunca podrá existir el delito de asesinato. Esas "circunstancias" no suponen una variación del tipo de injusto, pero si son necesarias, y de alguna manera esenciales para el delito de asesinato, aunque no para otros.

Pero junto a esta clase de elementos accidentales, pero necesarios a su vez para afirmar la vida / de un determinado delito, existen también "circunstancias" en la parte especial que no gozan de este / valor de necesidad respecto a los delitos en que se encuentran previstas, como por ejemplo, las recogidas en el artículo 516 del Código Penal. Estos elementos accidentales no son esenciales o necesarios / para la figura delictiva, y conllevan en muchos casos una simple variación de la clase de pena señalada. La diferencia fundamental en relación a las recogidas en los artículos 9, 10 y 11, estriba en la distinta técnica con que el legislador las ha descrito. Seguramente en atención a sus reducidas posibilidades de aplicación si no es en el marco de un determinado delito, que es al que acompañan. Sirven pues, / para concretar el daño causado de una específica infracción, y en base a ello, su pena concreta. Tienen pues, un limitado campo de aplicación, y en base a / ello el legislador se ve obligado a referirlas a de-

delitos muy característicos.

Por tanto puede distinguirse entre unos elementos esenciales o necesarios a todo delito; unos elementos esenciales con respecto a algunos delitos; / unos elementos accidentales sólo en relación a ciertos delitos; y unos elementos accidentales con respecto a toda clase de delitos, bien entendido que / en esta última categoría, la generalidad que le es atribuida, es falsa, pues queda reducida a una mera posibilidad, que de hecho casi nunca se produce.

Las circunstancias modificativas en sentido estricto son aquellos hechos accidentales regulados en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal, y a las / que éste en principio, otorga una generalidad respecto a toda clase de delitos, así como les asigna una determinada función -artículos 58 y siguientes- y / un específico régimen jurídico. Éste sería a nuestro juicio el concepto dogmático de circunstancia en Derecho español, un concepto básicamente determinado / por su función, aunque no sólo por ella, pues también tienen un contenido material a especificar en / cada caso, no debiendo pensarse que se trata en ningún caso, de elementos puramente funcionales, lo -- cual de suyo sería absurdo. El resto de "elementos" recogidos en la parte especial deben ser allí estudiados y este trabajo, como su propio enunciado indica, se reserva únicamente a la teoría general de

las "circunstancias modificativas" (149).

2.- CLASES DE CIRCUNSTANCIAS.

Por muy avriadas razones hemos creído oportuno/abordar la problemática de las distintas clases y -- clasificaciones de las circunstancias, en el mismo / capítulo, y a continuación, de su concepto. De entre ellas destaca fundamentalmente, la interconexión -- existente entre ambas exégesis, y desde luego, el pa pel desempeñado por el concepto como eje de cualquier ulterior agrupación o división de las mismas. Además, la doctrina más diversa ha venido actuando tradicio- nalmente con idéntico criterio.

2.1.- INTRODUCCION.

En su exámen, las circunstancias, se han visto/ sometidas a continuas clasificaciones, efectuadas los más variados criterios. Este fenómeno no puede decir se que sea producto de un determinado momento en su/ evolución, sino que por el contrario responde a una constante hirtórica (150). Como tampoco podría sos-- tenerse fácilmente la idea de que ello haya contri-- buido únicamente unos pocos estudios del tema. Más / bien debe abrazarse la tesis opuesta, porque desde - luego, no resulta nada difícil descubrir la participa ción en este afán clasificatorio de todos los esta-- mentos implicados: Legislador, jurisprudencia y doc-

trina.

Así, los textos legales nos tienen acostumbrados a ofrecer amplios catálogos de circunstancias, no ya sólo en sus partes generales, sino también en las especiales. Además, les han otorgado muy diferentes -- efectos jurídicos, así como muy distintos regímenes/ en su tratamiento. Ello ha conducido a la jurisprudencia hacia la construcción de un sinfín de criterios clasificatorios destinados a la mejor aplicación de las mismas. Ante semejante panorama, la doctrina, a su vez, ha practicado numerosas catalogaciones con el propósito de poder explicar y ordenar tan profuso sistema.

Pero esta proliferación de clasificaciones de / las circunstancias no debe ser entendida como la consecuencia de un modo de actuar caprichoso e inútil. Bien al contrario responde a un intento de clarificación de la materia. Y a este respecto es necesario / tener presente la misma esencia de las circunstancias, consistente en una multitud de hechos, acontecimientos o estrados de la más variada índole, pero siempre de naturaleza accidental, que pueden o no -- presentarse junto a todo tipo de infracciones, influyendo de distinta forma en su lógica consecuencia. Y claro es, que toda esta amplia serie de "accidentes", pueden recogerse de distinto modo por el legislador, y por supuesto, con muy distintas funciones y efectos. Así, de la inmensa variedad de estos accesorios

que teóricamente pueden acontecer acompañando al delito, la ley selecciona aquellos que entiende más relevantes, otorgando entre ellos distinto valor a -- unos y otros.

Es pues, la misma naturaleza de las cosas la que condiciona esta diversidad. Son por tanto muchas las clases de hechos, acontecimientos y estados que en la realidad pueden presentarse, y en consecuencia son -- también muchas las clases de estos hechos, aconteci-- mientos y estados, que adquieren la categoría de circunstancias al ser recogidas y reconocidas por la Ley.

Con razón afirmaba CÁRDENAS que al hacer un Código resulta fácil definir las acciones merecedoras de / una pena; "pero no lo es determinar y definir todos -- los accidentes que pueden concurrir en las mismas acciones". De ahí, que según el citado autor, se puedan preveer muchas de las circunstancias que suelen concurrir en cada delito, agravando o atenuando la responsabilidad de su autor; "pero no es posible precaver / todas las combinaciones de circunstancias que suelen concurrir en cada delito y que sin alterar su naturaleza deben en justicia modificar su responsabilidad" (151). En parecidos términos se expresaba GALILEA, / cuando decía que "no todos los delitos se cometen de la misma manera, o por mejor decir, difícilmente se ven en los tribunales dos casos idénticos a los cuales haya necesidad de aplicar la propia pena" (152).

Y es que, en todo este problema, no debe olvidarse el origen y nacimiento de las circunstancias como un eficaz medio de combatir el excesivo arbitrio de los jueces y por otra parte, como expresión meridiana del principio de igualdad (153). Sólo admitiendo el juego de ambas consideraciones puede admitirse y explicarse satisfactoriamente la enorme diversidad reinante en la materia.

Ahora bien, esta complejidad del objeto material, tampoco justifica totalmente, ni la técnica excesivamente casuística de nuestros textos positivos, ni la falta de claridad y uniformidad jurisprudencial, ni desde luego, el abusivo recurso de algunos autores a toda suerte de clasificaciones. Con ello, en muchas ocasiones, más que clarificar una materia de por sí muy compleja, se ha propiciado mayor dosis de confusión.

De ahí que, junto a autores muy proclives a realizar todo tipo de agrupaciones y distinciones en torno a las circunstancias, existan otros que, o bien se abstienen absolutamente de cualquier intento clasificador, o bien, los llevan a cabo dentro de unos límites muy prudentes. Como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este apartado, hay en este tema, -- opiniones para todos los gustos.

Estando así las cosas, parece más conveniente --

proceder primero a exponer, de la manera más neutra posible, los distintos criterios clasificadores -- existentes en nuestro Código, jurisprudencia y doctrina, y después, dejar el último epígrafe para -- aventurar nuestra opinión, con las críticas pertinentes.

2.2.- CLASES DE CIRCUNSTANCIAS EN EL CODIGO PENAL ESPAÑOL.

Como ya tuvimos ocasión de comprobar, en nuestro Código Penal no existe ni un uso unitario del -- término circunstancia ni tampoco un concepto unitario del mismo, sino que bien al contrario se da en / él a una noción en exceso amplia y extensa, teniéndose que haber distinguido, ya dentro de su significado puramente jurídico, entre un concepto legal propio e impropio de circunstancia, además de las utilidades absolutamente incorrectas que también existen desgraciadamente con demasia frecuencia.

Como resulta obvio, según el criterio aquí seguido, únicamente habría posibilidad de hablar de / clases de circunstancias dentro del grupo de "circunstancias en sentido estricto", esto es, de las modificativas, por cuanto a las otras dos categorías / sólo impropia o inconveniente cabría denominarlas -- así. En todo caso, y quizás forzando demasiado las / cosas, cabría establecer una primera clasificación --

de las "circunstancias", en base precisamente a su concepto, distinguiendo entre circunstancias en sentido / estricto (concepto legal propio), circunstancias en -- sentido amplio (concepto legal impropio), y circunstan- cias que en modo alguno lo son (uso legal que remite - al uso común del lenguaje.).

Pero advertíamos, acudir a este criterio clasifi- catorio sería en exceso forzado, sobre todo si atende- mos a la consideración de que el legislador no parece compartirla en modo alguno. Y como de lo que aquí se / trata es precisamente de exponer las distinciones rea- lizadas por la ley de manera clara y diáfana, a ellas y sólo a ellas nos vamos a referir. Veamos pues, cua- les son los principales y más relevantes criterios se- guidos en el texto.

a).- En primer lugar una distinción de todo punto fundamental es la articulada en base a la ubicación de las circunstancias en el Código, según si están descri- tas en la parte general o en la parte especial del mis- mo. Y esta distinción adquiere tan esencial papel, por cuanto unas y otras gozan de diferentes regímenes jurí- dicos a la luz de lo dispuesto en los artículos 58 y / siguientes. Por ello, la doctrina unánimemente ha veni- do ocupándose de su estudio de una forma muy diferen- ciada, dejando para cada figura de la parte especial / el análisis de las circunstancias en ella descritas.

Esta discriminación legal, cabalmente seguida por los más variados autores es igualmente aceptada por nuestra parte, por lo que la infinidad de circunstancias de las más variadas clases y rangos diseminadas a lo largo y ancho de los Libros II y III del Código Penal, no constituyen el objeto de nuestro trabajo, debiendo ser tratadas en profundidad a la hora de examinar los delitos a los que acompañan (154).

b).- Pues bien, una vez efectuada la primera distinción, cabe llevar a cabo una segunda, referida claro está, sólo ya a las contenidas en el Libro I del -- texto punitivo, según los diferentes efectos de las / mismas. Así, cabría hablar de "circunstancias que exi-
men de la responsabilidad criminal" (artículo 8); "cir-
cunstancias que atenuan la responsabilidad criminal" -
(artículo 9); "circunstancias que agravan la responsa-
bilidad criminal" (artículo 10); y, "circunstancias --
que atenuan o agravan la responsabilidad criminal, se-
gún los casos" (artículo 11). Esta clasificación debe
ser sólo admitida con las reservas ya reiteradas, os-
tentando en cualquier caso, un relieve puramente for-
mal, y desde luego ficticio y evanescente.

c).- Dentro de las circunstancias contenidas en /
los artículos 9, 10 y 11, es posible clasificarlas en
atención al criterio de su mayor o menor virtualidad /
atenuatoria o agravatoria. Sin embargo, tras la refor-
ma de 1983, que conllevó la desaparición de la multi-

reincidencia y de la regla 6ª del artículo 61, tan sólo es aplicable esta diferenciación a las atenuantes. Así, junto a las atenuantes que poseen una virtualidad que podríamos llamar normal u ordinaria (regla 1ª del artículo 61), encontramos la posibilidad / de cualquiera de ellas a juicio del tribunal se transforme en "muy cualificada" (regla 5ª del artículo 61), y también, por último, hallamos las llamadas "eximentes incompletas", "semieximentes", "atenuantes privilegiadas", o "superatenuantes", (artículo 9,1 y 9,3, en relación al 66 y 65, respectivamente). Esta clasificación deberá ser aceptada igualmente, con todas las reservas ya señaladas al tratar el concepto de circunstancia.

d).- Por último, es posible diferenciar a las circunstancias reguladas en los artículos 9, 10 y 11, según si tienen acogida en el primero o en el segundo párrafo del artículo 60. Así, en el primero se incluirían las "circunstancias agravantes o atenuantes que / consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal", mientras que en el segundo se agruparían aquellas "que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla". No obstante, el manejo del artículo 60 como criterio clasificador de las circunstancias ha de hacerse con sumo cuidado, puesto que como tendremos ocasión de verificar, su utilización abusiva ha conducido

a numerosos malentendidos (155). Es evidente que ante todo se trata de una regla destinada a señalar cuando cabe la comunicabilidad de las circunstancias a los / partícipes. Pero bien entendido ésto, y sin tratar de exorbitar el tema, ni atribuirle funciones sistemáticas muy alejadas de su propia "ratio", cabe al menos, y siempre desde una perspectiva formal, distinguir entre las circunstancias incluibles en uno y otro párrafo.

Estas son a nuestro juicio, las principales clasificaciones de circunstancias, que de una manera nítida se desprenden de nuestro Código Penal (156).

2.3.- LOS CRITERIOS DE CLASIFICACION EN LA JURIS-- PRUDENCIA ESPAÑOLA:

También en el seno de la jursiprudencia se manejan diversos criterios clasificatorios de las circunstancias. Fijemos nuestra atención en aquellos de mayor transcendencia y al mismo tiempo efectuados de un modo claro y continuado. No obstante, hemos de advertir que en el presente punto nos limitamos a detallar los principales criterios utilizados, sin entrar en el fondo de los mismos, por cuanto ello nos llevaría a tratar en el fondo de los mismos, por cuanto ello nos llevaría a tratar fuera de lugar numerosas cuestiones como la del fundamento naturaleza jurídica, función, comunicabilidad,

virtualidad, etc. que serán abordadas en profundidad en sus respectivos lugares.

a).- En primer lugar destaca la distinción entre "circunstancias genéricas" y "circunstancias específicas", según si están ubicadas en la parte general o/ en la parte especial del Código Penal, resultando fundamental para atribuirles uno u otro régimen jurídico (157). Las circunstancias específicas son muchas veces llamadas "superagravantes" (158) o "subtipo agravado" (159).

b).- Igualmente, como tuvimos ocasión de comprobar, y con las reservas ya expuestas en los epígrafes anteriores, el Tribunal Supremo distingue entre "elementos constitutivos o esenciales", y "elementos accidentales o accesorios" del delito (160).

c).- Del mismo modo es absolutamente evidente la admisión de las circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas, según sus efectos (161).

d).- Por su mayor o menor virtualidad, se diferencian las "atenuantes ordinarias" que pueden transformarse en "muy calificadas", y las "atenuantes privilegiadas", que a su vez se distinguen en "semi-eximentes" y en "eximentes incompletas" (162).

e).- En base a los dos párrafos del artículo 60,

el Tribunal Supremo distingue entre "circunstancias / personales" (párrafo primero y "circunstancias materiales o reales" (párrafo segundo) (163).

f).- En relación a su naturaleza jurídica, se han dividido entre "objetivas", "subjetivas" y "mixtas". Para efectuar esta clasificación, así como los criterios adoptados para designar a una circunstancia de una u otra naturaleza, se han esgrimido numerosísimos argumentos, que por su complejidad, deben ser abordados en el lugar oportuno (164). Baste aquí, reseñar la existencia de este criterio para clasificar las circunstancias (165).

g).- También cabría distinguir a las circunstancias, según si su conexión se realiza con la antijuricidad, con la culpabilidad, o con ambas (166). Igualmente aquí debe reseñarse lo ya dicho al hablar de la naturaleza jurídica, remitiéndonos por tanto a otras partes / de este trabajo (167).

h).- Intimamente ligado a la clasificación anterior aparece la diferenciación de las circunstancias en base a si su fundamentación se hace en la "mayor facilidad / comisiva", "en las mayores ventajas para lograr la impunidad", "en la mayor/menor alarma social producida", "en la mayor indefensión del bien jurídico", "en la mayor/menor perversidad del culpable", "en la mayor/menor temibilidad" etc. (168). Todas estas cuestiones serán /

detalladamente analizadas en su respectivo lugar / (169).

Estos son los principales criterios, aunque no los únicos, utilizados por la jurisprudencia española para clasificar las circunstancias. Como ya hemos reiterado, nuestra crítica, así como la profundización en las mismas, queda reservada para ulteriores epígrafes y capítulos.

2.4.- LOS CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA. NOTAS DE DERECHO COMPARADO.

En aras de una mayor claridad expositiva, conviene diferenciar el tratamiento dado al problema / en la doctrina española y el dado en la doctrina foránea. Consecuentemente abordaremos en primer término los criterios de clasificación utilizados en nuestra literatura, para después, brevemente, examinar / la más empleada en otros países.

A).- Los criterios de clasificación en la doctrina española:

Constituirá desde luego una exageración, la afirmación de que cada autor mantiene una muy propia y / personal clasificación de las circunstancias. Pero - si bien no se puede decir que existan tantas clasi-

ficaciones como autores se han ocupado del tema, ello no impide asegurar que la materia ha sido un verdadero semillero de distinciones, agrupaciones, y en general toda suerte de intentos clasificatorios. Nos encontramos pues, ante un vasto campo de opiniones, en donde gran parte de nuestros autores se ha adentrado una u otra vez con muy distinta suerte.

Con independencia del acierto o desacierto que / hayan tenido conviene para una mejor comprensión del problema, detallar lo más posible la gran mayoría de estos intentos clasificatorios. Para facilitar su comprensión, analizaremos primero la doctrina anterior al Código Penal de 1944, para después examinar la surgida con posterioridad a éste. En uno y otro caso, a veces resultará imprescindible llevar a cabo un tratamiento diferenciado de algunos autores, ya sea por su importancia o por la originalidad de sus planteamientos; en cambio, en otras ocasiones, resultará más sencillo hacer una exposición conjunta de varios autores, partícipes de idénticos criterios.

Pues bien, por lo que respecta a la doctrina anterior a 1944, es posible resaltar en primer lugar, a un amplio grupo de autores, que aunque con ciertas diferencias, presentan el rasgo común de no haber realizado más distinciones expresas, que aquella que distingue entre circunstancias atenuantes, agravantes y

mixtas, admitiendo en todo caso, junto a éstas, la / categoría de la eximentes. Para unos el motivo de esta postura estriba en la imposibilidad de clasificar una materia de por sí infinita e ilimitada (170). Para otros, porque dichas clasificaciones "solo tienen un valor nomotécnico" (ANTÓN ONECA), y además, porque aunque son muchas y muy variadas las que se pueden hacer, desde el punto de vista en que se estudian, esto es, como causas modificativas de la responsabilidad criminal, "nos basta -dirá MONTES- la distinción que de ellas hace el Código, dividiéndolas en dos -- agrupaciones: atenuantes y agravantes, según produzcan el efecto de disminuir o aumentar la responsabilidad derivada del delito" (171). Por último, dentro de esta corriente, que sin duda cabe admitir como absolutamente dominante, se encuentra un abultado número de comentaristas que se limitan, sin más explicaciones, a seguir la distinción más tajantemente efectuada por la ley (172).

Más allá de este grupo de autores, no se advierten más que posturas muy particulares. Conviene pues, reseñar las realizadas por los más importantes autores, no sin advertir, que aún acudiendo a los criterios que a continuación pasamos a detallar. La gran mayoría admite igualmente el que distingue principalmente, entre agravantes y atenuantes.

Así, para SEIJAS LOZANO, es necesario distinguir

entre "Los modificadores temporales y eventuales" y "Los modificadores circunstanciales de carácter general", que a su vez, se clasifican, según si afectan a la "calidad de la personal culpable"; a "los objetos ofendidos por el hecho"; o "los caracteres propios o incidentales del hecho" (173).

Célebre es, la distinción de SILVELA, entre -- "circunstancias accidentales" (siempre objetivas),/ "modificaciones de imputabilidad" (siempre subjetivas) y "modificaciones de la punibilidad" (174). Los términos en la que se fundaba dicha clasificación ya tuvimos oportunidad de exponerlos al tratar el concepto de circunstancia.

Por su parte, SANTAMARÍA de PAREDES, diferencia entre una clasificación "teoría" y otra "práctica". En la primera cabe distinguir entre "las circunstancias modificativas de la capacidad criminal/ del agente", y "las circunstancias accidentales del delito". A su vez, la segunda se subdivide en atenuantes y agravantes (175).

Para finalizar este repaso de autores anteriores al texto de 1944, es importante destacar la postura de GROIZARD, que distingue entre atenuantes y agravantes. Ahora bien, las atenuantes se subdividen en "cualificativas o excusas" (cambian una pena por/

otra) y "atenuantes genéricas", las comprendidas / en el artículo 9 (tan sólo disminuyen el tiempo de duración de la condena pero sin cambiar nunca su naturaleza). Por su parte, las agravantes las ordena del siguiente modo: a). Circunstancias relacionadas con las personas (Quis); b). circunstancias relacionada con la cosa (Quid); c). circunstancias relacionadas con el lugar (Ubi); d). circunstancias relacionadas con el número de los culpables / (Per quos); e). circunstancias relacionadas con el número de delitos cometidos (Quoties); f). circunstancias relacionadas con la causa impulsiva del delito (Cur); g). circunstancias relacionadas con el medio o el modo de cometer el delito (Quomodo); y h). circunstancias relacionadas con el tiempo (Quando). (176).

Mucho más compleja es la panorámica que se / nos ofrece al contemplar la doctrina posterior al Código Penal de 1944, siendo bastantes complicado tratar de ofrecer una visión global de la misma. Y ello, porque aún cuando son muchos los autores que acuden a similares criterios clasificatorios, en / numerosas ocasiones o no los emplean con la misma significación, o utilizan terminologías distintas, o simplemente realizan distinciones completamente divergentes. Además, claro está, existen autores / con planteamientos únicos o muy personalistas, y

desde luego, también los hay que se abstienen, e incluso critican el recurso de las clasificaciones.

Todo ello, y en aras de una exposición más completa y sobre todo clara, nos ha sugerido la conveniencia de un análisis individual de cada uno de los principales autores que se han ocupado del tema.

ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ, distinguen entre / las atenuantes, las eximentes incompletas, las atenuantes específicas, y las atenuantes por analogía; y entre las agravantes, las objetivas (por los medios y modos de ejecución; por el tiempo y lugar de la acción; y por la condición del sujeto pasivo); las subjetivas (por la intensidad del dolo; por los móviles; y por la condición del culpable); y las mixtas (por la pluralidad de sujeto activos y por los medios empleados; y por la relación entre sujeto activo y pasivo). Entiende por circunstancias objetivas las referidas al hecho externo, y por subjetivas las atinentes a la culpabilidad y a la valoración del sujeto activo (177).

Una de las primeras críticas a las clasificaciones basadas en la naturaleza objetiva o subjetiva se puede encontrar en JIMÉNEZ de ASÚA, para quién todas, indiscutiblemente, son de naturaleza subjetiva. De ahí, que al calificar a todas de subjetivas, sostenga que la mejor clasificación es la del Código. Así, distingue entre /

atenuantes por analogía, y mitigaciones de pena por - razón de sexo y edad), y agravantes (formas alevosas, traidoras o cobardes; móvil bajo o brutal; y por la / intensidad o peligro especial (178).

Muy parecida es la posición mantenida por FERRER SAMA, para quién también son todas subjetivas, limi-- tándose a dividir las en atenuantes y agravantes (179). De idéntica opinión es, salvo pequeños matices, PUIG - PEÑA (180).

BERNALDO de QUIRÓS acepta totalmente la clasifi- cación legal de atenuantes, agravantes y mixtas, alter- nativa o ambivalente. Pero a continuación, entre las / primeras distingue las eximentes incompletas o imper- fectas, las atenuantes específicas (que a su vez pue- den ser, simultáneas al delito, de "origen clásico"; y anteriores o posteriores al mismo, de "origen posi- tivista") y las atenuantes genéricas (en referencia a la analógica). Entre las agravantes a su vez, diferen- cia las "circunstancias personales" (bien sean en fun- ción del delito, o en función del delincuente) y "cir- cunstancias reales" (referidas al lugar, tiempo, oca- sión o modo o a la víctima (181).

Entre las causas que modifican la culpabilidad, distingue CUELLO CALÓN, en atenuantes y agravantes, - limitándose acto seguido, a aceptar la denominación /

de genéricas para las recogidas en la parte general - (182).

También acepta QUINTANO RIPOLLÉS la denominación de "genéricas" para las circunstancias recogidas en / la parte general. Critica en cambio las clasificaciones basadas en orden a los elementos del delito, y admite sin embargo las originadas en su naturaleza jurídica, y en atención al artículo 60, las divide en objetivas (ejecución material, párrafo segundo) y subjetivas (personales, párrafo primero). En atención a su "fuerza operativa", distingue entre "circunstancias simples" (que disminuyen o aumentan la pena dentro de los grados, y pueden compensarse entre sí); "circunstancias privilegiadas" (descienden o aumentan el grado de pena, viniendo fijadas por la ley; Eximentes in completas, minoría de edad y doble reincidencia); -- "circunstancias muy cualificadas" (sólo para las atenuantes, y según arbitrio de los tribunales); y "circunstancias cualificativas" (no deben confundirse con las anteriores, porque son elementos constitutivos integrantes de la tipicidad) (183).

Básicamente distingue DEL ROSAL entre atenuantes, agravantes y mixtas, según sea su actuación sobre la responsabilidad criminal. Pero a continuación, pareciendo aceptar una clasificación basada en la naturaleza jurídica de las circunstancias, afirma la exis--

tencia de atenuantes de naturaleza objetiva, subjetiva, objetiva-subjetiva y de naturaleza diversa. Y del mismo modo, sigue la clasificación de las agravantes hecha por ANTÓN ONECA, y ya reseñada, que las diferenciaba según si eran objetivas, subjetivas o mixtas. / Sin embargo, a reglón seguido, critica fuertemente este criterio, por cuanto lo objetivo y subjetivo viene siempre inmediatamente referido al acto delictivo, y porque además, la alevosía nunca es objetiva, ni el / carácter público subjetivo, y porque la referencia a la intensidad del dolo no es adecuada (184).

Sobre la distinción básica de circunstancias agravantes y atenuantes, LUZÓN DOMINGO, acepta que unas y otras, pueden ser "genéricas (pueden atenuar o agravar la pena en todo delito); "específicas" (actuar sólo -- respecto a determinados delitos); y "cualificativas" - (son aquellos datos accesorios agregados a un tipo de delito genérico, que se transforma en una especie cualificada) (185).

Para SAINZ CANTERO existen dos órdenes de clasificaciones. Una primera de origen legal, donde se distinguen atenuantes, agravantes y mixta, y otra, de origen doctrinal, que diferencia las circunstancias "genéricas" (reguladas en la parte general) y "específicas" - (recogidas en la parte especial) (186).

Son muchas y desde muy variados puntos de vista las clasificaciones que se pueden hacer, señala RODRIGUEZ DEVESA, pero aquí sólo se realizan aquellas que puedan facilitar la comprensión de nuestro Derecho positivo. Y son, como a continuación detallamos, varios los criterios utilizados:

- 1).- Por sus efectos, se distinguen en atenuantes, agravantes y mixtas.
- 2).- Por su amplitud se dividen en "comunes" -- (las que en principio pueden aplicarse a / cualquier delito) y "especiales" (sólo pueden concurrir en determinados delitos o / grupos de delitos).
- 3).- Por la mayor o menor precisión con que estén concebidos, se diferencian en "nomina-
das" (expresamente detalladas en la ley), e "innominadas" (no se detallan, ocurriendo de este modo en las faltas, en los delitos imprudentes, y en una larga serie de delitos).
- 4).- Junto a las "causas generales de modificación" (las hasta ahora vistas), existen -- las "causas personales de agravación o de atenuación", que son elementos accidentales y constituyen una construcción parale

-la a las excusas absolutorias (V. gra. - artículos 140, 141.; 256.; 318.; 348 bis.; 415; 445.; 452 bis.; y 469.).

- 5).- Por la naturaleza de los elementos que las integran, se subdividen en objetivas, subjetivas y mixtas. Y ello es así independiente de que sean atenuantes o agravantes, por lo que critica a SILVELAY a sus seguidores.
- 6).- Por la técnica legislativa con que se han / descrito, puede hablarse de "circunstancias modificativas o elementos accidentales" y - de "elementos esenciales o constitutivas". Esta diferencia, advierte, "viene perturbada porque el Código emplea unas veces un / hecho como circunstancia modificativa y -- otras como elemento constitutivo de un deli to". Pero en general, todas las previstas - en los Libros II y III son elementos consti tutivos (187).

Desde una posición bien distinta, COBO del ROSAL y VIVES ANTÓN, aceptan únicamente la distinción -apar te claro está, la de atenuantes, agravantes y mixtas- entre circunstancias "genéricas" (parte general) y circun stancias "específicas" (parte especial), llevando / a cabo además, una expresa crítica a varios de los cri terios generalmente utilizados para su clasificación.

Destaca entre éstas, la realizada contra la división en objetivas y subjetivas, por la auténtica impropiedad con que se han empleado estos términos, "que no sólo induce a error, sino que desvirtuan la misma -- esencia de lo que sea la naturaleza de una institución jurídica". Igualmente, cuestionan de forma expresa, cualquier intento de clasificación de las --- agravantes, pues dada la prolijidad legislativa con / que se han regulado, difícilmente se pueden lograr -- resultados coherentes, estando además sujeto a toda suerte de críticas (188).

Por su parte, MIR PUIG, parece aceptar la distinción entre circunstancias comunicables (de naturaleza objetiva, y conectadas al párrafo 2º del artículo 60) y circunstancias incommunicables (subjetivas, y / referidas al párrafo primero del artículo 60). Además distingue entre las atenuantes, las eximentes in completas, las atenuantes ordinarias (que a su vez / se clasifican en atención a sí disminuyen el injusto --pudiendo ser objetivas o subjetivas--, si disminuyen la culpabilidad, o si disminuyen la punibilidad), y por último en atenuantes análogas (189). Por lo que respecta a las agravantes, distingue: a) Objetivas, bien porque denotan mayor peligrosidad del hecho (por la facilidad de comisión, por la mayor facilidad de / impunidad, o por ambas razones), o bien porque producen mayor extensión del mal; b). Subjetivas, porque agravan la relación psicológica, o porque reve-

lan una actitud más reprobable del sujeto; c), y en mixtas (190).

Seguramente en atención al artículo 60, GÓMEZ - BENÍTEZ, las divide en objetivas y personales. De -- otro lado, también distingue entre atenuantes y agravantes (191).

A la hora de clasificar las circunstancias, RODRI GUEZ RAMOS nos previene en el sentido de que no entra en la temática de hasta qué punto la mayor o menor -- responsabilidad se debe a una mayor o menor entidad / de los juicios de antijuricidad o culpabilidad. Se li--mita a distinguir entre atenuantes, agravantes y mixta. A las primeras, en atención a su virtualidad, las divi de en eximentes incompletas, atenuantes muy califica--das, y atenuantes ordinarias. Por lo que se refiere a las agravantes, no sin antes advertir la existencia / de muchos criterios posibles, las diferencia, en ra--zón de si están referidas al sujeto pasivo (mayor pe--ligrosidad); si están referidas al sujeto pasivo, las referentes a la ocasión del tiempo y lugar; las rela--cionadas con la motivación; y por último, en relación a los medios empleados (192).

Tanto para atenuantes como para agravantes, ARRO-YO de las HERAS, utiliza dos criterior clasificatorios según si se atiende al elemento del delito que afec--tan, o bien, atendiendo al sistema seguido por el le-

gislador. De esta forma, a las atenuantes, según el primer parámetro, las divide en: a). Las que afectan a la imputabilidad; b). Las que afectan a la culpabilidad; c). Las eximentes incompletas, y la de análoga significación, afectarán, en cada caso, al elemento del delito influido por la eximente; d). Y el arrepentimiento espontáneo, que al ser "post delitum", no afecta a ningún elemento del delito. Y según el segundo criterio, las clasifica en genéricas (parte general) y específicas (parte especial). Por lo que respecta a las agravantes, las divide según si alteran / la antijuricidad o la culpabilidad. Y por último, a la sistemática seguida por el legislador, distingue entre genéricas (parte general) y específicas (parte especial). Ahora bien, respecto a estas últimas, señala que desde un punto de vista técnico, son concreciones que inciden sobre una figura género y la convierte en figura agravada. Aunque también puede ocurrir / que formen parte del tipo. En cualquier caso, no son verdaderas circunstancias (193).

Varios son los criterios clasificatorios a los / que acude BUSTOS RAMÍREZ, siendo principalmente los siguientes:

- a).- Conforme a sus efectos en la determinación de la pena, distingue, atenuantes, agravantes y mixta.

- b).- Según su mayor o menor concreción en la ley, se dividen en nominadas (cuando la ley las - señala expresamente, artículos 9,10 y 11) e innominadas (aquellas que sólo están comprendidas de modo general mediante una clausula legal genérica, v.gr. el artículo 61-4º. Este sistema es recomendable para las atenuantes, pero para las agravantes, pues se vulneraría el principio de legalidad).
- c).- También se dividen en generales (aquellas que son en principio aplicables a todos los delitos, excepto lo dispuesto en el artículo 59) y específicas (son las que en la parte especial o en la parte general están señaladas / para uno o varios delitos determinados).
- d).- En relación a la comunicabilidad, se distinguen en personales (artículo 60, 1º) y materiales (artículo 60,2º).
- e).- Por su naturaleza, afirma, la "tendencia -- causalista" las clasifica en objetivas, subjetivas y mixtas. Pero hoy no puede realizarse tan tajante distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. De ahí, agrega, que deba atenderse al "aspecto valorativo", distinguiendo de una parte, las que están en / relación con el desvalor, de acto o de re-

sultado, y de otra, por lo que se refiere al sujeto responsable, se diferencian entre las que pueden conectarse con la exigencia de una determinada conciencia, y / las que pueden hacerlo con relación a la conducta exigida (194).

Una postura muy diferente es la sostenida por / QUINTERO OLIVARES, quién claramente distingue, de -- una parte, entre atenuantes agravantes y mixta, y de otra, entre "circunstancias especiales", eximentes / incompletas y circunstancias modificativas. Sin embargo, las dos primeras no las considera circunstancias en sentido estricto. Admite igualmente la denominación de "circunstancias genéricas". Ahora bien, a continuación afirma que "la doctrina penal española se ha esforzado tradicionalmente en clasificar las circunstancias modificativas de la responsabilidad / criminal. Ello no obedecía a un mero afán de lograr la pureza o perfección sistemática, sino al deseo -- evidenciado de indagar la naturaleza o razón de estas circunstancias". Por ello, afirma el artículo 60 es / una regla de transmisibilidad que no tiene otro sentido, por lo que resulta "inexistente" cualquier clasificación basada en él. Del mismo modo, tampoco -- acepta la agrupación de circunstancias en el ámbito de la antijuricidad o en el de la culpabilidad. Esta orientación tropieza con el inconveniente de cada po

sición dogmática sustenta su propia teoría acerca / del contenido y significado de los elementos del de lito, con lo que las posiciones se "personalizan" / en exceso. Añade además, otra serie de inconvenientes que transpasan los fines del presente apartado, por lo que serán abordados al tratar fundamento y / naturaleza jurídica de las circunstancias (195).

Trás este repaso a las obras de carácter general, debe hacerse mención a las principales monografías que han abordado el tema.

En primqer lugar, destaca la excelente exposición crítica realizada por DIEZ RIPOLLÉS, donde se señala una tendencia muy extendida en nuestra doctrina, consistente en estudiar y clasificar las circun stancias, mediante el establecimiento de una conexión, directa o indirecta, entre el análisis del / artículo 60, la naturaleza objetiva o subjetiva, y su referencia a los elementos del delito. Como se / verá en su lugar oportuno -en el momento de estudiar el fundamento y naturaleza jurídica de las circun stancias- se establecen una serie de relaciones unívocas e inflexibles entre estas tres órdenes de con sideraciones, que como el propio autor indica, no / son en modo alguno ni correctas ni satisfactorias. A los efectos que aquí nos interesan, basta señalar la existencia de esta acertada crítica frente a esta -

clase de criterios clasificatorios (196).

Por su parte, ALONSO ALAMO, distingue en primer lugar, entre circunstancias "generales" (artículos - 9,10 y 11) y circunstancias "especiales" (comprendidas en la especial). En segundo lugar, en base al -- artículo 60, las divide en "personales" (párrafo primero) e "impersonales" (párrafo segundo). (197). Y en tercer lugar, aceptando la diferenciación entre atenuantes, agravantes y mixta, desde un punto de vista "teleológico" y "valorativo" (es decir, según su atribución al injusto o a la culpabilidad), las clasifica del siguiente modo:

a.1).- Aumentan la gravedad del injusto, ya sea porque incrementan el desvalor / de la acción; o por la concurrencia de circunstancias mixtas (personales-impersonales), que también incrementan el desvalor de resultado (pudiendo a su vez distinguirse, según si suponen un peligro acentuado de consumación; un peligro para otros bienes jurídicos; una lesión del bien jurídico protegido).

a.2).- Agravan la culpabilidad: Bien porque pertenecen a la culpabilidad concebida subjetivamente; bien porque se trata de elementos de la actitud espiri-

tual; y en último término no distingue la reincidencia (198).

b).- Atenuantes:

b.1).- Las pertenecientes a la culpabilidad subjetivamente concebida.

b.2).- Las que constituyen elementos de la actitud espiritual.

b.3).- Las referentes a la imputabilidad disminuida.

b.4).- El arrepentimiento espontáneo.

c).- Mixta : En la que no lleva a cabo ninguna distinción (199).

Una correcta, aunque resumida exposición de las principales clasificaciones doctrinales de las circunstancias, puede verse en GARCÍA ARÁN. Para esta autora, merece especial crítica la distinción entre objetivas y subjetivas basadas en su naturaleza jurídica. Entiende una clasificación legal, aquella que distingue por su efectos, entre atenuantes, agravantes y mixta (200).

Para finalizar, MAQUEDA ABREU, realiza una clasi .

ficación fundada en la mayor o menor intensidad de la conexión de las circunstancias con la teoría jurídica del delito, distinguiendo:

- a).- Aquellas que viniendo recogidas en la parte general (artículos 9, 10 y 11) pueden condicionar con los límites del artículo 59- la penalidad de las diversas figuras delictivas, en razón a la mayor o menor gravedad del injusto o de la culpabilidad que conlleva su concurrencia.
- b).- Las que siendo reconocidas en la parte / especial, vienen a agravar o atenuar la pena del delito base al que van referidas (v.gra.artículo 516).
- c).- Aquellas otras, que estando igualmente previstas en la parte especial, se hallan incorporadas a un delito base, formando / una unidad valorativa con carácter propio, y pena independiente (v.gr.artículo 425).
- d).- Y finalmente, las que hacen aparecer un delito autónomo "distinto" al básico (201)

Hasta aquí, se ha realizado una exposición meramente descriptiva del estado de la cuestión en la

doctrina española. Como ya advertiéramos, nuestra / postura, y las críticas pertinentes, se reservan, - así como las conclusiones que se puedan alcanzar, para el próximo apartado.

B).- Los criterios de la clasificación en el Derecho comparado:

Interesa destacar, a grandes rasgos, el enfoque dado a la cuestión, en las doctrinas, francesa, alemana, y especialmente en la italiana. Ocupémonos de ellas por este orden:

b.1.- Francia:

La doctrina dominante suele clasificar las agravantes en "reales" (si se refieren a hechos exteriores) y "personales" (si atañen a la personalidad del agente) (202). Algunos autores añaden una tercera -- clase, la de circunstancias "mixtas" (203). Y otros utilizan indistintamente los términos "reales" y "objetivas", y, "personales" y "subjetivas" (204).

Otro criterio mayoritario en la clasificación / de las agravantes, es el que distingue entre circunstancias "generales" y "especiales". Las primeras serían comunes para todos los delitos. Y las segundas las referidas sólo a alguno o algunos en concreto -- (205).

Algún autor, también distingue entre las agravantes "legales" (previstas en la ley) y las "judiciales" (dependientes del arbitrio judicial) (206).

Por lo que respecta a las atenuantes se suelen / clasificar en "generales" y "especiales", atendiendo al mismo criterio seguido con las agravantes (207). / También se ha distinguido, en "legales" y "judiciales" (208).

b.2.- Alemania:

Partiendo de la aceptación existente entre causas atenuantes y agravantes, la doctrina mayoritaria, distingue a las primeras según sean nominadas o innominadas (209). Respecto a las segundas algunos autores también aplican la misma clasificación que para las atenuantes (210). Algún otro, caso de DREHER, las divide en "generales" (para todo tipo de delitos) y "específicas" (para determinadas figuras delictivas), que a su vez, pueden ser: Inherentes a los elementos exteriores del delito: Inherentes a la persona del autor; y circunstancias en que actúan varios sujetos (211). Sin embargo, el propio autor, como la doctrina mayoritaria, critican la existencia de circunstancias agravantes de carácter general, por entender que su técnica es sumamente peligrosa.

b.3.- Italia:

Si dijimos que en la doctrina española podían encontrarse una gran variedad de clasificaciones de las circunstancias, respecto a la doctrina italiana deberemos señalar en justicia, que todavía son más abundantes las existencias. La extraordinaria riqueza y variedad de este fenómeno, no puede sin embargo, y por razones muy obvias, obligarnos a realizar un tratamiento / similar al llevado a cabo en relación a nuestro país. Por ello, en vez de un análisis detallado por autor, - nos vamos a limitar a señalar los grandes criterios seguidos, y sus más fundamentales excepciones.

Antes de nada, debe nuevamente insistirse en la / gran labor desplegada por los autores italianos con el fin de diferenciar claramente, las circunstancias de / los elementos constitutivos del delito, en base fundamentalmente, a la función legal desempeñada por unos - y otros. En la literatura penal italiana se presta una especial atención a esta problemática (212).

Los principales criterios seguidos para clasificar las circunstancias son los siguientes:

1).- Por sus efectos, en agravantes y atenuantes (213).

2).- Según su esfera de aplicabilidad a todos o

a unos pocos delitos, se dividen en comunes o generales y especiales (214).

Excepcionalmente algún autor, como en el caso de FROSALI, emplea el término "generales" para designar a las innominadas o discrecionales (215).

- 3).- Por su naturaleza, según si conciernen a la cualidad del sujeto o a la materia del delito, se distinguen en subjetivas y objetivas.
Debe hacerse notar, que el artículo 70, da pie a tan tajante distinción, al diferenciar, de un lado, a las circunstancias referidas a la intensidad del dolo o grado de culpa; a la condición del culpable; y a las relaciones entre el culpable y el ofendido. Y de otro lado, las atinentes a la naturaleza, especie, modos, objeto, medios, tiempo, lugar y cualquier modalidad de la acción; y según la gravedad del daño y del peligro, y la condición personal del ofendido (216).
- 4).- En relación a la conducta se dividen en intrínsecas (si se refieren a la ejecución o consumación del hecho, caracterizándolo como grave o leve) y extrínsecas (no tienen relación con la ejecución o consumación, / consistiendo en hechos, eventos o relaciones sucesivas al agotamiento del delito (217).

- 5).- En relación a los elementos de los resulta, o si se quiere, según si comprenden o no al gún elemento de otra circunstancia, se distinguen en simples y complejas o compuestas (218).
- 6).- En base a si su contenido normativo está / más o menos precisado, se distinguen, desde el punto de vista de la tipicidad, en típicas (su contenido viene definido por la ley) o "genéricas" (confiadas al juez). Esta misma clasificación desde el punto de -- vista del juez, hablaría, de "determinadas o definidas" y de "innominadas, indefinidas o genéricamente expresadas" (219).
- 7).- Según si proceden, acompañan, o siguen a la acción, se dividen en "antecedentes, "conco- mitantes" y sucesivas o posteriores (220).
- 8).- Según si el juez viene obligado a aplicar-- las o por el contrario dependen de su arbitrio, se distinguen en "obligatorias y facul- tativas" (221).
- 9).- En atención, a si entre ellas existe una relación de admisión o rechazo, se clasifican en compatibles e incompatibles (222).

10).- En relación a la consciencia del agente, se distinguen en existentes o inexistentes (223), y para otros autores, en conocidas, desconocidas, y erróneamente supuestas (224).

11).- Un sector minoritario las clasifica en -- atención a si inciden o afectan al injusto o a su culpabilidad (225).

12).- Por su contenido se han dividido según si afectan a la naturaleza de la conducta; / al sujeto activo; a la relación causal; - al objeto material; o al sujeto pasivo -- (226).

Estas son las principales clasificaciones de las circunstancias realizadas por la doctrina italiana. - Obviamente existen muchas más, aunque por distintas / razones, no gozen del mismo predicamento entre los autores (227).

2.5.- Consideraciones críticas.

Dado el gran número de clasificaciones existentes, no es fácil, desde luego, aportar alguna novedad en este tema. Poco es, pues, lo que nos resta decir a nosotros. Pero dentro de este escaso margen si se hacen ne-

ésarias dos tipos de consideraciones. En primer lugar, una encaminada a precisar el valor, sentido y / alcance de los criterios clasificatorios seguidos, y ello analizado desde una doble perspectiva, según si se atiende a su necesidad dogmática o a su necesidad práctica. En segundo término, y a modo de conclusión, se exponen los criterios que a nuestro juicio resultan útiles, bien para el estudio del instituto de las circunstancias modificativas, bien para su efectiva aplicación y operatividad en la práctica jurídica.

2.5.1.- Precisiones acerca de los criterios de clasificación. Exámen de su valor, sentido y alcance

Hemos adelantado la necesidad de llevar a cabo este análisis, desde dos puntos de vista: Uno que atiende a su utilidad dogmática, y otro referente a su valor práctico.

A).- Necesidad dogmática:

Compartimos la opinión de COBO del ROSAL y VIVES ANTÓN, cuando advirtiéndolo la extrema técnica casuística seguida por el legislador al describir las circunstancias -sobre todo las agravantes-, señalan que su clasificación, por consiguiente, "no es indispensable, ni tampoco es obligada". Pues como mu-

cho, posee tan sólo una finalidad puramente expositiva, "que creemos no justifica las incorrecciones de naturaleza estructural que, sin duda, puede comportar cualquier intento clasificatorio, desvirtuando el sentido último de las agravantes" (228). De manera que, en vez de aportar claridad a su análisis, producen en numerosas ocasiones el efecto opuesto.

Pero además, a esta idea debe sumarse la reflexión ya transcrita de QUINTERO OLIVARES, en el sentido de que si bien la doctrina española se ha venido esforzando tradicionalmente en clasificar las circunstancias modificativas, "ello no obedecía a un -- nuevo afán de lograr la pureza o perfección sistemática, sino al deseo evidenciado de indagar la naturaleza o razón de ser de esas circunstancias" (229). -- Es decir, que para descubrir su fundamento y naturaleza jurídica se ha acudido a la arcaica, y hoy totalmente superada, distinción entre "objetivas", "subjetivas" y "mixtas".

Pero como un amplio sector de nuestra doctrina ha denunciado, en la actualidad, no es posible tan tajante distinción entre lo objetivo y lo subjetivo -- (230). Y menos todavía, si se establecen conexiones / equiparatorias entre objetivo-antijuricidad, y subjetivo-culpabilidad. Conectando a su vez, ambos binomios, con los párrafos segundo y primero respectiva-

mente, del artículo 60 del Código Penal (231).

Durante la vigencia del Derecho Penal clásico se elevó a una posición esencial para esta sistemática, la distinción entre objetivo y subjetivo (232), pero en su evolución, estas categorías juegan un papel muy secundarios en la teoría jurídica del delito. Y en el punto que nos interesa desempeñan una nula función -- dogmática.

Si tiene suma transcendencia en cambio, la referencia de las circunstancias a los elementos del delito, o por el contrario, quienes las explican acudiendo al ámbito de la función y fines de la pena. Ahora bien, tan fundamental elección, tampoco alcanza interés alguno desde la óptica que nos ocupa. Con ello no se quiere decir otra cosa, que si bien acudir a una y a otra explicación, supone entendimientos muy distintos del Derecho Penal --y por tanto concepciones muy --diversar del fundamento, concepto, naturaleza, función etc., de las circunstancias-- no es útil para concluir ninguna clasificación válida de las mismas. Responde en todo caso, a ópticas muy distintas de la disciplina, lo que de suyo no es poco (233).

Una cierta importancia dogmática posee la distinción entre circunstancias "nominadas", "típicas", "propias", "obligatorias" o "específicas", --tales son las

denominaciones dadas- y las circunstancias "innominadas", "judiciales", "impropias", "facultativas", o "genéricas". Esta clasificación responde al juego de dos criterios, a saber: Uno basado en la mayor o menor determinación del contenido de las circunstancias, esto es, según si están o no, total y taxativamente descritas en la ley; y otro, que atiende al grado de discrecionalidad que gozan los tribunales, o sea, al mayor o menor arbitrio judicial otorgado por la norma.

Ambas distinciones han ocupado un lugar destacado en la doctrina italiana, y en menor medida en la / alemana, por la vigencia de los artículos 133 y 46, - respectivamente (234).

Sin embargo, en nuestro Derecho positivo, el - ámbito de la problemática se reduce fundamentalmente a los artículos 2, 2º a la regla 4ª del artículo 61, / la atenuantes 10 del artículo 9, ampliamente tratados en nuestra doctrina (235). No nos ocupa la interpretación de ambos preceptos, pero si el hecho, de que ambos criterios se hallan íntimamente conectados, no ya a la cuestión de la determinación legal y judicial de la pena, sino a la vigencia del principio de legalidad y al reconocimiento de un marco, amplio o pequeño, del arbitrio judicial. Es por ello, por lo que desde el punto de vista dogmático nos parece de interés es-

ta distinción.

El resto de clasificaciones efectuadas en nuestra doctrina, o no tienen el más mero interés dogmático, o son derivaciones de las ya vistas, principalmente de la operada en relación a los elementos del delito o a la función y fines de la pena.

B).- Necesidad Práctica:

Desde el punto de vista de la efectiva aplicación de las circunstancias, resultan de sumo interés, las siguientes clasificaciones:

- 1).- La que distingue por sus efectos, entre --
atenuantes, agravantes y mixta.
- 2).- La que atiende a la virtualidad de las mismas, en atención a lo dispuesto en los artículos 61, 5º, 65 y 66 del Código Penal, esto es, cuando las atenuantes poseen una eficacia "extraordinaria" en la rebaja de la pena.
- 3).- La efectuada en virtud del artículo 60, en consideración a si son o no comunicables a los partícipes. De esta disposición, no cabe, sin embargo, deducir otras consecuencias. Se trata exclusivamente de una regla de transmisibilidad de las circunstancias.

- 4).- Igualmente adquiere importancia, la división de "nominadas" e "innominadas", y en "obligatorias" o "facultativas", por cuanto la jurisprudencia ha venido negando sistemáticamente la posibilidad de acudir al recurso de casación en los supuestos en -- que utiliza su discrecionalidad (236).
- 5).- Conlleva también importantes consecuencias la diferenciación entre "circunstancias genéricas o comunes" (parte general) y "circunstancias específicas o especiales" (parte especial), por cuanto a las segundas se les niega toda posibilidad de aplicación / de los artículos 58 y siguientes del Código Penal.
- 6).- Cobra asimismo interés, la división entre circunstancias compatibles e incompatibles, que debe fijarse obviamente, tras una exégesis de cada una de ellas, siempre basada en el principio del "ne bis in idem" material.

Las demás clasificaciones tienen nulo interés / desde esta óptica, incluyendo entre ellas, las que -- distingue entre "objetivas" y "subjetivas", porque / como ya hemos indicado, no posee ningún valor ni sentido, siendo imposible llevarla a cabo de forma ta--

jante, y si dogmáticamente resulta evanescente, poca utilidad práctica puede tener.

2.5.2.- Conclusiones.-

Extraer como primera conclusión, la excesiva inclinación de la doctrina a clasificar las circunstancias, parece por demás obvia. Como tampoco deja de serlo la necesidad de un replanteamiento de esta actitud. Y ello en consideración, no ya al abuso de la misma, sino más bien, a la exigua o nula necesidad dogmática y práctica.

Intimamente conetado a lo anterior, aparece quizás, la verdadera razón de éste, en ocasiones, abusivo uso de las clasificaciones, que no es, sino, el intento de hallar la respuesta a varios interrogantes / planteados en torno a su esencia. Se ha denunciado, a nuestro juicio con acierto, que tras estos intentos / se esconde una nada disimulada búsqueda de soluciones a tales interrogantes. Y aunque ello fuera cierto, y así lo parece, tampoco encuentra una justificación/ absoluta. Primero porque no es necesario para descubrir la "ratio", de las circunstancias, acudir a las clasificaciones. Y en segundo lugar, porque en definitiva todo va a depender de la opción básica: Conectar las circunstancias con la teoría del delito o / con la teoría de la pena.

Pero si en la actualidad resulta sumamente trascendente la referencia de las circunstancias a la / teoría jurídica del delito o por el contrario a la teoría de la pena, en cambio ha perdido toda utilidad, dogmática y práctica, la distinción en objetivas, subjetivas y mixtas, dado que una distinción / tan tajante es hoy por hoy imposible de realizar con éxito, y menos todavía si se vincula al artículo 60.

Si es convincente, en materia de atenuantes, la distinción entre aquellas que gozan de una virtualidad ordinaria y aquellas que posean una virtualidad extraordinaria. También lo es la clasificación efectuada en base a la mayor o menor determinación del / contenido de las circunstancias, y también en atención al grado de discrecionalidad que poseen los tribunales, hablándose así, de circunstancias "nomina--das" frente a las "innominadas", aunque no sea ésta la única denominación que reciben.

Tampoco debe olvidarse la importancia que tiene en nuestro sistema legal, la dicotomía entre "circunstancias comunes" (o genéricas), esto es, las descritas en la parte general, y "circunstancias especiales" (o específicas), recogidas en la parte especial, por cuanto unas y otras tienen atribuidos muy distintos regímenes jurídicos. De igual forma, la separación / entre circunstancias compatibles e incompatibles, y

circunstancias comunicables e incommunicables, conlleva trascendentales consecuencias en orden a su aplicación práctica. Ahora bien, tal clasificación sólo puede operarse desde un análisis particularizado de cada atenuante o agravantes, nunca desde complicadas construcciones dogmáticas, que únicamente comportan una / mayor confusión del tema.

Pero la clasificación por excelencia de las circunstancias, en la que, según el propio Código Penal, distingue por sus efectos, en atenuantes, agravantes y mixta, pues es aquí donde aparece subrayado el papel fundamental del instituto, que no es otro que el de modificar la pena abstractamente señalada por la ley al delito.

En cualquier caso, a modo de conclusión final, la tarea de clasificar las circunstancias no es obligatoria ni desde un punto de vista práctico ni dogmático. Si ello es así, y así parece ser, no deben llevarse a cabo si no resulta útil para su comprensión o para su aplicabilidad. Y sí no existe ninguna de estas ventajas convendremos en que no sólo no son necesarias, sino que en ocasiones, son puramente gratuitas, y peor / aún conducentes a confusión dogmática y práctica.

NOTAS: CAPITULO II. CONCEPTO Y CLASES DE

=====

CIRCUNSTANCIAS.

=====

- (1).- Vid. Spra. Introducción.
- (2).- Al referirnos a interpretación, lo hacemos aquí, en sentido estricto, esto es, como / la fase que consiste en establecer el sentido inmediato de las leyes; y no en su -- sentido más amplio, en el cual toda la ciencia del Derecho Penal podría decirse que es interpretación. Al respecto vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., "Derecho Penal. Parte General". Valencia 1984, pág.102.
- (3).- Las incursiones en la teoría general del Derecho y en la Lógica han sido realizadas de modo muy limitado, pues su único sentido es triba de una parte en servir de punto de partida en nuestra investigación, en tanto en / cuanto ayuden a centrar el problema. Y de -- otra, en allanar los siempre escabrosos conflictos terminológicos, que como tendremos / ocasión de comprobar, también oscurecen el -- estudio del concepto, oscurecimiento que a -- la larga proyecta sus sombras a otras partes

del análisis de las circunstancias, dificultando enormemente la formulación de una teoría general de las mismas.

- (4).- Vid. respectivamente supra. cap.I, apartado 2.1, e infra cap. II, apartado 1.3.
- (5).- Vid. DIEZ PICAZO, L: "La interpretación / de la ley". Valencia 1970.págs. 19 y ss.
- (6).- PFANDRE, A.: "Lógica", trad. J. Pérez Bancas. Madrid 1933, pág. 147.
- (7).- Vid. "The Encyclopedia of Philosophy", vol. I. New York 1967, pág. 177.
- (8).- Cuando se habla de los distintos "usos conceptuales" o de un "tipo del uso conceptual" en realidad lo que se está tratando de explicar es el verdadero sentido y alcance de la expresión "tener un concepto "x" ". Así la interpretación más comunmente admitida, / entiende que "tener un concepto "x" " puede significar una de estas tres posibilidades: a). Conocer el significado de la palabra - "x"; b). Identificar una presencia de "x" o también conocer el sentido de "x" cuando no está presente; y c). Conocer la naturaleza de "x", haber asimilado las propiedades que.

- la caracterizan y hacen de ella lo que es. Cualquiera de las tres alternativas es -- igualmente válida, dependiendo su utilización de la eficacia y operatividad que -- aporten al desarrollo de un determinado / sistema. -cfr. "The Encyclopedia of Philosophy". ob. y loc. cit. págs. 177 y 178.
- (9).- Vid. "The Encyclopedia of Philosophy", ob. cit., págs. 178 y 179.
- (10).- Sobre el problema vid. "The Encyclopedia of Philosophy", ob. cit. Vol. II, Págs. 314 y ss., y bibliografía allí citada.
- (11).- En relación al tema del contenido y extensión de los conceptos, puede verse PFANDER A.: "Lógica", ob. cit., págs. 154 y 155, y 171 a 173.
- (12).- Vid. GARCIA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto jurídico", México 1959, págs 21 y 22.
- (13).- Vid. PFANDER, A., ob. cit., págs 149 y ss.
- (14).- Cfr. "The Encyclopedia of Philosophy" ob. cit., vol. II, págs. 314 y ss.
- (15).- Vid. NINO, C.S.: "Introducción al análisis .

del Derecho". Barcelona 1983, págs. 14.

- (16).- Vid. HOHFELD, W.N., : "Conceptos jurídicos fundamentales" (trad. G.R. Carrió, Buenos Aires 1968, págs. 32.
- (17).- Vid. NINO, C.S., "Introducción ..." ob. cit., págs. 12.
- (18).- Vid. PFANDER, A. ob. cit, pág. 149.
- (19).- Vid. GARCIA MAYNEZ, E. : "Lógica del concepto ..." ob. cit., págs. 13 y 14.
- (20).- Vid. GARCIA MAYNEZ, E., "Lógica del concepto ...", ob. cit., págs. 18 y 19.
- (21).- Vid. PFANDER, A.: "Lógica", ob. cit., -- pág. 150.
- (22).- Precisamente en virtud de esta línea argumental se distingue tradicionalmente / entre "objeto forma" -el objeto tal como es pensado- y el "objeto material" -el -objeto tal y como es- cfr. PFANDER, A.: "Lógica", ob. cit., págs. 150 y 151.
- (23).- Vid. ENGISCH, K.: "La idea de concreción en el Derecho y en las Ciencias jurídicas"

(trad. J.J. Gil Cremades). Pamplona --
1968. pág. 306.

(24).- Sobre el tema vid, por todos BOBBIO, N.:
"Giusnaturalismo e positivismo giurídico"
Milano 1965, págs. 105, 125 y ss.; y 147
y ss. principalmente.

(25).- Cfr. GARCIA MAYNEZ, E: "Lógica del concep
to ...", ob. cit. págs. 80 a 87.

(26).- GARCIA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto .
...", ob. cit. pág. 86.

(27).- Así pues, la formación de conceptos jurí
dicos seguirá el método "generalizador"
propio de las Ciencias Naturales, y no /
el "ideográfico" utilizado por la Histo-
ria. Cfr. GARCIA MAYNEZ, E: "Lógica del
concepto ..." ob. cit., págs. 33 y ss.

(28).- Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "Naturaleza
de los conceptos jurídicos y límites de/
la individualización penal". (III Jorna-
das de Profesores de Derecho Penal). San
tiago de Compostela, 1976. págs. 310 y -
311.

- (29).- Con carácter general puede verse sobre el tema 1 obra de BOBBIO, N.: "Contribución a la teoría del Derecho" (trad. A. Ruiz - Miguel). Valencia 1980, págs. 293 y ss.
- (30).- VIVES ANTÓN, T.S.: "Dos problemas del positivismo jurídico", en "Escritos Penales". Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal. Valencia 1979, pág. 355.
- (31).- VIVES ANTÓN, T.S.: "Dos problemas", - ob. cit. pág. 359.
- (32).- En este sentido, VIVES ANTÓN, T.S. "Dos problemas ...", ob. cit., págs 355, advierte que aunque los valores generales / se expresan, obviamente, en conceptos de contenido general, " ello no significa / que esa generalización sea del mismo tipo que la llevada a cabo en el seno de las - ciencias naturales".
- (33).- Con carácter general, puede verse una amplia clarificación de los conceptos jurídicos efectuada desde diversas pespecti--vas en GARCIA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto ...", ob. cit, págs. 88 a 192.

- (34).- Por las razones apuntadas tampoco vamos a ocuparnos ni tan siquiera de las clasificaciones más fundamentales. No obstante, éstas pueden verse a título de ejemplo en POPPER, K.R.: "La Lógica de la investigación científica" (trad. V. Sánchez de Zavala). Madrid 1971, págs. 62 y ss.; PFANDER, A.: "Lógica", ob. cit., págs. 155 a 201.; y ENGISCH, K.: "La idea de cocreación ...", ob. cit. págs. 191 a 348.
- (35).- Por nuestra parte, la selección de este / criterio no supone descartar otras vías de solución al problema. Sin embargo, una discusión previa para dilucidar la corrección de ésta u otras alternativas no es posible. Habrá que esperar hasta ver cual de ellas resulta capaz de explicar mejor, y / en su conjunto, los distintos conflictos surgidos en nuestro Derecho, tanto desde / una perspectiva teórica como práctica.
- (36).- Precisamente en ello consiste la técnica de la argumentación jurídica. En el mismo sentido vid. LARENZ, K.: "Metodología de la Ciencia del Derecho" (trad. M. Rodríguez Molinero) 2ª ed. Barcelona 1980, pág. 507.

- (37).- PFANDER, A.: "Lógica", cit. pág. 188.
- (38).- En general sobre los "conceptos funcionales puros" y sus clases, puede verse -- PFANDER, A.: "Lógica", cit., págs. 185 a 192.
- (39).- Vid. PFANDER, A. : "Lógica", cit., pág. 201.
- (40).- Este es el caso de GARCIA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto ...", cit., págs. 107 a 112, quien al clasificar los conceptos jurídicos desde el punto de vista del objeto a que se refieren, acoge los llamados "conceptos funcionales puros", admitiendo su intervención en el campo jurídico con idéntico sentido al hasta ahora visto. / Ahora bien, los "conceptos funcionales puros" no son todavía los "conceptos determinados por su función", por cuanto los primeros son ciertas partículas que desempeñan un cometido meramente lógico, mientras que los segundos, como a continuación veremos, no son conceptos funcionales en sentido estricto, por cuanto poseen un contenido material y están referidos a objetos.

(41).- Cfr. LARENZ, K. : "Metodología de la Ciencia ...", cit., págs. 473 a 478. Explica el autor como el Derecho Privado trabaja con un concepto de negocio jurídico determinado por la función, entendiéndolo como medio de autonomía privada, desde donde / se trata de comprender toda la problemática ligada a él. En el Derecho Penal, como ya señalamos en el texto, el ejemplo característico lo constituye la antijuricidad. También aquí, es necesario recordar, que no se trata de "conceptos funcionales puros" como los entendiera PFANDER, pues éstos si que poseen en cualquier caso un contenido material bien claro, como sucede, por ejemplo, con la antijuricidad. En cualquier caso, debe tenerse presente que, al menos desde la óptica de un sistema determinado, todos los conceptos vienen determinados por la función que en él desempeñan, siendo por tanto ésta, una característica común a todos ellos.

(42).- Vid. MERKEL, A.: "Derecho Penal". Tomo I. (trad. P. Dorado.). Madrid, S.F., págs. 371 a 377.

(43).- Vid. DREHER, E.: "La notion et le syste-

me des circonstances aggravantes en droit allemand" (Revue Internationale de Droit Pénal, 1965).., pág. 289.

- (44).- Vid. Von LISZT, F.: "Tratado de Derecho Penal", Tomo III, (trad. L. Jiménez de Asúa), 2ª ed., Madrid 1917, pág. 340.
- (45).- Vid. MAURACH, R.: "Tratado de Derecho Penal", Tomo II, (trad. J. Córdoba Roda), Barcelona 1962, pág. 530.
- (46).- Vid. WELZEL, H.: "Derecho Penal (Parte - General)", (trad. C. Fontán Balestra).-- Buenos Aires 1956, págs. 249 a 256.
- (47).- Vid. por todos, DREHER, E. "La notion et le systeme ...", ob. cit., pág. 288; y - JESCHECK, H-H. : "Tratado de Derecho Penal". (trad. y adiciones S. Mir Puig., y Muñoz Conde), Vol. II, págs. 1205 y ss.
- (48).- Esta idea queda muy claramente expresada en la obra de STEFANI, G., y LEVASSEUR, G.: "Droit Pénal general et procedure pénale". Tome I, Sixieme édition, París 1972 págs. 470 y 471.

- (49).- Vid. supra. capítulo I, apartado 2,2.
- (50).- No es posible destacar a ningún autor en este aspecto. Sirven pues de ejemplo, to dos los autores, sin excepción, citados/ en adelante, y muy especialmente si cabe, los incluidos en la nota inmediatamente siguiente.
- (51).- Vid. DONNEDIEU DE VABRES, H.: "Precis de Droit Criminal", París 1946, págs. 167 y 184; VOVIN, R. et. LEAUTÉ, J.: "Droit Pénal et Criminologie". París 1956, págs. 240 a 246; CONSTANT, J.: "Precis de Droit Pénal", Lieja 1967, págs. 495 a 513; VIDAL, G.: "Cours de Droit Criminel et de / sciencia pénitentiaire". Cinquième édition. (Revué et mise par J. Magnol). París 1916, págs. 383 y 393; y MERLE, R. et. VITU, A.: "Traté de Droit Criminel". Deuxième édition París 1973, págs. 770 a 798.
- (52).- GARRAUD, R.: "Traité theorique et pratique de Droit Pénal Francaise". Tome deuxième. Troisième édition. París 1914, pág. 756.
- (53).- Vid. GARRAUD, R.: "Traité théorique et ..."

ob., cit., págs. 712 y 713; CHAVANNE, A.: "les circonstances aggrantes en droit français" (Revue Internationale de Droit Pénal), 1965, págs. 527 y ss.; TISSOT, J.: "El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo" (trad. J. Ortega García, y notas de A. García Moreno) Tomo I. Madrid 1880, pág. 85.; BOUZAT, P., et PINATEL, J. : "Traité de Droit Pénal et de Criminologie". Tomo I. Deuxième édition. París 1970, págs. 657 y 658.

- (54).- En este sentido vid. GARRAUD, R.: "Traite théorique et ...", ob. cit., pág. 712 y 713; VOVIN, R. et LEAUTÉ, J.: "Droit Pénal et ...", ob. cit. pág. 241; BOUZAT, P. et PINATEL, J.: "Traité de Droit Pénal ..." ob. cit., págs. 657 y 658.
- (55).- Vid. DONNEDIEU DE VABRES, H.: "Precis de Droit ...", ob. cit. pág. 169.
- (56).- Vid. supra capítulo I, apartado 2.3., y bibliografía allí citada.
- (57).- Vid. PESSINA, E.: "Elementos de Derecho Penal". vol. I, (trad. H. González del Castillo). Madrid 1892, pág. 340. Puede

verse también, LOMBROSSO, C: "El delito, sus causas y remedios", (trad. C. Bernaldo de Quirós). Madrid 1902, Parte Primera; "Etiología del delito", donde se describen todas las causas que pueden influir en el delito.

- (58).- Vid. CARRARA, F.: "Programma del Corso de Diritto Criminales", Vol. I, undécima edición, Firenze 1924, págs 194 y ss. Vid. también del mismo autor: "Programa de Derecho Criminal", tomo II, Bogotá 1957, - págs. 95 y ss.
- (59).- En este sentido, vid.,: ANTOLISEI, F.: "Manuale di Diritto Penale (parte general)", 2ª ed. Milano 1975, págs. 347 y ss.; BARCETTA CALDARERA, G., et. CUCHIARA, D.: / "Les circonstances aggravantes autres que le concours d'infractions et la récidive en droit italien" (Revue Internationale de Droit Pénal), 1965, págs. 633 y ss.; BATTAGLINI, G.: "Diritto Penale (parte generale)". 3ª ed. Pádova 1949, págs.381 a 383; BETTIOL, G.: "Derecho Penal (parte general)". Bogotá 1965, págs. 441 a 445; CARNELUTTI, F.: "Teoría general del delito" (trad. Victor Conde), Madrid 1941

págs. 45 y 46; CAVALLO, V.: "Diritto Penale (parte generale)", Vol. II, Nápoles -- 1955, págs. 385 y ss.; CICALA, S.: "Studi e questioni di Diritto Penale", Roma 1939, pág. 66; COCURULLO, B.: "Le circostanze - del reato", Napoli 1940, págs. 4 a 6.; / CONCAS, L.: "Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi" (Archivio Penale, 1974, vol XXX, págs. 347 y ss.; CONTENTO, G.: "Introduzione allo studio/ delle circostanze del reato", Napoli 1963, págs. 4 a 6; COSTA, S.: "Circostanze oggettive e soggettive del reato" (Nuevo Digesto Italiano, vol.III), Torino 1938, págs. 164 y ss.; FLORIAN, E.: "Trattato di Diritto Penale (parte generale)", Tomo II, Milano 1934, pág. 399.; FROSALI, R.A.: "Sistema penale italiano", vol. I., Torino -- 1958, págs. 576 y ss.; MAGGIORE, G.: "Derecho Penal", Vol. II. Bogotá 1972, págs. 3 a 5; MARINI, G.: "Le circostanze del / reato. Parte Generale". Milano 1965, págs. 1 a 32; de MARSICO, A.: "Diritto Penale - (parte generale)". Napoli 1969, pág. 153; MUSOTTO, G.: "Corso di Diritto Penale". Vol. I (parte generale). Palumbo 1964, -- pág. 189.; NUVOLONE, P.: "Les circonstances aggrauvantes en droit italien" (Revue Internationale de Droit Pénal), 1965, pá

gina 605 y ss.; y del mismo autor, "II sistema del Diritto Penale", Padova 1975, pág. 401 y ss.; PANNAIN, R.: "Manuale di Diritto Penale (parte general)", Vol. I, 3ª ed. Torino 1962, págs. 421 a 423; PAOLI, G.: "le circostanze di reato nel progetto definitivo di Codice Penale" (en, "II Progetto Rocco nel pensiero giurídico contemporáneo", VIII), Roma 1930, págs. 295 y ss.; PETROCELLI, B.: "Principi di Diritto Penale", Vol. I, 2ª ed. Napoli 1964, págs. 237 y - 238; RANIERI, S.: "Manuale di Diritto Penale (parte general)". Tomo I, Padova 1968, pág. 358; SANTORO, A.: "Manuale di Diritto Penale", Tomo I., Torino 1958, págs. y ss. y del mismo autor, "Circostanze del reato" (Novíssimo Digesto italiano, vol. III, 3ª ed.), Torino 1957, págs. 265 y ss. y también, " Le circostanze del reato", 2ª ed. Torino 1952, págs 2 y ss. de VERO, G.: -- "Circostanze del reato e commisorazione della pena". Milano 1983, pág. 3.

(60).- Sobre esta disputa, vid. CONTENTO, G.: -- "Introduzione allo studio delle circostanze", ob. págs, 3 a 6, y bibliografía allí citada.

- (61).- Vid. PAGLIARO, A.: "Principi di Diritto Penale ...", ob. cit. pág. 439; ANTOLISEI, E.: "Manuale di Diritto Penale ..." ob. cit. págs. 347 y ss.; SANTORO, A. : "La circostanze del reato", ob. cit. -- págs. 2 y ss., y del mismo, "Circostanze del reato" (Novíssimo Digesto italiano, vol. III, 3ª ed.), Torino 1957, pág. 264 y ss.; CONCAS, L.: "Circostanze del reato ed elementi specializzanti costitutivi", ob. cit., págs. 345 y ss.: BARLETTA CALDERERA, G. y CUCCHIARA, D.: -- "Les circonstances aggravantes autres..." ob. cit. págs. 637 y ss.
- (62).- Una interesante crítica a la accidentalidad como característica de las circunstancias, puede verse ampliamente en BOSCARELLI, M.: "Elementi di Diritto Penale", - Vol. II, Milano 1967, pág. 2 y del mismo autor, : "Compendi di Diritto Penale (parte segunda)", 2ª ed.. Milano 1976, págs. 188 y ss.; y PAGUARO, A.: "Principi di Diritto Penale", ob. cit. pág. 441.
- (63).- Vid. FROSALI, R.A.: "Sistema penale italiano", ob. cit. págs. 575 y ss.; COSTA S.: "Circostanze oggettive e soggettive del reato", ob. cit., págs. 164 y ss.:

COCURULLO, B.: "Le circostanze del reato", ob. págs. 4 y ss.; MARINI, G.: "Le circostanze del reato ...", ob. cit., - págs. 1 y ss.; de VERO, G., : "Circos-- tanze del reato e commisurazione ...", ob. cit., págs. 3 y ss.; ANTOLISEI, F.: "Manuale di Diritto Penale", ob. cit., págs. 347 y ss.

- (64).- Diccionario de la Lengua Española. Real Academia de la Lengua Española. Decimonoventa edición, 1970.
- (65).- Vid. RAWLS, J.: "Teoría de la justicia", (trad. M.D. González), México 1978, pág. 152.
- (66).- En este sentido GARCÍA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto ...", ob. cit., pág.30.
- (67).- BOBBIO, N.: Teoría della scienza giurídica", Torino 1950. pág. 231.
- (68).- En esta mutilada reproducción de los preceptos legales, tan sólo se ha pretendido mostrar la utilización abundante y no unitaria de la voz "circunstancia". Para lograr este objetivo, no se ha creído nece-

sario una fiel y exacta transcripción de los mismos, aunque ello conlleve en ocasiones importantes cercenamientos y una falta de aprehensión del sentido total - de las normas. Si hemos logrado nuestro objetivo nos damos por satisfechos, aunque rogamos nos sea excusada la incalificable mutilación del Código Penal.

(69).- Vid. HOHFELD, W.U.: "Conceptos jurídicos fundamentales", ob. cit., pág. 32.

(70).- A este respecto debe recordarse que no / se puede convertir a las palabras en juez último de los hechos que designan. Vid. en este sentido, AUSTIN, J.L.: "Alegato en / pro de las excusas", en "El Lenguaje común" de V.C. CHAPPEL (trad. J.R. Capella Madrid 1971, pág. 65.

(71).- Dentro de este contexto es necesario no / perder de vista el conflicto planteado - por la existencia, junto a las circuns--tancias contenidas en la parte general / del Código Penal, de circunstancias descritas en las distintas figuras de la parte especial, y si gozan o no del mismo / régimen jurídico de aquellas. Es en la -

solución de esta problemática donde no ha reinado en absoluto la unanimidad ni la uniformidad judicial.

- (72).- Siempre y en todo lugar, nos estamos refiriendo a un concepto global del término / circunstancia, y no desconocemos la existencia de los distintos conceptos de cada una de las circunstancias, que en muchos/casos, sí están formulados en la jurisprudencia.
- (73).- Sentencia de 27 de Octubre de 1894 (nº 134, tomo 53, Jurisprudencia Criminal, en adelante J.C.).
- (74).- Vid. sentencia de 7 de Febrero de 1986 -- (nº 572, Repertorio Aranzadi, en adelante, R.A.).
- (75).- Sentencia de 4 de Mayo de 1883, (nº 7069, tomo 28, J.C., subrayado propio).
- (76).- Vid. sentencias, entre otras muchas, de 10 Marzo 1871 (nº 205, tomo 2); 7 Octubre 1871 (nº 522, tomo 3), 12 Febrero 1872 (nº 823, tomo 5), 30 Abril 1872 (nº 991, tomo 6); 6 Abril 1872 (nº 936, tomo 6); 29 de Agosto 1872 (nº 1184, tomo 7); 1 Marzo 1880 ---

(nº 5394, tomo 22); 17 Diciembre 1880 --
(nº 5755, tomo 23; 10 Agosto 1881 (nº ..
6125, tomo 25); 20 Junio 1892 (nº 309, to
mo 48), etc. todas ellas en J.C.

(77).- Sentencia de 21 Marzo 1978 (nº 1047, R.A.)
Subrayado propio.

(78).- Sentencia de 19 Mayo 1981 (nº 2241, R.A.)
En el mismo sentido, sentencia de 16 de -
Junio 1978 (nº 2638, R.A.).

(79).- En este sentido, vid por todas las sen--
tencias de 22 de Octubre 1984 (nº 5022,
R.A.). y 27 Noviembre de 1984 (nº 6662,
R.A.).

(80).- Sentencia de 22 de Junio 1982 (nº 3573,
R.A.).

(81).- SEIJAS LOZANO de M.: "Teoría de las Ins-
tituciones jurídicas". Tomo II, Madrid,
1842, págs. 468 y 469.

(82).- GARCIA GOYENA, F.: "Código criminal es--
pañol según las Leyes y prácticas, comen-
tado y comparado con el Código Penal de
1822, el francés y el inglés". Tomo I, -

Madrid 1843, pág. 68.

- (83).- GALILEA, A.: "Exámen filosofico-legal de los delitos". Tomo I, Madrid 1846, pág. 122.
- (84).- VIZNANOS DE, T.M., y ALVAREZ MARTINEZ, C.: "Comentarios al Código Penal". Tomo I, Madrid 1848, págs. 106 y 289.
- (85).- VICENTE Y CARAVANTES, L.: "Código Penal / reformado, comentado novísimamente". Madrid 1851, pág. 83.
- (86).- CÁRDENAS DE, F. : "Comentarios y observaciones sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias atenuantes", en el Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y administración. Tomo VI. Madrid 1849, pág. 3.
- (87).- CÁRDENAS DE, F.: "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias agravantes". ob. cit., págs. 212 y 213.
- (88).- Vid. respectivamente, VIZMANOS DE, T.M. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C., ob. cit., págs. 289;

VICENTE Y CARAVANTES, J., ob. y loc. cit. pág. 83; y CÁRDENAS, F.: "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias agravantes", ob. cit., pág. 214.

(89).- PACHECO, J.F.: "Código Penal concordado y comentado", 4ª ed. Tomo I. Madrid 1870, - págs. 182 y 183.

(90).- Vid. respectivamente, AZCUTIA, M.: "La - Ley penal". Madrid 1876, pág. 155; RAMIRO RUEDA, R.: "Elementos de Derecho Penal". Santiago 1886, pág. 179; HIDALGO GARCÍA, J.A.: "Interpretación usual de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal". Lugo 1902, Prólogo, - págs. I, V, VI.; y ESCRICHE, J.: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". Tomo II, Madrid 1874, pág. 277. Así, para el primer autor citado, las / circunstancias acompañan al delito. Y - aunque resulte inalterable el mal de éste, influyen en sus consecuencias. Graduan el daño causado (págs. 160 y 161). Idéntica postura es la recogida en la Enciclopedia Jurídica Española (Seix), Tomo V., voz "circunstancia". Barcelona 1910, págs. 626 y ss.

- (91).- SANTAMARIA DE PAREDES, V.: "Principios - del Derecho Penal con aplicación al Código español". 2ª ed. Madrid 1872, págs.-- 220 y 223. La "accidentalia", decía, está constituida por "aquellos hechos o circunstancias que concurren en la violación del Derecho, no previstas por el Legislador al pensar cada delito, y que son causa de la mayor o menor importancia de éste, disminuyendo o aumentando la responsabilidad del agente" (pág. 224).
- (92).- VALDÉS RUBIO, J. : "Programa razonado de un curso de Derecho Penal según los principios y la legislación". Madrid 1889, - pág. 230. También este autor opera con / una distinción entre circunstancias agravantes y circunstancias cualificativas, según si suponen una mayor perversidad o un mayor incremento del dolo (págs. 233 y 234).
- (93).- DORADO MONTERO, P.: "El Derecho protector de los criminales". Madrid 1915. págs.142 y ss.
- (94).- ANTÓN ONECA, J.: "Derecho Penal". Madrid 1922, pág. 88. A destacar en este autor

su seguimiento a la hora de tratar este tema de la célebre distinción de CARRARA entre "fuerza moral y fuerza física" (págs. 85 y ss.); CASTEJÓN, F.: "Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870". Vol. II. Madrid 1926, págs. 193 a 195.

- (95).- MONTES, J.: "Derecho Penal español". Parte General, Vol. I. Madrid 1917, págs. 422 y 423; y CASTEJÓN, F., ob. cit., págs. 193 a 195.
- (96).- GROIZARD y GÓMEZ de la SERNA, A.: "El Código Penal de 1870, concordado y comentado". 2ª ed. Tomo I. Madrid 1902, págs. 413 y - 419.
- (97).- LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M.: "Apuntes de Derecho Penal". Primera Parte. Valencia 1886 págs. 149 y 150.
- (98).- SILVELA, L.: "Derecho Penal, Estudiante en principios y en la legislación vigente en España". Primera Parte. Madrid 1879, págs. 185 y 186.
- (99).- SILVELA, L., ob. cit., pág. 189. En el mismo sentido se pronuncian CASTAO Y OROZCO - DE, J., y ORTIZ de ZÚÑIGA, M.: "Código Pe-

nal explicado para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones." Tomo Primero. Granada 1848, pág. 84.

- (100).- SILVELA, L., ob. cit. pág. 352.
- (101).- SILVELA, L., ob. cit., págs. 352 y ss.
- (102).- SILVELA, L., ob. cit. Parte Segunda, página 215 y ss.
- (103).- Cfr. JARAMILLO GARCÍA, A.: "Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870". Vol. I. Libro I., Salamanca - 1928, pág. 133; MONTES, J.: "Derecho Penal español", 2ª ed. Vol. II. Parte General. San Lorenzo de El Escorial 1929, páginas 201 y ss.; y CUELLO CALÓN, E.: "El nuevo Código Penal (Exposición y comentario)". Libro Primero. Barcelona 1929, -- págs. 115 y ss.
- (104).- Cfr. NUÑEZ de CEPEDA, H.: "1870 -Código Penal- 1932". La Coruña 1932, págs. 30 y ss.; LÓPEZ-REY y ARROJO, M., y ÁLVAREZ - VALDÉS, F.: "El nuevo Código Penal", Madrid 1933, págs. 41 y ss.; y LÓPEZ-REY y ARROJO, M.: "Atenuantes: Naturaleza y --

elementos. Atenuantes análogas", en Revista de Derecho Público, 1936, págs. 58 y -
ss.

(105).- Para comprobarlo basta un somero repaso -
de la bibliografía existente.

(106).- JIMÉNEZ de ASÚA, L.: "La Ley y el delito. Principios de Derecho Penal". Quinta edición. Buenos Aires 1967, pág 443. Resulta asimismo muy interesante, su erudita exposición acerca de lo que doctrinalmente se entiende por gravedad del delito. Problemática que abordaremos en su lugar oportuno (págs. 444 y ss.

(107).- FERRER SAMA, A.: "comentarios al Código -
Penal". 1ª ed. Tomo I., pág. 266.

(108).- CUELLO CALÓN, E.: "Derecho Penal" (Revisado por C. Camargo Hernández). Tomo I. Parte General. Vol. II. Decimo-séptima edición. Barcelona 1975. págs. 571. y ss.

(109).- PUIG PEÑA, F.; "Derecho Penal. Parte General". Tomo II. Sexta ed. Madrid 1969, pág. 57.

- (110).- PUIG PEÑA, F., ob. cit. pág. 134. En -- idéntico sentido se promuncia en "Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix) ", voz -- "circunstancias modificativas". Tomo IV. Barcelona 1952, pág. 156.
- (111).- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Compendio de Derecho Penal". Vol. I. Madrid, 1958. Pág. 327.
- (112).- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Curso de Derecho Penal". Tomo I. Madrid 1963, pág. - 410. Por todo ello dirá que el lugar -- más adecuado para su estudio parece ser el dedicado a la punibilidad.
- (113).- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Comentarios al / Código Penal", 2ª ed. (renovada por T. Gimbernat Ordeig). Madrid 1966, pág. 201. semejante postura sostiene en "La influencia del Derecho Penal español en / las legislaciones Hispanoamericanas". Madrid 1953, págs. 201 y ss.
- (114).- DEL ROSAL, J.: "Derecho Penal español- (lecciones)". 3ª ed. Madrid 1960, págs. 247 y 248. Del mismo autor y con idéntico sentido, "Tratado de Derecho Penal

(Parte General)". Vol. II. Madrid 1972, 487 y 488.

- (115).- SAINZ CANTERO, J.A.: "Derecho Penal". - U.N.E.D., Madrid 1974, pág XXIX/5.
- (116).- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal / español. Parte General". 9ª ed., revisada por A. Serrano Gómez. Madrid 1985, pág. 689 y 691. También asegura que "su lugar adecuado dentro del sistema se encuentra entre los presupuestos de la pena, esto/ es, entre los elementos del delito".(689)
- (117).- RODRIGUEZ DEVESA, J.M., ob. cit., pág.694.
- (118).- COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal. Parte General". Valencia 1984, pág. 737.
- (119).- COBO del ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit., pág. 739.
- (120).- MIR PUIG, S.: "Lecciones de Derecho Penal" Barcelona 1984. págs. 553.
- (121).- GÓMEZ BENITEZ, J.M.: "Teoría jurídica -- del delito. Derecho Penal. Parte General". Madrid 1984, págs. 197 y ss.

- (122).- GÓMEZ BENITEZ, J.M.; ob. cit., págs.443 y ss.
- (123).- BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Manual de Derecho Penal español". Parte General". Barcelona 1984. pág. 413.
- (124).- RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Compendio de Derecho Penal (Parte General)". 2ª ed. Ma--
drid 1985, págs. 271 y 272.
- (125).- ARROYO de las HERAS, A.: "Manual de Derecho Penal. El delito". Pamplona 1985, --
págs. 447 y 448, y 525 y ss.
- (126).- BACIGALUPO, E: "La individualización de/
la pena en la reforma penal". (Revista -
de la Facultad de Derecho de la Universidad
Complutense, nº 3, monográfico). Ma-
drid 1980, pág. 63.
- (127).- ALONSO ALAMO, M: "El sistema de las cir-
cunstancias del delito. Estudio general".
Valladolid 1981, pág. 193. (subrayado en
el original).
- (128).- ALONSO ALAMO, M., ob. cit. págs. 194 a
207.

- (129).- ALONSO ALAMO, M., ob. cit., págs. 207 a 312. La autora llega a las soluciones - transcritas tras una larga argumentación y exposición de las doctrinas española y extranjera. Por nuestra parte, nos limitamos aquí, únicamente a reflejar las -- conclusiones por ella aportadas, pues de otro modo, nos veríamos en la necesidad de reproducir casi por entero su amplio trabajo.
- (130).- ALONSO ALAMO, M., ob. cit., págs. 313 a 327 (subrayado en el original).
- (131).- ALONSO ALAMO, M., ob. cit., págs. 329 a 335. En similares términos se expresa en: "La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del De recho Penal" (Cuadernos de Política Criminal, en adelante C.P.C., nº 19), 1983, / págs. 5 y ss.
- (132).- Vid. por todos, COBO del ROSAL, M., y, -- VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal ...", / ob. cit., pág. 97. En las consideraciones realizadas a continuación se sigue igualmente a los autores citados (págs. 102 a 105).

(133).- Nos referimos concretamente a la polémica de sí los artículos 58 y siguientes del Código Penal son también aplicables a las "circunstancias" recogidas en la parte especial, o no lo son, como el / tratamiento del error para unas y otras.

(134).- Vid. supra capítulo I, apartado 1º.

(135).- Vid. por todos QUINTANO RIPOLLÉS, A.: - "Curso de Derecho Penal", ob. cit., pág. 410.

(136).- ALONSO ALAMO, M.: "El sistema ...", ob. cit., págs. 194 y ss. Su negativa a considerar vinculante el lenguaje empleado por el legislador, es igualmente sostenida, a nuestro juicio correctamente, en/ otros pasajes de su trabajo (vid., pág. 208). Tampoco para QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal. Parte General". Barcelona 1986, págs. 589 y 590, son circuns--tancias las eximentes incompletas, alegando varias causas, entre la que destaca la especial función atenuatoria que desempeñan.

(137).- No debe olvidarse, como la doctrina mayoritaria ha puesto de manifiesto, que para la aplicación de una eximente incompleta, es necesario que se den, al menos los elementos esenciales de la eximente, dispensándose únicamente, los requisitos accesorios de la misma. Ello vendría a confirmar su indudable actuación sobre / las categorías esenciales de la infracción. Sobre la especial problemática --- planteada por las llamadas eximentes incompletas, vid.: CÓRDOBA RODA, J.: "Las eximentes incompletas en el Código Penal". Oviedo 1966; y del mismo autor, / con RODRIGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUIZ J.R. y TORO MARZAL del, A.: "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Barcelona 1972 págs. 408 y 411. Puede verse igualmente una interesante diferenciación entre excusar, disculpar y simples atenuantes / en AUSTIN, J.L.: "Alegato en pro de las excusas", ob. cit., págs 57 a 85.

(138).- En relación a la minoría de edad, puede consultarse, COBO del ROSAL, M: "Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 -- del Código Penal español". (en "Homena-

je al prof. L. Jiménez de Asúa"). Buenos Aires 1970, págs. 433 y ss.; MARTINEZ -- GONZÁLEZ, M.J.: "La minoría de edad pe-- nal" (C.P.C., nº 20), 1983, págs. 385 y ss.; ORTS BERENGUER, E.: "Las circunstan-- cias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980" (C.P.C. nº 14), 1981, pág. 245 y ss.; y LÓPEZ REY, M.: "Atenuante: Naturaleza y elementos. Atenuantes análo-- gas" (Revista de Derecho Público), 1936, págs. 58 y ss.

(139).- En el mismo sentido, además de ALONSO -- ALAMO, M. : "El sistema ...", ob. cit., págs. 203 y ss.; se pronuncia QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal ...", ob. cit., pág. 590.

(140).- La discutida figura de la "preterinten-- cionalidad" ha sido objeto de abundante atención en la doctrina española, dando lugar a varias monografías, así, por -- ejemplo: COBO del ROSAL, M.: "Praeter - intentionem y principio de culpabilidad" (en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, en adelante A.D.P.C.P.), Tomo XVIII, 1965, págs. 85 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: "La atenuante de preterin--

tencionalidad" (A.D.P.C.P.), 1970, págs. 555 y ss.; SUÁREZ MONTES, R.F.: "La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980" (en A.D.P.C.P.). - 1981, págs. 795 y ss.: y, SILVA SANCHEZ, J.M.: "Preterintencionalidad y otras -- cuestiones en la nueva jurisprudencia / del Tribunal Supremo" (en A.D.P.C.P.), 1985, págs. 194 y ss.

(141).- Vid. por todas, COBO del ROSAL, M., y - VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal ...". ob. cit. pág. 775.

(141).- (bis). MIR PUIG, S. : "Derecho Penal ...". cit, pág. 556, nota 10.

(142).- En el mismo sentido, ALONSO ALAMO, M.: - "El sistema ..." ob. cit., págs. 274 y ss.

(142).- (bis). En sentido contrario, se expresa, CÓRDOBA RODA, J. : "Comentarios ...". / cit. Tomo I. Págs. 566 y ss.

(143).- En el sentido aquí apuntado, QUINTERO - OLIVARES, G.: "Derecho Penal ...", ob. cit., págs. 594 y ss.

- (144).- ENGISCH, K.: "La idea de concreción en el Derecho y en las ciencias jurídicas actuales" (trad. J.L. Gil Cremades). Pamplona, 1968, pág. 309.
- (145).- VIVES ANTÓN T.S.: "Dos problemas del positivismo jurídico", ob. cit., págs. 345 y 346.
- (146).- ROSS, A.: "Sobre el Derecho y la Justicia" (trad. G.R. Carrió). Buenos Aires 1963, - págs. 209 y 210.
- (147).- En el sentido del texto, vid. ALONSO ALAMO, M.: "El sistema", ob. cit., págs. 193 y ss.
- (148).- No debe olvidarse que el término "elemento esencial" ha sido acuñado por la nueva redacción del artículo 6 bis a) del Código Penal. Sobre la interpretación que debe dársele, y en sentido distinto al aquí apuntado, vid. MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal" (en C.P.C. nº 21). 1983, -- págs. 703 y ss.

(149).- Es, por otra parte, este significado histórico atribuido a las circunstancias, / vid. por todos, FILANGIERI, C.: "La Ciencia de la Legislación" (trad. J. Rubio), 3ª ed., Tomo VI, Madrid 1822, págs. 255 y ss.; AMOR RUIBAL, A.: "El Derecho Penal de la Iglesia Católica", Tomo I, páginas 365 y ss.

(150).- Como muestra de las numerosas clasificaciones realizadas a lo largo de su evolución histórica, pueden verse: FERRINI, C.: "Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano" (en Enciclopedia -- del Diritto Penale Italiano, a cura di E. Pessina). Vol. I, Milano 1905, págs. 126 y ss.; SCHIAPPOLI, D. : "Diritto penale canónico" (en Enciclopedia del Dirittoob. y loc. cit.), págs. 751 y ss.; AMOR RUIBAL, A.: "Derecho Penal de la Iglesia Católica". Tomo I s/f, págs. 305 y ss.; y, SCHAFFSTEIN, F.: "La ciencia europea del Derecho Penal en la época del humanismo" (trad. J.M. Rodríguez Devesa), Madrid 1957, págs. 14 y ss.

(151).- CÁRDENAS DE, F.: "Comentarios y Observaciones sobre los artículos del Códigos

go Penal que tratan de las circunstan--
cias atenuantes, ob. y loc. cit.pág. 3.

(152).- GALILEA, A.: "Exámen filosófico-legal /
de los delitos". Tomo I. Madrid 1846, -
pág. 55.

(153).- La inmensa mayoría de los autores deci-
monónicos coinciden en la necesidad de
limitar y erradicar el excesivo arbitrio
de los jueces, hallando un mecanismo --
idóneo para ello en los catálogos de --
circunstancias. En este sentido, vid. /
por todos GARCÍA GOYENA, F.: "Código Cri-
minal español según las leyes y prácti--
cas vigentes, comentado y comparado con
el Código Penal de 1822, el francés y el
inglés". Tomo I. Madrid 1843, pág. 99 y
ss.

(154).- El tratamiento diferenciado de las cir-
cunstancias según su colocación en el /
Código Penal, es una constante en nues-
tra doctrina, por lo que resulta innece-
sario resaltar a ningún autor. Una rápi-
da lectura a cualquier obra general so-
bre el Derecho Penal en nuestro país, /
bastará para confirmarlo.

(155).- Vid. especialmente, infra. capítulo III, apartado 2º, relativo a la naturaleza jurídica de las circunstancias.

(156).- Resulta a nuestro entender muy forzado, admitir una clasificación de las circunstancias agravantes en base al artículo 59, según si se trata de circunstancias que por si mismo constituyen delito especialmente castigado, o bien ya hayan sido expresadas al describirlo o sancionarlo, o bien que sean de tal manera inherente, que sin su concurrencia no pudieran cometerse. Y este rechazo se fundamenta en la idea de que el citado precepto tan sólo contiene una proclamación expresa y específica del elemental principio de "ne bis in idem" material, limitándose por tanto a negar los efectos agravatorios a aquellas agravantes ya tenidas en cuenta expresa o tácitamente en el delito castigado.

(157).- Esta distinción puede comprobarse en infinidad de fallos, vid. por todos: 3 Mayo 1979 (1757); 24 Noviembre 1981 (4545); 23 Junio 1982 (3575); 4 Julio 1978 (2791); 19 Diciembre 1983 (6582); 20 Diciembre --

(6590); 9 Junio 1984 (3537); 25 Noviembre 1980 (4555); 18 Junio 1980 (2636); 16 Mayo 1985 (2499); 23 Mayo 1985 (2526); 11 Octubre 1985 (4977); y 5 Octubre 1985 (4622), todas ellas en R.A.. Las circunstancias genéricas también son llamadas / "comunes" y las específicas, "especiales" Sentencia 28 Enero 1985 (365, R.A.).

(158).- Vid. por todas, sentencia de 20 Octubre - de 1981 (3857, en R.A.).

(159).- Vid. por todas, sentencia de 27 Septiembre 1983 (4591, en R.A.).

(160).- Vid. por todas, la sentencia de 4 de Mayo 1982 (2626, en R.A.).

(161).- Sería absurdo tratar de verificar esta -- afirmación por lo evidente que resulta, / no obstante, sirvan como ejemplo las sentencias de 18 Abril 1985 (2102) y 30 de - Abril 1985 (2154), ambas en R.A.

(162).- Sentencia de 21 Mayo 1982 (2693), R.A. Vid. también, resoluciones de 22 Octubre 1963 - (4166); 21 Enero (366) y 2 Diciembre 1985 (5972), todas en R.A./.

(163).- Vid. sentencias de 18 Octubre 1973 (1528) 10 Abril 1976 (1592); 19 Mayo 1978 (1974) 22 Junio 1982 (3573); 12 Julio 1983(4148) y 19 Julio 1983 (4195), todas en R.A.

(164).- Vid. infra., capítulo III, 2º.

(165).- Son innumerables las resoluciones que de una u otra forma utilizan este criterio, pudiendo afirmarse que constituye una -- práctica muy habitual en nuestra juris-- prudencia. A título de ejemplo vid. sen-- tencias de 6 Octubre 1980 (3664); 8 Mayo 1981 (2159); 24 Mayo 1982 (2707); 10 Fe-- brero 1983 (748); 16 Octubre 1984 (4846) 13 Marzo 1984 (1815); 25 Abril 1985(2134) 28 Septiembre 1985 (4578); 5 Octubre 1985 (4622); 21 Octubre 1985(5035) y 20 Febre ro 1986 (626), todas ellas en R.A.

(166).- La fundamentación de las circunstancias en atención a su conexión con los ele-- mentos esenciales de la infracción, re-- presenta una corriente muy extendida en -- nuestra jurisprudencia. Sirva de ejemplo los siguientes fallos: 14 Abril 1984 -- (2362); 12 Mayo 1983 (2701); 2 Diciem-- bre 1982 (7364); 21 Febrero 1979 (715); 13 Enero 1981 (132); 5 Abril 1978 (1292);

7 Julio 1983 (4109); 10 Mayo 1984 (2596)
19 Junio 1984 (3593); 24 de Octubre 1980
(3816); 16 Diciembre 1980 (4940); 15 No-
viembre 1979 (4236), etc., todas ellas /
en R.A.

(167).- Esta problemática será principalmente --
abordada al tratar el fundamento de las
circunstancias (infra. capítulo III, 1º).

(168).- Aparte de los criterios reseñados, se --
han empleado muchos más, basta aquí, te-
nerlo presente. Sirvan como ejemplo las
sentencias de: 6 Abril 1984 (2324); 16
de Junio 1984 (3583); 18 Diciembre 1984
(6575); 25 Enero 1982 (139); 13 Enero -
1981 (132); 13 Febrero 1978 (423); 7 Fe-
brero 1985 (903); 3 Junio 1985 (2957);
19 Noviembre 1985 (3429); 20 Febrero --
1986 (626), etc. todas en R.A.

(169).- Vid. igualmente, infra. capítulo III-1º.

(170).- En este sentido, GARCÍA GOYENA, F.: "Có-
digo criminal español", cit. págs.
70 y ss.; y GALILEA, A.: "Exámen filo-
sófico-legal ...", cit., pág. 56.

(171).- Así se expresa ANTÓN ONECA; J.: "Derecho Penal", cit. págs. 85 y 87, donde destaca su división, fiel reflejo de la efectuada por SILVELA, entre "causas dirimentes", a su vez clasificadas en causas de inimputabilidad, justificación y excusas absolutorias; "causas atenuantes" donde diferencia a su vez, eximentes incompletas, atenuantes específicas y análogicas; y "causas agravantes". En idéntico sentido MONTES, J.: "Derecho Penal español", cit., pág. 424 e igualmente en "Derecho Penal español", cit. pág. 1928, pág. 201.

(172).- Son muchos los autores adscritos a esta línea que se limita a recoger la división entre atenuantes, agravantes, mixtas, y en todo caso eximentes. Vid. -- VICENTE y CARAVANTES, J.: "Código Penal reformado ...", cit. págs. 73 y ss.; -- CÁRDENAS, F.: "Comentarios y observaciones ...", cit. págs. 63 y ss; VIZMANOS de, T.M. y ÁLVAREZ MARTÍNEZ, C.: "Comentarios ...", cit., págs. 289 y ss.; PACHECO, J.F.: "Código Penal concordado..." cit., págs. 186 y ss.; LLOPIS y DOMINGUEZ, J.M.: "Apuntes de Derecho Penal",

cit., págs. 149 y ss.: MARTIN LOSANTOS P.: "Prolegómenos de Derecho Penal", - Palma de Mallorca 1871, pág. 62; ESCRIBANA, J.: "Diccionario razonado ...", - cit., pág. 286; AZCUTIA, M.: "La ley Penal", cit. págs. 161 y ss.; RAMIRO/RUEDA, R.: "Elementos de Derecho Penal" cit. págs. 180 y ss. (este autor recoge también importantes clasificaciones de origen histórico); VALDES RUBIO, J.: "Programa razonado ...", cit. págs. 233 y ss.; VIADA Y VILASECA, S.: "Código Penal reformado ...", cit. págs. 52 y ss. HIDALGO GARCÍA, J.A.: "El Código Penal conforme ...", cit., págs. 142 y ss.; - DORADO MONTERO, P.: "El Derecho Penal protector ...", cit., págs. 142 y ss.: JARAMILLO GARCÍA, A.: "Novísimo Código Penal ...", cit., págs. 134 y ss. : / CUELLO CALÓN, E.: "El nuevo Código Penal", cit. págs. 115 y ss. (este autor introduce también ligeramente la distinción entre subjetivas y objetivas); y del mismo, "Código Penal reformado de 1932", cit. págs. 18 y ss.: NUÑEZ de -- CEPEDA, H.: "1870 - Código Penal- 1932", cit. págs. 30 y ss.: y, LÓPEZ-REY y -- ARROJO, M., y ÁLVAREZ VALDÉS, F. "El nuevo Código.... págs. 41 y ss. Hay que

advertir que todos los comentaristas/
del Código Penal de 1928, recogen la
división establecida en el artículo/
28, entre "circunstancias de la infrac-
ción" y circunstancias basadas en "las
condiciones del autor", aplicable tan-
to a atenuantes como agravantes.

- (173).- SEIJAS LOZANO, de M.: "Teoría de las /
instituciones ..." cit., págs. 482 y ss.
- (174).- SILVELA, L.: "Derecho Penal estudiado..."
cit., págs. 184 y ss. y 215 y ss. Debe -
destacarse la gran influencia posterior
ejercida por este autor. En muy similar
sentido CASTEJÓN, F.: "Comentarios cien-
tífico-prácticos ...", cit. págs. 197 ss.
- (175).- SANTAMARIA de PAREDES, V.: "Principios -
de Derecho Penal ..." cit., págs. 220 y
ss.
- (176).- GROIZARD, GÓMEZ de la SERNA, A.: "El C^o
digo Penal de 1870 ...", cit. págs. 346
y ss. y 419 y ss. En semejantes térmi-
nos se expresa ÁLVAREZ CID, T.: "El C^o-
digo Penal de 1870", cit., págs. 154 y
ss. y 292 y ss.

- (177).- ANTÓN ONECA, J., y RODRIGUEZ MUNOZ, J.A.
"Derecho Penal", cit. págs. 225 a 251.
En muy parecidos términos vid. ANTÓN --
ONECA, J. y MIGUEL GARCILÓPEZ de A.: --
"Derecho Penal ..." cit. págs. 242 y ss.
- (178).- JIMÉNEZ de ASÚA, L.: "La ley y el deli-
to ...", cit. págs. 450 y ss.
- (179).- FERRER SAMA, A.: "Comentarios ...", cit.
págs. 265 y ss.
- (180).- PUIG PEÑA, F.: "Derecho Penal ...", cit.,
págs. 55 y ss.. En esta obra afirma que /
en base al artículo 60 todas tienen natur
raleza subjetiva, distinguiendo por sus
efectos, agravantes y atenuantes. Estas
últimas, a su vez, se subdividen en ate-
nuantes desprendidas del cuadro general
de las cuasas de exención; atenuantes que
suponen un error en el resultado; atenuanu
tes que suponen estados pasionales; ate--
-nuantes de arrepentimiento; y atenuantes
por analogía. Sin embargo, con anteriorii
dad, en sus comentarios de la "Nueva En-
ciclopedia", cit., págs. 157 y ss., a la
voz "circunstancias", había aceptado la /
clasificación de las agravantes en "Obje-

tivas" y "subjetivas", manteniendo --
idéntica subdivisión en las atenuantes.

- (181).- BERNALDO de QUIRÓS, C.: "Derecho Penal ...", cit. págs. 132 y ss.
- (182).- CUELLO CALÓN, E.: "Derecho Penal ...", cit., págs. 574 y ss.
- (183).- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Curso ...", cit. págs. 410 y ss. En idénticos términos se pronuncia en "Compendio ...", cit., págs. 251 y ss. Debe destacarse su distinción en las agravantes, entre la alevosía, - las otras formas alevosas menos intensas; la forma "aleve" plena de veneno y demás medios catastróficos, las agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad; y las agravantes personales o reales de consttación objetiva. Por su parte, en los "Comentarios ...", cit., pág. 152 se lemita a aceptar la clasificación entre objeti--vas y subjetivas.
- (184).- ROSAL del J.: "Lecciones ...", cit., págs 251 y ss. En idénticos términos se expresa en "Tratado ...", cit. , págs. 489 y ss. Es igualmente importante su clasifici

cación de las atenuantes basada en su / "disciplina jurídica", entre "eximentes incompletas" (que poseen una naturaleza vacía y su estimación como atenuantes / responde únicamente a sus efectos de rebaja de la pena, pero dogmáticamente es muy discutible su adscripción al artículo 9); "atenuantes comunes"; y "atenuantes análogas o genéricas".

- (185).- LUZÓN DOMINGO, M.: "Derecho Penal del / Tribunal Supremo". Tomos I y II. Parte General. Barcelona 1964, págs 253 y ss.
- (186).- SAINZ CANTERO, J.A.: " Derecho Penal", cit. págs. XXIX/5.
- (187).- RODRIGUEZ DEVESA, J.M/ "Derecho Penal - español. Parte General". cit. págs. 629 a 694.
- (188).- COBO del ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal ..." cit. págs. 737, 746 y ss.
- (189).- MIR PUIG.: "Lecciones ..." cit. págs.341 y ss. En iguales términos se expresa en "Derecho Penal ...", cit. págs. 556 y ss.

- (190).- obs. locs. cits.
- (191).- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Teoría jurídica.." cit. págs. 447.
- (192).- RODRIGUEZ RAMOS, L.: "Compendio de Derecho Penal ...", cit. págs. 273 y ss.
- (193).- ARROYO de las HERAS, A.: "Manual de Derecho Penal ...", cit. págs. 451 y 530.
- (194).- BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Manual de Derecho Penal ...", cit. págs. 414 y ss.
- (195).- QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal..." cit. págs. 585 y ss.
- (196).- DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal español".1977 (A.D.P.C.P.), tomo XXX, págs. 579 y ss.
- (197).- ALONSO ALAMO, M.: "El sistema ..." cit. págs. 313 y ss.
- (198).- Ob. cit. págs. 468 a 676.
- (199).- Ob. cit., págs. 677 a 749.

- (200).- GARCÍA ARÁN, M. : "los criterios de determinación de la pena en el Derecho español". Universidad de Barcelona 1982, págs. 126 y ss.
- (201).- MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error sobre / las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal". (C.P.C., nº 21, 1983), págs.704 y 705.
- (202).- Vid. DONNEDIEU de VABRES, H.: "Précis / de Droit ...", cit. págs. 167 y ss.; -- BOUZAT, P. et., PINATEL, J.: "Traité de droit" cit. págs. 643 y ss. et. VITU A.: "Traité de Droit....." cit. págs. / 770 y ss.
- (203).- Vid. STEFANI, G., et. LEVASSEUR, G.... -- "Droit Penal" cit., págs. 273 y ss. y VOUVIN, R., et. LEAUTE, J. : "Droit - Penal ...", cit., págs. 240 y ss.
- (204).- Vid. GARRAUD, R.: "Traité théorique ..." cit., págs. 675 y ss.; CHAVANNE, A. "Les circonstances aggravantes ...", cit.págs. 495 y ss.

- (205).- Vid. DONNEDIEU de VABRES, H.; ob. cit. y loc. cit.; BOUZART P. et. PINATEL, J., ob. y loc. cit., VOUVIN, R. et. LEAUTE, J., ob. y loc. cit.,; GARRAUD, R., ob. - y loc. cit.; CHAVANNE, A. ob. y loc. cit. VIDAL, G.: "Cours de Droit ...", cit., / págs. 383 y ss.; y ORTOLAN, J.: "Elements de Droit ..." cit., págs. 218 y ss.
- (206).- Vid. GARRAUD, R., ob. y loc., cit.; CONS TANT, J., ob. y loc. cit.
- (207).- Vid. DONNEDIEU de VABRES, H. ob. y loc. - cit.; y GARRAUD, R. ob. y loc. cit.
- (208).- Vid. GARRAUD, R. ob. y loc. cit.
- (209).- Vid. MEZGER, E.: "tratado ...", cit. págs. 361 y ss.; WELZEL, H.: "Derecho Penal. Par te General", cit. págs. 252 y ss.; MAURACH R.: "Tratado", cit. págs. 531 y ss.; JESCHECK, H-H.: "Tratado ...", cit. págs. 1189 y ss.; y MERKEL, A.: "Derecho Penal", cit., págs. 371 y ss. Debe hacerse notar, que Von LISZT, F.: "Tratado ...", cit. -- págs. 340 y ss., distingue entre "causas generales de atenuación y causas especia les".

- (210).- Vid. MEZGER, E., ob. y loc. cit.: MAURACH R., ob. y loc. cit. Para el primer autor, entre las nominadas deben distinguirse a su vez, las que su aplicación es de carácter obligatorio, y las que es de carácter facultativo de los jueces.
- (211).- DREHER, E.: "La notion et le systéme ..." cit., págs. 277 y ss.
- (212).- Vid. principalmente: SANTORO, A.: "Le circostanze ...", cit. págs. 4 y ss.; del / mismo: "Manuale si Diritto...", cit. págs. 477 y ss.; COCURULLO, B.: "Le circostanze" cit. págs. 6 y ss. : MARINI, G.: "Le circostanze", cit. págs. 161 y ss.: y RANIERI, S.: "Manuale di Diritto ...", - cit., págs. 359 y ss.
- (213).- Vid. SANTORO, A.: "Le circostanze...", cit págs. 205 y ss.; del mismo, "Manuale ...", cit, págs. 477 y ss.; MARINI, G., ob. y - loc. cit.; ANTOLISEI, F.: "Manuale...." / cit.,, págs. 351 y ss.; BOScareLLI, M.: - "Compendio", cit., págs. 193 y ss.; RANIERI, S. ob. y loc. cit.; PANNAIN, R.: "Manuale ...", cit. págs. 421 y ss., NUVO LONE, P.: "II sistema ...", cit., págs.

402, ss.; MUSOTTO, G.: "Corso..." cit., págs. 197 y ss.; MAGGIORE, G.: "Derecho Penal", cit. págs. 2 y ss.; PACLIARO, A.: "Principi", cit. págs. 441 y ss.; FLORIAN, E.: "Trattato ...", cit., págs. 399 y ss.; CICALA, S.: "Studi e quetioni ..", cit., págs. 66 y ss.; CAVALLO, V.: "Diritto Penale ...", cit., págs. 387 y ss.; BETTIOL, G.: "Derecho Penal...", cit. págs. 445 y ss.; BATTAGLINI, G.: "Diritto Penale ...", cit. págs. 383 y ss., etc.

(214).- Vid. SANTORO, A.: "Le circostanze...", cit. págs. 205 y ss.; del mismo, : "Manuale ..", cit, págs. 477 y ss.; PANNAIN, R., ob. y loc. cit.; NUVOLONE, P., ob, y loc. cit.: ANTOLISEI, F., ob. y loc. cit.: RANIERI, S. ob. y loc. cit.; CAVALLO, V., ob. y loc. cit.; BETTIOL, G., ob. y loc. cit. MAGGIORE, G. ob. y loc. cit.; PAGLIARO, A., ob. y loc. cit.; CICALA, S., ob. y loc. cit.; FLORIAN, E., ob. y loc. cit. ; BATTAGLINI, G., ob. y loc. cit.; NUVOLONE, P., : "Les circonstances aggravantes ...", cit., págs. 606 y ss. etc..

(215).- Vid. FROSALI, R.A.: "Sistema penale...", cit. págs. 618 y ss.

(216).- SANTORO, A.: "Le circostanze...", cit. págs. 205 y ss.; y del mismo: "Manuale ...", cit. págs. 447 y ss.; RANIERI, S. ob. y loc. cit.; ANTOLISEI, F., ob. y loc. cit.; MARINI, G., ob. y loc. cit.; COCURRELLO, B., ob. y loc. cit.; PANNAIN, R., ob. y loc. cit.; NUVOLONE, P. : "II sistema ...", cit. págs. 402 y ss.; y - del mismo "Les circonstances...", cit., págs. 605 y ss.; BETTIOL, G., ob. y loc. cit., CAVALLO, V., ob. y loc. cit.; MAGGIORE, G., ob. y loc. cit.; PAGLIARO, A. ob. y loc. cit.; CICALA, S. ob. y loc. cit.; COSTA, S. "Circostanze oggettive e", cit. págs. 167 y ss.

(217).- SANTORO A.: "Le circostanze ...", cit., págs. 205 y ss.; y del mismo: "Manuale ...", cit., págs. 447 y ss.; PANNAIN, R. ob. y loc. cit.; CAVALLO, V., ob. y loc. cit., y PAGLIARO, A., ob. y loc. cit.

(218).- SANTORO, A.: "Le circostanze ...", cit. págs. 205 y ss.; y del mismo: "Manuale", cit., págs. 447 y ss.; PANNAIN, R., ob. y loc. cit.; RANIERI, S., ob. cit.; BATTAGLINI, G., ob. y loc. cit. Algunos autores añaden las llamadas --

circunstancias "concurrentes", frente a las denominadas "independientes". Vid. CAVALLO, V., ob. y loc. cit., y MAGGIORE G., ob. y loc. cit.

- (219).- NUVOLONE, P.: "Il sistema", cit., págs. 402 y ss.; PANNAIN, R., ob. y loc. cit.; ANTOLISEI, F., ob. y loc. cit.; SANTORO, A. : "Manuale ...", cit., págs. 447 y ss.; BOSCARIELI, M. ob. y loc. cit.; -- FROSALI, R.A., ob. y loc. cit.; MARINI, G. ob. y loc. cit.,; COCURULLO, B. ob. y loc. cit.; CAVALLO, V. ob. y loc. cit.; MUSOTTO G. ob. y loc. cit.; PAGLIARO, A. ob. y loc. cit.. Existen luego algunos cambios en la terminología, así, hay quien las llama -- "propias" e "impropias", vid. BRICOLA, F: "La discrecionalité nel Diritto Penale". Vol. I, Milano 1965, págs. 76 y ss. O -- quién denomina a las definidas circunstancias "especificas", vid. BETTIOL, G. ob. y loc. cit., En general sobre el tema cfr LATAGLIATA, A.R.: "Circunstancias discretionales y prescripción del delito" (trad A. Fratarcangeli Cabo), Madrid 1973, págs 84 y ss. y 120 y ss.

- (220).- PANNAIN, R. ob. y loc. cit.; NUVOLONE P. "Il sistema ...", cit. págs. 402 y ss.;

CAVALLO, V. ob. y loc. cit.; BETTIOL, G. ob. y loc. cit.; MAGGIORE, G. ob. y loc. cit.; y BATTAGLINI, G. ob. y loc. cit.

- (221).- ANTOLISEI, F. ob. y loc. cit.; PANNAIN R. ob. y loc. cit.; LATAGLIATA, A.R., ob. y loc. cit.; NUVOLONE, P. "Il sistema ...", cit. págs. 402 y ss.
- (222).- PANNAIN, R. ob. y loc. cit.; RANIERI, S. ob. y loc. cit.; CAVALLO, V. ob. y loc. cit.
- (223).- CAVALLO, V. ob. y loc. cit.
- (224).- MAGGIORE, G. ob. y loc. cit.
- (225).- MUSOTTO, G. ob. y loc. cit.; y COSTA S. ob. y loc. cit.
- (226).- CAVALLO, V. ob. y loc. cit.
- (227).- Puede verse la célebre de CARRARA, F. : "Programa ...", cit., págs. 163 y ss.; y también la de CRIVELLARI, G.: "Concetti fondamentali di Diritto Penale", Torino 1888, págs. 213 y ss.

- (228).- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S./; "Derecho Penal ...", cit. pág. 754. Aunque el texto transcrito se refiera únicamente a las agravantes, bien puede también hacerse extensivo a las atenuantes, pues los autores tampoco llevan a cabo, ninguna clasificación de las mismas, págs. 768 y ss.
- (229).- QUINTERO OLIVARES, G. "Derecho Penal...", cit. págs. 595.
- (230).- En este sentido DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas..." cit. págs. 597 y ss. vid. también COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: -- "Derecho Penal ...", cit. págs. 746 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. "Derecho Penal...", cit. págs. 596 y ss.; BUSTOS RAMIREZ, J.: Manual de Derecho Penal", cit. págs. 441 y ss.; y, GARCÍA ARÁN, M.: "Los criterios de determinación ...", cit. págs. 126 y ss., entre otros.
- (231).- Vid. criticamente respecto a esta tendencia, DIEZ RIPOLLÉS, J.L. ob. y loc. cit.
- (232).- Vid. por todos CARRARA, F. "Programa ..." cit., págs. 163 y ss.

- (233).- En muy parecidos términos se expresa --
 QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal .."
 cit., págs. 596 y ss.
- (234).- En la doctrina italiana vid., sobre este
 tema : LATAGLIATA, A. R.: "Circunstan--
 cias discrecionales ...", cit.; DOLCINI
 E.: "In tema di non menzione della con--
 dena, sospensione condizionale della pe--
 na e attenuanti generiche: discrecional
 itá vincolata o graziosa indulgencia".
 (Riviste italiana de Diritto e Procedure
 Penale, 1975,), págs. 326 y ss.; del mis--
 mo: "Note suiprofili costituzionali de--
 lla commisurazione della pena" (Rivista
, 1974), págs. 360; "La commisura--
 zione della pena", Pádova 1979; "Discre--
 cionalitá del giudice e Diritto Penale"
 (en "Diritto Penale in trasformazione",
 a cura G. Marinucci e E. Dolcini), Milan
 o 1985, págs 261 y ss.; TRASIMENI, R.:
 "Le circostanze attenuanti generiche"
 (II Foro Penale, 1950), págs. 16 y ss.
 BRICOLA, F.: "La discrecionalitá nel -
 Diritto ...", cit.; y, GIULIANI, V.:
 "Aspetti normativi delle attenuanti ge--
 neriche" (La Scuola Positiva, 1965), /
 págs. 245 y ss. En la doctrina alemana
 vid. principalmente, ROXIN, C.: "Culpa

bilidad y prevención en Derecho Penal" (trad. F. Muñoz Conde), Madrid 1981, - págs. 43 y ss.; MAURACH, R.: "Tratado... ", cit. págs. 525 y ss.; y, JESCHECK, H-H.: "Tratado...", cit. págs. 1189 y/ ss.

- (235).- En nuestra doctrina vid. al respecto: - "ZUGALDIA ESPINAR, J.M.: "La prevención general en la individualización", cit. págs. 869 y ss.; GARCIA ARÁN, M.: "Los criterios de determinación ..." - cit. ; GALLEGRO DIAZ, M.: "El sistema español de determinación....", cit.; QUIN^UTERO OLIVARES, G.: "Determinación de la pena y política criminal" (C.P.C. nº 4, 1978), págs. 49 y ss. ; BELTRÁN BALLESTER, E.: "El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno" (en "Escritos Penales". Colección de Estudios ... cit.), Valencia -- 1979, págs. 61 y ss.; ORTS BERENGUER, E. "La atenuante de análoga....", cit. BACIGALUPO, E.: "La individualización de la pena ...", cit.; MIR PUIG, C.: "El sistema de penas y su medición en la reforma penal", Barcelona 1986; FERNANDEZ

ALBOR, A.: "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales" (Homenaje al prof. J. Pereda). Bilbao 1965, págs. 369 y ss.; GOMEZ BENITEZ, J.M.: - "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena" (R.F.D.U.C., nº 3),/ Madrid 1980, págs. 129 y ss.; BOIX REIG, J.: "El principio de legalidad en la -- Constitución" (en memoria del prof. J.- Pereda). Universidad de Deusto 1983, -- págs. 52 y ss.; LUZÓN PEÑA, D: "Antinomias penales y medición de la pena" (Doctrina Penal, 1979), págs. 587 y ss.; y, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Arbitrio judicial y artículo 61,4º del Código Penal: Comentario a la sentencia de 20 de Marzo de 1986" (Revista Poder Judicial, nº 4, 1986), págs. 141 y ss.

(236).- Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., ob. y loc. cit. y jurisprudencia allí citada.

CAPITULO III

=====

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA

=====

CAPITULO III
FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA

=====

SUMARIO:

1.- FUNDAMENTO.

1.1.- Introducción.

1.2.- Análisis de la jurisprudencial.

1.3.- La cuestión en la doctrina española.

1.4.- Toma de postura.

1.4.1.- El Fundamento dogmático de las circunstancias.

1.4.2.- El Fundamento político-criminal.

2.- NATURALEZA JURIDICA.

2.1.- Planteamiento.

2.2.- Origen de la polémica.

2.3.- Exámen de la jurisprudencia.

2.4.- La posición de la doctrina.

2.5.- Consideraciones críticas.

2.6.- Distinción de otros institutos afines:

2.6.1.- Preterintencionalidad y reincidencia.

2.6.2.- Formas de aparición del delito.

2.6.3.- Causas de exclusión o exención de la pena

2.6.4.- Condiciones objetivas de punibilidad.

2.6.5.- Situaciones típicas.

2.7.- Conclusiones.

1.- FUNDAMENTO

=====

1.1.- INTRODUCCION

Como acertadamente ha puesto de manifiesto ORTS BERENGUER, no existe posibilidad de apreciar el significado de las circunstancias modificativas sin antes haber averiguado su fundamento (1). La necesidad de solventar ambos interrogantes, vendría a justificar sobradamente la inclusión del presente capítulo. Pero el presente apartado no cobra sentido únicamente por esta consideración. Sin ir más lejos, la propia operatividad de las circunstancias, su aplicación concreta, dependerá, en no pocas ocasiones, de la postura adoptada en esta sede. Al mismo tiempo, en esta búsqueda del fundamento, confluyen las cuestiones dogmáticas más relevantes planteadas en la teoría general de las circunstancias, discutiéndose, por ejemplo, si cabe referirlas a la teoría del delito, o por el contrario, a la teoría de la pena. Polémica que, además se proyecta con fuerza en otras/muchas áreas de la materia (2).

De igual forma, no escapan al interés de la problemática, los criterios político-criminales subyacentes al amplio catálogo de modificativas que nos oferta nuestro texto criminal, y donde se asientan/

él origen de no pocas interrogantes que planean de modo inequívoco a la hora de encontrar una solución satisfactoria en este punto.

Y, es que, se quiera o no, y a pesar de cierta / actitud desconsiderada hacia la temática, el problema de las circunstancias, y en concreto de su fundamentación, no puede sino tratarse en íntima relación al destacado papel que las mismas desempeñan en orden a la determinación de la pena. La elección que en su caso / se haga a la hora de fijar su fundamento, incidirá -- por tanto, notablemente, en la postura global que de la medición punitiva se tenga. Lo que unido a las anteriores consideraciones, otorga un papel destacado y preminente al presente epígrafe.

También resulta necesario traer a colación la posibilidad de que exista un fundamento unitario para / todas las circunstancias, La doctrina mayoritaria, y de manera casi unánime, ha venido admitiendo tal posibilidad, apoyándose para ello, como tendremos ocasión de comprobar, fundamentalmente en su conexión con las categorías esenciales del delito y de la pena(3).

Ahora bien, tal afirmación requiere cuanto menos, una serie de matizaciones, aún realizadas con carácter previo y por tanto provisional. Así, cuando se hable / de un fundamento genérico de las circunstancias, se -

está incurriendo cuanto menos, en una gran impropiedad. Porque no resulta posible, y menos todavía deseable, confundir, equiparar o resolver, cuestiones que, aún estrechamente relacionadas entre sí, son -- completamente distintas, y en consecuencia exigen y reclaman un tratamiento diferenciado. Ello sucede al no diferenciar claramente, entre la averiguación del fundamento de cada circunstancia, el fundamento del sistema de las circunstancias, y el fundamento político-criminal subyacente tras la regulación positiva.

Pues bien, estas tres cuestiones del problema, reciben frecuentemente un trato insuficientemente diferenciado por parte de la doctrina y jurisprudencia. A nuestro juicio sin embargo, resulta imprescindible llevar a cabo un estudio nítidamente separado. De suerte que, por un lado, tendría que producirse un análisis del fundamento particular de cada una de las circunstancias reconocidas en nuestro Derecho. A este fundamento podríamos llamarlo "próximo", en el sentido de que es deducible de una interpretación básicamente técnica de los preceptos legales, y que "responde al momento teleológico" de cada circunstancia (4). En segundo lugar, deberá procederse al hallazgo del fundamento del sistema de las circunstancias, esto es, a su fundamentación dogmática, y al que podemos denominar "fundamento último", lo que requerirá "que la circunstancia ha de ser comprendida teleológico-val

rativamente" (5). Por último, deberá ser abordado el fundamento político-criminal que descansa tras cada una de las circunstancias, y también, claro es, tras todo el sistema considerado en su totalidad.

Nuestro propósito se ciñe por razones obvias, a bosquejar soluciones válidas a las dos últimas áreas de la materia, quedando muy lejos de nuestras posibilidades la investigación particularizada de cada una de las modificativas, que en todo caso, se abordará de modo ejemplificativo.

Antes de adentrarse en el estudio de nuestro ordenamiento positivo, conviene repasar, aún brevemente, la cuestión en el Derecho comparado.

En la doctrina francesa el tema no ha despertado gran interés. Generalmente el problema del fundamento de las circunstancias ha sido conectado a la mayor o menor gravedad del hecho, y sobre todo, las atenuantes, a la culpabilidad, en cuanto se apoyan en hechos capaces de disminuir la libertad e inteligencia del agente. (6). En cuanto a las agravantes, se ha señalado que / su fundamento es muy variable (7), o que se halla en consideraciones político-criminales, de oportunidad o en datos criminológicos tales como la temibilidad, el carácter antisocial, la persididad, o en la dificultad de defensa de la víctima (8).

Por lo que respecta a Alemania, dada su particular regulación positiva, resulta enormemente complejo delimitar nítidamente las posiciones doctrinales en este tema. Sin embargo, mediante un esfuerzo no exento de requerir importantes matizaciones, podría esbozarse la siguientes panorámica.

Desde autores como von LISZT, que acuden a su / justificación en base a la mayor o menor intensidad del carácter antisocial, y por tanto a la existencia o falta de adaptabilidad social (9), encontramos también quienes de forma diáfana las conectan a los presupuestos de la pena, esto es, a los elementos esenciales del delito (10) y entre ellos, un nutrido grupo que lo hace exclusivamente en base a la culpabilidad (11), aunque todos ellos combinan también junto/ a ellos, criterios como la personalidad del delincuente, la necesidad de pena y en general, toda suerte de orientaciones basadas en las finalidades de la pena.

Por su parte, ROXIN, si bien admite en alguna / ocasión que las circunstancias son factores de la -- culpabilidad (12), parece más bien inclinarse por / una preponderancia de consideraciones preventivas y político-criminales en todo el juego de la determinación de la pena (13).

En cualquier caso, no debe perderse de vista /

cierta orientación doctrinal alemana sensiblemente - reacia a llevar a cabo una decidida conexión de las circunstancias con los elementos del delito, y más bien abanderada de un excepticismo notable a la hora de vincular de manera absoluta todos los factores intervinientes en la determinación de la pena / con injusto y culpabilidad. En este sentido, DOHNA, señalaba como "exagerado dae a la tipicidad el sentido omnicomprensivo de todas las circunstancias a las que está vinculada la pena como consecuencia" - (14). Igualmente, SCHMIDHAUSER, admite la existencia de características que, aún estando fuera del injusto y de la culpabilidad, deciden sobre la existencia, exclusión o modificación del hecho punible (15). Y, - HASSEMER, ha señalado como la determinación de la pena no es una versión acabada de los presupuestos, no teniendo en consecuencia por qué ser relevante para la medición del castigo, lo que sí que lo es para la afirmación de la punibilidad (16).

Por lo visto, resulta algo impropio afirmar, como se hace generalmente (17), que la doctrina alemana remite las circunstancias a los fines de la pena, pues además de existir como hemos observado diversidad de opiniones, aparece harto complicado ante tan/distantes sistemas positivos, llevar adelante una -- comparación de este calibre, ha de tenerse presente, que el Código Penal alemán no existen circunstancias

'genéricas descritas en su Parte General, mientras sí encontramos un amplio repertorio de circunstancias/ específicas o especiales. Y a ello, hay que añadir la presencia del parágrafo 46, de características - inexistentes en nuestro viejo texto criminal. Y es / que, como ya decía MEZGER, en esta temática, la no--menclatura y la terminología es inexacta (18).

Por último, en la doctrina italiana existe una tendencia muy acentuada a cimentar la "ratio" de las circunstancias sobre la idea de la mayor o menor gravedad del delito, o dicho de otro modo, en base a su influencia sobre la "cantidad" de la infracción se--gún su mayor dañosidad o peligro para el bien tutelado (19). En el extremo de esta corriente se sitúan / autores, que como NUVOLONE, fijan su fundamento en - la sólo idea de la mayor peligrosidad del sujeto, es--to es, en el mayor o menor valor sintomático del agente, o sea, en las posibilidades más o menos elevadas de criminalidad, temibilidad o perversidad (20).

Otro grupo de autores se inclina por una funda--mentación articulada en la conexión con los presupuestos de la pena, y muy especialmente con la culpabilidad (21). Por el contrario, otro sector doctrinal, --niega expresamente toda relación de las circunstancias con los elementos esenciales del delito (22).

La mayor similitud entre los sistemas italiano y español en rodén a la regulación de las circunstancias otorga un mayor relieve a los planteamientos doctrinales descritos, que como tendremos ocasión de comprobar, se reproducen con bastante aproximación, aunque con distinta acogida, en el seno / de nuestra doctrina.

Tras esta breve introducción, estaremos en condiciones de abordar el estudio del problema en nuestro Derecho, primero desde la óptica jurisprudencial, para luego pasar al tratamiento doctrinal.

1.2.- ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA

El propósito perseguido en el presente epígrafe se centra en ofrecer un panorama actual de los pronunciamientos jurisprudenciales en orden a la fundamentación de las circunstancias modificativas. Como viene siendo habitual hasta el momento, y con el fin de no alterar el modelo epositivo adoptado, nos limitaremos, en la medida de lo posible, a una descripción básicamente expositiva de ese panorama judicial reservando nuestra opinión para un tiempo posterior.

No resulta sencillo sin embargo, llevar a cabo la tarea propuesta. Y ello por dos razones fundamentales. La primera, por el escaso número de resolucio

nes que afrontan el problema desde una perspectiva general, es decir, desde el punto de vista de la fundamentación última de las circunstancias en general. Lo cual, desde luego, no es en modo alguno reprochable / en nuestro tribunal de casación, al que evidentemente no le corresponde este tipo de cuestiones. La segunda, hace referencia a una cuestión ya advertida en el apartado anterior: Una cierta confusión a la hora de establecer los diversos planos desde los cuales es posible determinar el fundamento de las circunstancias. Esto / es, una perspectiva en la que se aborda el fundamento - próximo o concreto de cada circunstancia, otra referente al fundamento último o dogmático. Y por fin, la que atiende al fundamento político-criminal de las mismas.

Este estado de cosas nos obliga a un doble planteamiento del tema. Por un lado abordaremos las resoluciones del Tribunal Supremo que posean una cierta vocación de generalidad, en el sentido de que manifiestan / ciertas consideraciones comunes a todas las circunstancias. Y en segundo término, dada la escasez de este tipo de ellas, no queda otra alternativa que acudir a un análisis promenorizado de la fundamentación otorgada a las principales circunstancias atenuantes y agravantes. Esta última labor, necesariamente prolija, a pesar de nuestro esfuerzo por lograr una mínima brevedad y una huida del detalle y del matiz que irremisiblemente nos condenarían a la dispersidad, se nos antoja imprescin-

dible si de lo que se trata es de ofrecer una perspectiva completa de nuestra jurisprudencia.

a). Por lo que respecta a las sentencias portadoras de una fundamentación extensible a la totalidad de las circunstancias, porque así se haya expresado en las mismas, debe insistirse en que aparecen/ de forma muy aislada a lo largo de la abundante jurisprudencia existente sobre las circunstancias.

No obstante, y no sin algo de esfuerzo, es posible destacar alguna grandes líneas de fundamentación.

La más numerosa y reiterada, es la que establece como fundamento de las circunstancias la modificación de la imputabilidad del sujeto que ellas conllevan. Esta postura no es en absoluto novedosa, pues / arranca de fallos dictados en el pasado siglo, lo que le confiere un notorio peso histórico. Así, la sentencia de 27 de Octubre de 1894, señalaba "que siendo las circunstancias modificativas de la responsabilidad / criminal, excepciones de la imputabilidad punible .." (23). Más recientemente, el Tribunal Supremo ha declarado que "las circunstancias implican un cambio, / modificación, o alteración en la imputabilidad, con inmediata repercusión en la pena tipo asignada" (24), o también que suponen "un cambio en la imputabilidad normal que se refleja en la pena" (25). La proclama-

ción de la imputabilidad como fundamento común a todas las circunstancias goza de un amplio respaldo, pudiendo afirmar que constituye la postura mayoritaria de nuestra jurisprudencia(26).

Otra dirección, también de larga tradición, -- aunque de menor predicamento, es la que sitúa como fundamento de las circunstancias, la mayor o menor gravedad y la mayor o menor perversidad del sujeto (27). En la actualidad ya no se acude a estos criterios como "ratio essendi" común a todas, aunque se mantiene para fundamentar algunas circunstancias en concreto.

También se ha insinuado que las circunstancias encuentran su fundamento en la antijuricidad, que / aumentan o disminuyen (28); o en la culpabilidad, - al suponer un mayor o menor reproche (29). Y de --- igual forma, se ha acudido a ambas categorías conjuntamente (30). Si bien esta corriente jurisprudencial no es muy numerosa, debe significarse que, como comprobaremos en el punto siguiente, el criterio más seguido para la fundamentación de cada circunstancia en particular, ha sido indiscutiblemente éste, es decir, operando una conexión directa de atenuantes y agravantes con los elementos esenciales / de la teoría jurídica del delito.

b). Repasemos ahora, muy brevemente, cuales han sido los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para fundamentar las principales circunstancias.

- Abuso de confianza (10,9). Se ha dicho que desde un punto de vista objetivo, porque supone una mayor facilidad para cometer el delito, y desde un punto de vista subjetivo, en atención al quebranto de los más elementales deberes éticos, morales y jurídicos (31). Desde la perspectiva objetiva se han señalado también la idea de indefensión y de impunidad (32) y desde la subjetiva, que ese quebranto de los deberes morales, éticos y jurídicos, merece un mayor reproche, y por ende, conlleva un plus de culpabilidad (33).

- Abuso de superioridad o emplear medio que debilita la defensa (10,8): La jurisprudencia ha destacado su origen medieval, basado en "el sentimiento que rechaza la vileza, cobardía o falta de caballerosidad, o con sentido más objetivo la vulneración -- del principio de igualdad de oportunidades", de quién actúa con ventaja y sin riesgo, por todo lo cual su conducta aparece más reprochable y por tanto más culpable (34). Pero también se ha encontrado su "ratio" en el incremento de la antijuricidad y culpabilidad (35); o tan sólo en su mayor antijuricidad (36). / Igualmente se ha entendido que implica una mayor peli

grosidad (37), y por último, el aumento de las facilidades comisivas y en la indefensión de la víctima (38).

- Alevosía (10,1): De igual manera que en la / circunstancia anterior, el Tribunal Supremo ha destacado su origen medieval y caballeresco a la hora de establecer su fundamento (39). Como tal propiamente se ha señalado: La mayor indefensión (40); el aseguramiento de la acción o actuar sin riesgo (41) la perversidad superior al sujeto (42); el incremento del reproche culpabilístico (43), el aumento de la antijuricidad (44) y la mayor culpabilidad y antijuricidad que supone (45).

* Análoga significación(9,10): Obviamente la -- fundamentación corresponde en cada caso según sobre cual de las otras circunstancias explicitadas en el artículo 9 se construya. Sin embargo merece desta--carse, una desarrollada con base en el arrepentimiento espontáneo, y fundada en la disminución de antijuricidad y culpabilidad (46), y otra, apoyada en la/ ceguera del culpable, estimada igualmente por disminuir antijuricidad y culpabilidad (47).

- Arrebato, obcecación u otro estado personal, (9,8): Su fundamentación se ha buscado en la disminución de la voluntad o alteración del psiquisis

mo, y en ese sentido por vía de la imputabilidad, se ha conectado con la culpabilidad (48). También se ha hablado de que afecta a la "libertad moral" (49).

- Arrepentimiento espontáneo (9,9): Se ha fundamentado indistintamente, en la disminución de la culpabilidad (50) y en el de la antijuricidad (51).

- Astucia, fraude o disfraz (10,7): La astucia/ generalmente se ha fundado en la mayor indefensión (52), y el disfraz, en su mayor dificultad de identificación, y por tanto de impunidad (53), en las mayores facilidades para realizar el delito (54), y también, en el incremento de la culpabilidad (55).

- Carácter público del culpable (10,10): Normalmente se ha buscado su fundamento en la mayor facilidad y en el menor riesgo (56).

- Despoblado(10,13): Se acude a uno o a varios de estos criterios para su fundamentación: mayor indefensión de la víctima, incremento de las facilidades comisivas, y superiores probabilidades de impunidad (57).

- Embriaguez (9,2): Tradicional y unánimemente se ha fundado en la disminución de las facultades psíquicas (58).

- Eximentes incompletas (9,1): Todas ellas son fundamentadas de forma unánime, en la disminución / del reproche culpabilístico (59). Sin embargo, en algún fallo se ha acudido al criterio de la menor necesidad de pena respecto a un enajenado (60).

- Morada del ofendido (10,16): Indistintamente se ha fundado en la antijuricidad (61) o en el aumento de la culpabilidad (62).

- Nocturnidad (10,13): Como con el despoblado, la jurisprudencia ha encontrado su fundamento, en la mayor indefensión del bien jurídico, en el incremento de las facilidades comisivas, en el aumento de las posibilidades de impunidad, y en la mayor alarma social producida (63). También se ha fundado por entenderse que supone un plus de culpabilidad (64) o un plus de antijuricidad (65).

- Parentesco o relación de afectividad (11): Generalmente se ha fundado en el incremento del reproche culpabilístico, aunque también se considera que supone un mayor desvalor de la conducta (66).

- Precio, recompensa o promesa (10,2): Se ha buscado su fundamentación en orden a la mayor antijuricidad, y mayor inmoralidad (67).

- Premeditación (10,6): Indistintamente se ha / apoyado o en la mayor antijuricidad (68), o en el aumento de la culpabilidad (69), o en ambos (70), o en culpabilidad, antijuricidad y perversidad (71).

- Preterintencionalidad (9,4): La jurisprudencia ha señalado que esta circunstancia es una "tercera -- forma de culpabilidad" o una forma intermedia o "tertium genus" (72). Pero también se ha fundado en la -- disminución de la culpabilidad (73), y en la menor / culpabilidad y antijuricidad (74).

- Reincidencia (10,15): El Tribunal Supremo ha -- venido señalando últimamente que en la actualidad está totalmente superada la doctrina que la conceptuaba como índice de mayor culpabilidad y antijuricidad, -- fundándola en un sentido humanitario, compatible con la más enérgica defensa social, con función preveniva, de buscar la reinserción del culpable (75).

Con ello podemos cerrar este repaso de carácter meramente expositivo de las distintas orientaciones / jurisprudenciales existentes. Cabría antes sin embargo, subrayar las dos notas más llamativas y sobresalientes de este panorama. La primera hace referencia a la inexistencia de un criterio unánime y definido/ de fundamentación de las circunstancias, por lo que se viene indistintamente apelando a varios de ellos,

creándose una cierta situación de ambigüedad y confusión, no exenta en ocasiones de notorias contradicciones. En segundo lugar, debe hacerse mención a la peregrina incorporación a la doctrina del Tribunal Supremo de la teoría jurídica del delito, fruto de lo cual, aparezca como mayoritaria la corriente que fundamenta las circunstancias en base a su conexión con el injusto o con la culpabilidad.

1.3.- LA CUESTION EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

El problema de la fundamentación de las circunstancias ha preocupado a la doctrina española desde antiguo. Y desde antiguo ha sido objeto de una viva polémica. De igual forma, los distintos autores se han ocupado del tema, desde un punto de vista único, en el sentido de que han buscado una "ratio" común y genérica, extensible a la totalidad de las modificativas. Salvedad hecha de algunos, que han distinguido entre un fundamento singular para las atenuantes y otro peculiar para las agravantes. Y por supuesto, la gran mayoría no se contenta con un único criterio, --apoyándose en varios para dar sentido y explicación a las mismas.

Entre los comentaristas destaca la postura de -- quienes acuden a la idea de la mayor o menor gravedad del hecho, al entender que las circunstancias influyen

en ésta, aumentándola o disminuyéndola (76).

Sin embargo, un nutrido grupo de autores, buscan su fundamentación exclusivamente en el aumento o disminución de la culpabilidad que conllevan, sin negar en modo alguno su influencia en la gravedad / del hecho. En esta línea destacan PACHECO y también GROIZARD, siendo los primeros en efectuar una clara conexión de las circunstancias modificativas con elementos esenciales del delito, en este caso la culpabilidad, en cuya alteración encontrarían su última "ratio", tanto atenuantes como agravantes (77).

Otro no menos importante grupo de autores, distinguen a la hora de señalar el fundamento, entre atenuantes y agravantes, estableciendo para las primeras bien la disminución de la culpabilidad, bien de la imputabilidad, o bien de la inmoralidad de la conducta. Para las segundas se fija en torno a la idea de la mayor perversidad o depravación que suponen, reflejadas en el aumento de la gravedad del hecho, las superiores facilidades comisivas o de lograr la impunidad, el modo, lugar y medios de perpetración, la calidad de los sujetos, los vínculos existentes entre ellos, etc. -- (78). Tampoco faltan quienes sustentan ambas categorías de circunstancias, en la sólo idea de la perversidad, según la aumentan o disminuyen (79).

Para un autor sumamente clave en toda la proble-

mática de las circunstancias como en el caso de SILVELA, las atenuantes al ser subjetivas, disminuyen / la imputabilidad del sujeto, mientras las agravantes aumentan la perversidad o el daño de la conducta. - Sin embargo, también parece aceptar que algunas atenuantes se justifiquen por su disminución del daño o porque denoten una menor perversidad del culpable. - Lleva a cabo una dura crítica a las causas de agravación basadas en las mayores facilidades comisivas o en las sustentadas en las superiores posibilidades / de alcanzar la impunidad (80). En parecidos términos se pronuncia SANTAMARIA de PAREDES, al señalar que / más afectan a la capacidad criminal del agente, pues una acción puede ser más o menos libre, más o menos reflexiva. Otras, en cambio, afectan a la materia -- misma del delito, en tanto en cuanto que el daño sea mayor o menor (81). También en esta línea, puede encontrarse una primera postura de CUELLO CALÓN, para quién las atenuantes y agravantes objetivas tienen / su "ratio" en el aumento o disminución del daño, o en las formas de realización, mientras que las circunstancias subjetivas, se apoyan en las ideas de / perversidad y peligrosidad.

Para finalizar este repaso a la doctrina surgida con anterioridad al Código Penal de 1944, debe hacerse mención a la postura de DORADO MONTERO, quién expresamente niega que las atenuantes tengan nada que

ver con la gravedad del hecho, ni tampoco las agravantes, como también excluye categoricamente su conexión con la culpabilidad. A su modo de ver, denotan un mejor conocimiento de la personalidad del culpable, esto es, de su capacidad criminal, hallando su fundamento en consideraciones tales como la peligrosidad criminal (83). En esta misma orientación / parece estar en un primer momento ANTÓN ONECA, destacando como "ratio" de las modificativas, la temibilidad y la peligrosidad, mayor o menor, según se trate de agravantes o atenuantes (84).

Llegado el momento de analizar la doctrina contemporánea española, es posible realizar una clasificación de las distintas posturas, que sin forzar excesivamente el planteamiento, permita una más nítida y fluida exposición del tema. Pues bien, esta clasificación puede construirse si adoptamos como eje divisorio la teoría jurídica del delito. Así, según / si los autores buscan en ella el apoyo para sustentar el juego de las circunstancias, o si por el contrario, negando toda conexión con injusto y culpabilidad, determinan su fundamento en otro tipo de consideraciones.

Ahora bien, la adopción del presente método expositivo requiere cuanto menos, una breve justificación, y también alguna matización. Por lo que respec

ta a la primera cuestión, conviene recordar como la discursión sobre si la teoría general de las circunstancias modificativas debe adscribirse a la teoría jurídica del delito o bien a la teoría de la pena, / no sólo ha centrado la problemática genérica de las mismas, sino que además se ha proyectado y condicionado sobre prácticamente todas las demás áreas de la problemática, tales como su naturaleza jurídica, su comunicabilidad, compatibilidad, sistematización, / estructura, error, e incluso, como vimos, de su mismo concepto (85). Es decir, que esta polémica ha presidido y centralizado la práctica totalidad de la investigación científica sobre las causas de atenuación y agravación de la pena, constituyéndose en el auténtico meollo de la cuestión. En cualquier caso, tampoco puede olvidarse, que la respuesta a la interrogante de si es posible o no llevar a cabo la conexión con los elementos esenciales del delito, dependerá de la misma concepción que de ellos se tenga, y no sólo de ellos, sino también del entendimiento global de la dogmática penal. De todo ello / se deriva la absoluta transcendencia de la solución que en su caso se proponga.

Por lo que se refiere al capítulo de matizaciones debe, indicarse tan sólo que la inclusión de los autores en uno u otro grupo -según si se es o / no partidario de la vinculación de las circunstan-

cias con injusto y culpabilidad-- conlleva una cierta generalización de las distintas posturas, pudiéndose en ocasiones hacer perder el detalle de cada una de ellas. Además de este inconveniente--por otra parte ineludible so pena de incurrir en un relato extraordinariamente prolijo, y en absoluto más riguroso-- es necesario señalar una advertencia, por otra parte obvia, que hace mención a la total disparidad de posiciones dogmáticas existente entre los autores incluidos en los respectivos grupos. De suerte que entre / los partidarios de vincular las circunstancias a los elementos esenciales del delito, habrá una gran diferencia a la hora de conceptualizar el injusto, la culpabilidad, y la pena. Y la misma consideración cabe expresar con referencia a la otra gran opción doctrinal.

Igualmente, y como resulta hasta cierto punto -- habitual en estos casos, encontraremos un numeroso / grupo de autores, que aún manteniendo una u otra postura, parecen inclinarse por una posición decididamente ecléctica, o intermedia. En todo caso, la gran mayoría se muestran muy cautelosos, y francamente -- enemigos de soluciones absolutas y terminantes.

A).- Autores partidarios de la conexión de las circunstancias con los elementos del delito.

Dentro de esta orientación es posible distin--

guir a su vez, entre aquellos que efectúan dicha conexión con ambos elementos, antijuricidad y culpabilidad, y quienes por el contrario, tan sólo la llevan a cabo con relación a la culpabilidad.

a.1.- Con injusto y con culpabilidad:

Para ANTÓN ONECA y RODRIGUEZ MUÑOZ, todas las -- atenuantes suponen una disminución de la culpabilidad del sujeto. Las agravantes por el contrario, implican una mayor cantidad de delito: bien por la superior antijuricidad de la acción, o bien por la intensidad -- acentuada de la culpabilidad. Acto seguido, y ya operando desde la clasificación que distingue entre objetivas y subjetivas, dirán que la mayoría de las primeras tienen por fundamento la mayor facilidad para cometer el delito y la dificultad de defensa, mientras que otras lo tienen en la mayor gravedad del resultado. En cambio, las segundas, esto es, las clasificadas de subjetivas, se fundan en el incremento de la / culpabilidad, bien por la intensidad de la voluntad criminal, o por los motivos o por la condición o por superior capacidad criminal del culpable (86).

En opinión de PUIG PEÑA, todas las circunstancias son subjetivas, denotando las agravantes un incremento de la antijuricidad por la mayor perversidad del / sujeto, mientras que las atenuantes suponen una impu-

tabilidad disminuida, o bien, representan especiales estímulos para delinquir (87). Sin embargo, curiosamente, en una monografía sobre la agravante de alevosía, la califica como una circunstancia atinente a / la culpabilidad (88).

También RODRIGUEZ DEVESA entiende que atenuantes y agravantes se justifican en base a su conexión con la teoría del delito, al señalar que "la antijuricidad y la culpabilidad son susceptibles de variación según las circunstancias que concurran en el caso concreto en el delito cometido, es decir, son capaces de una graduación mayor o menor, que repercute sobre su gravedad". Y tras este reconocimiento expreso de su vinculación a los elementos del delito, las clasifica según supongan mayor o menor antijuricidad o culpabilidad (89).

Según la opinión de LUZÓN DOMINGO, las atenuantes implican, bien una disminución de la antijuricidad, bien de la culpabilidad, o bien, se deben a meras razones de política penal. Respecto de las agravantes describe una gama aún más variada de fundamentos, destacando entre ellos, la mayor perversidad, / la más elevada intensidad de la culpabilidad, el aumento de la alarma social, el incremento del mal producido, y la especial peligrosidad del sujeto (90).

De los distintos fundamentos otorgado al estudiar cada una de las circunstancias contenidas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal, se puede deducir que tanto CÓRDOBA RODA, como RODRIGUEZ MOURULLO y CASABÓ RUIZ, acepten su vinculación a la teoría jurídica del delito (91). En esta misma línea, el primer autor citado, al estudiar el artículo 11, entiende que la llamada "circunstancia mixta de parentesco" se fundamenta en atención al desvalor de / la conducta (92).

Por su parte MIR PUIG afirma que "si las circunstancias agravan o atenuan la pena es, en principio, porque aumentan o disminuyen la cantidad del / injusto o de la culpabilidad del hecho. De ahí que importe decidir qué circunstancias afectan al injusto y cuales a la culpabilidad" (93). Sin embargo, / entiende que es una cuestión distinta, la de sí además de por una modificación de la gravedad del delito, puede también graduarse la pena en base a los fines de la pena. Cuestión que a su juicio debe responderse afirmativamente, tanto de "lege data" como de "lege ferenda". En cualquier caso, señala que -- aunque las circunstancias afectan al injusto y a la culpabilidad, sus efectos pertenecen a la pena. Por último merece ser destacada su categoría negativa a que puedan fundamentarse en la culpabilidad ninguna causa de agravación, pues en dicha categoría tan sólo pueden buscar su "ratio" las atenuantes (94).

Igualmente acepta su vinculación con los elementos esenciales del delito BUSTOS RAMIREZ, distinguiendo aquellas que suponen un mayor o menor desvalor de acto, de resultado, o las que se refieren al sujeto responsable (95).

Del mismo modo ARROYO DE LAS HERAS, entiende / que las agravantes revelan una mayor antijuricidad o una mayor peligrosidad, mientras que las atenuantes denotan siempre una menor peligrosidad (96).

Tras distinguir entre el fundamento de cada circunstancia en particular y el fundamento global de las circunstancias, esto es, el que pueda corresponderle en tanto parte del sistema, ALONSO ALAMO, niega expresamente la posibilidad de sostener un fundamento unitario en bloque de atenuantes y agravantes, basado en ideas como la perversidad o la peligrosidad. Entiende por el contrario, que la "ratio" de / las modificativas se encuentran en la mayor o menor gravedad del injusto y de la culpabilidad, porque -- las circunstancias gradúan la pena, y previamente el delito, ya que la mediación de la pena se realiza en atención al contenido de injusto y culpabilidad. La citada autora llega así a la conclusión de que "injusto y culpabilidad son graduados por las circunstancias. La reducción de las circunstancias a simples criterios legales de determinación de la pena no es /

compatible con el desarrollo de la dogmática jurídico-penal" (97).

Del mismo modo, MAQUEDA ABREU, señala que las circunstancias "recogidas en la Parte General del Código (artículo 9, 10 y 11) pueden condicionar -- con los límites legalmente establecidos (artículos 59 y siguientes)- la pena de las diversas figuras delectivas en razón a la mayor o menor gravedad del injusto o de culpabilidad que implique su concurrencia" (98).

Con esto podemos poner fin al repaso de las principales posiciones de esta importante línea doctrinal, que puede clasificarse sin exagerar, como mayoritaria (99).

a.2.- Con la culpabilidad.

Partidarios a esta postura lo han sido célebres juristas españoles, como CUELLO CALÓN, JIMENEZ DE ASÚA, FERRER SAMA o BERNALDO DE QUIRÓS.

Para el primero de estos autores, en todo delito, desde el punto de vista de la culpabilidad del agente, pueden considerarse tres grados: una culpabilidad típica o normal, una culpabilidad agravada (basada en la mayor perversidad), y una culpabilidad --

atenuada (en atención a una disminución de la inteligencia del sujeto o de su menor perversidad). Concluirá señalando que son todas subjetivas (100).

Afirma JIMÉNEZ DE ASÚA que las circunstancias influyen en la culpabilidad, significando una mayor o menor culpabilidad o peligrosidad, del sujeto. Son las circunstancias modificativas, desde su óptica, / una conquista de la concepción normativa de la culpabilidad (101).

También FERRER SAMA entiende que en torno a la culpabilidad cobran su sentido y significado la teoría general de las circunstancias. Las atenuantes / suponen una menor peligrosidad, manifestada bien por los motivos, bien por la forma de realización, bien por la propia personalidad del sujeto. Y respecto a las agravantes, dirá que implican o una mayor peligrosidad, o una forma de comisión más grave, o una personalidad más perversa. En cualquier caso las califica a todas de subjetivas (102).

En parecidos términos se expresa BERNALDO DE - QUIRÓS. Así en relación a las atenuantes afirma que se tratan de un auténtico homenaje al principio de culpabilidad. Entre las agravantes distinguen entre las objetivas, que se refieren a determinados y especiales protecciones que la ley atribuye a ciertos

lugares, tiempos, ocasiones, modos o formas, víctimas. Y las subjetivas afectan todas al estado personal del agente, suponiendo un ánimo perverso o más temible (103).

En nuestro días, ha defendido esta postura GÓMEZ BENITEZ, para quien las circunstancias ayudan a medir y concretar la culpabilidad (104). En idéntica orientación se muestran abundantes autores que / en sus respectivas monografías fundamentan las circunstancias estudiadas en base a la sólo idea de la mayor o menor culpabilidad del sujeto (105)

B).- Autores partidarios de explicar las circunstancias modificativas al margen de la teoría jurídica del delito.

Aunque la mayoría de estos autores coinciden -- únicamente en rechazar la conexión de la circunstancia 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. También los hay que, aunque con ciertas dudas y un tanto exceptivamente, manejan ambos criterios, es decir, vinculación con el delito y también con la penalidad, aunque el primer criterio aparece muy descolorido, ejerciendo la mayor parte del peso la segunda consideración. Son las posturas que de -

'alguna manera podrían calificarse como mixtas, eclécticas o intermedias.

Una de las líneas doctrinales más claras en este sentido, la inia DEL ROSAL, quien señala que el / delito está constituido por una serie de caracteres, pero a veces se presenta con elementos accidentales, los cuales transforman su fisonomía a efectos de la pena. Pero estos elementos accidentales no afectan a la sustancia del delito, sino que dejándola intacta "proyectan su eficacia en la medición de la pena, o todavía mejor, de acuerdo con la terminología del -- Código, 'modifican la responsabilidad criminal'". / Por ello, el lugar sistemático que les corresponde -- se sitúa en la teoría de la pena, y allí, en su concreta medición. Consecuentemente estima que su fundamento debe buscarse fuera de las categorías de anti-juricidad y culpabilidad, concretamente en consideraciones de política criminal (106).

Continuando esta orientación, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, afirman que las circunstancias influyen en la mayor o menor gravedad de la pena, pero no -- afectan al delito, pues éste existe igualmente se / de o no aquellas. Por tanto, repercuten únicamente sobre la pena. Por ello, dirán, que a pesar de que / la doctrina mayoritaria las reconduzca sistemáticamente a la teoría jurídica del delito, ello es más --

un deseo que una realidad, a la vista de nuestro Derecho positivo. En criterio de la antijuricidad y de la culpabilidad resulta, según los citados autores, insuficiente para darles una explicación satisfactoria y que incluso, en el caso de la culpabilidad, pudiera desvirtuar su naturaleza, y carácter estrictamente jurídicos. Por ello, concluyen, "la última ratio de las circunstancias ha de verse en principios de naturaleza polícticriminal, de muy variado carácter (entre los que operan, desde luego, en ocasiones disminución del adño y del reproche culpabilístico" (107).

En esta misma línea debe inscribirse la postura de ORTS BERENGUER, que desde su punto de vista centra el fundamento, de una parte en la disminución -- del daño o del reproche culpabilístico, en base al / artículo 2^a, 2^o, y de otra en motivos político-criminales o de justicia material (108). Constituyendo -- así, una posición intermedia o mixta.

Otra de las grandes corrientes doctrinales que/ cabe enmarcar dentro de esta posición, es la mantenida 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 a su estudio parece ser el dedicado a la punibilidad".

Y ello, porque aunque muchas de ellas presenten rasgos morfológicos más o menos emparentados con los -- elementos del delito, pudiera intentarse su coordinación con dichos elementos, como se ha intentado ya -- con dudoso éxito. Por ello, debe abandonarse este -- criterio por inseguro e ineficaz, concluyendo que -- únicamente afectan a la cuantía de la punición (109).

Tampoco cabe la explicación de las circunstan-- cias en base a los elementos del delito, en opinión de QUINTERO OLIVARES, porque ante todo "hay que rechazar la tésis de que las categorías clásicas de -- la teoría del delito necesariamente han de explicar todo el fenómeno delito-pena", pues existen elementos que no encuentran justificación satisfactoria a través de aquellas categorías, o bien exigen la introducción de nuevos principios. Así pues, "la pretensión de que todas las circunstancias agravantes o atenuantes han de tener una explicación en la antijuricidad o en la culpabilidad debe ser abandonada", ya que además de que el contenido de dichas categorías resulta muy discutido, la razón de muchas circunstancias no se encuentra en ellas, sino en -- "postulado político-criminales fundados en la fun-- ción o finalidad que se le quiera dar a la reacción penal" (110).

También en varias monografías, encontramos co-

mo fundamento de las circunstancias, consideraciones externas a la antijuricidad y a la culpabilidad (111).

Antes de concluir este repaso a las principales posturas habidas en la doctrina española, debe hacerse mención a la mantenida por BACIGALUPO, quizás por ser el más fiel exponente de una posición eclética. Así, 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 agravantes, por mostrar precisamente una más elevada energía criminal. Por último, desde la mira de la prevención general, las atenuantes se fundamentarían en la necesidad de disminución de la pena, y las agravantes, por ser necesario 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 (112).

Corresponde ahora, una vez analizada la jurisprudencia y las diversas corrientes doctrinales surgidas en nuestro país, manifestar nuestra posición /

al respecto. Dicha toma de postura es la que nos proponemos abordar, para mayor claridad, en el apartado siguiente.

1.4.- TOMA DE POSTURA.

Como ya advertíamos en la Introducción de este capítulo, si de lo que se trata es de realizar un / análisis riguroso sobre el fundamento de las circunstancias modificativas, resulta imprescindible tomar en consideración una triple perspectiva del problema. De suerte, que debe distinguirse nítidamente entre / lo que es una investigación sobre el fundamento particular de cada circunstancia, para lo que será necesario atender primordialmente a una interpretación --teleológica del precepto correspondiente. En segundo lugar, habrá que buscar el fundamento último o remoto de la totalidad de las circunstancias, o sea, la "ratio" del conjunto o sistema de las mismas, análisis que se asentará en una interpretación eminentemente dogmática y sistemática. Por último, será necesario evaluar los criterios político-criminales en los que se sustentan, tanto cada una de ellas en sí mismo considerada, como desde una óptica común, esto es, de averiguar las partes político-criminales/ que informan la generalidad de ellas, el sistema.

Como es obvio, no todas las anteriores investigaciones interesan --ni tampoco son propias-- de una /

teoría general de las circunstancias. En concreto no lo son, ni la primera, es decir, la indagación del fundamento próximo o particular de cada circunstancia, ni tampoco una parte de la última averiguación, la correspondiente a fijar el asiento político-criminal de cada atenuante o agravante en particular.

Por tanto, corresponde pronunciarse en las líneas que siguen, sobre dos cuestiones básicas: la de terminación del fundamento dogmático de las circunstancias, y, en segundo término, sobre las razones político-criminales que informan dicho sistema. Trate-mos ambas cuestiones separadamente y por el orden in dicado.

1.4.1.- EL FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LAS CIRCUNSTANCIAS.

Cualquier proyecto destinado a elaborar una teoría general de las circunstancias modificativas, pasa necesariamente por la resolución de un problema - tan trascendente como es la averiguación del fundamento en donde apoyar todo el sistema. Y, a la vez, para hallar el fundamento resulta ineludible manifestar se acerca de la posibilidad de conectar, vincular o relacionar de algún modo, la teoría jurídica del delito con la de las circunstancias modificativas de / la responsabilidad criminal, o por el contrario, bus

car una alternativa dogmática distinta.

Sin embargo, previamente a emitir nuestro juicio sobre esta cuestión central, conviene formular una serie de advertencias preliminares de poca importancia.

a). Como ya señalaba KELSEN, "el derecho que constituye el objeto de la ciencia jurídica/ es el derecho positivo" (113). La elaboración de una teoría general de las circunstancias, y dentro de ella, la fijación de su fundamento, no pueden constituir, ni constituyen, una excepción a tan esencial carácter de la ciencia del derecho. Por lo cual no puede perderse de vista en ningún momento, el ordenamiento positivo español, desde el cual, sólo desde el -- cual, cabrá edificar una teoría general de -- las circunstancias, así como la elección del fundamento en que sustente. Cualquier iniciativa ajena a esta consideración, no podrá nunca, a nuestro juicio, ser tomada como una auténtica teoría de las circunstancias del derecho español, y quizás, también pudiera ser / que careciese de hasta su misma estimación como jurídica, precisamente por desconocer su / propio estatuto epistemológico (114).

b). Cierta conexión con la anterior advertencia, guarda la que hace referencia a si es posible hablar, y en consecuencia buscar, un fundamento -- unitario para todas las circunstancias. Como ya anticipábamos en la Introducción a este capítulo, la doctrina científica más variada así lo ha venido entendiendo. Para ello se ha argumentado generalmente, que al desempeñar idéntica función y poseer igual eficacia en orden a la determinación de la pena, es posible establecer "un lazo de -- unión" entre todas ellas, que vendría a justificar la necesidad de encontrar un fundamento válido para todas. Esta argumentación se nos antoja de todo punto sólida y satisfactoria, pero cabría señalar " a fortiori", que a esta misma -- idea también da pie la propia sistematización -- que todas ellas presentan en el Código Penal, al ser reguladas en su Libro I de una forma unitaria (115).

c). Tampoco puede olvidarse, como acertadamente ha advertido ORTS BERENGUER, que tanto la postura proclive a efectuar la vinculación con la teoría jurídica del delito, como la favorable a llevarlas fuera de ella "aparecen con solidez bastante, para resistir cualquier embate crítico", y que en definitiva, generalmente, adscripción de

una u otra no conlleva una diferencia práctica relevante, pues en cualquier caso siempre producirá el mismo efecto de modificar la pena -- (116). Por lo demás, hemos de convenir que, en última instancia, la elección en su caso de uno u otro camino donde cimitar la "ratio" de las / circunstancias, dependerá en gran medida de cual sea la concepción dogmática adoptada en torno a antijuricidad y culpabilidad, y más genéricamente de la idea misma que se tenga del Derecho Penal (117).

Pues bien, llegado el momento de optar por una/ de las alternativas posibles en este punto, se hace menester que la elección sea consecuente con la postura adoptada al establecer el concepto dogmático de circunstancias modificativas. En este contexto, cabe afirmar nuestro condicionamiento al creiterio seguido en sede conceptual. Y si allí las definíamos como meros accidentes, totalmente ajenos a las categorías - esenciales de la infracción, a las que en absoluto / afectaban (118), nuestra respuesta a la cuestión de si cabe vincularlas sistemáticamente a la teoría jurídica del delito, tendría que ser forzosamente negativa. Esta respuesta negativa es la que vamos a tratar de explicar, así como de argumentar nuestra alternativa.

Para lograr ambos propósitos conviene antes, a modo de presupuesto, dibujar muy telegráficamente - (119) la posición dogmática desde la que se opera. Así, se entiende el tipo como tipo de injusto, concibiéndolo como el conjunto de características en / las que se materializa la lesión o puesta en peli--gro del bien jurídico, lo que significa adoptar una concepción eminentemente objetiva de la antijuricidad (120). Asimismo, la culpabilidad es conceptuada como culpabilidad por el acto aislado, mediante la cual se efectúa un juicio donde se reprocha perso--nalmente al sujeto la realización del tipo del in--justo (121). De igual forma, la pena podría definir se "como el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada, a quién, tras el debido proceso, aparece co--mo responsable de una infracción del derecho, y a / causa de dicha infracción" (122). Así entendida la pena es conceptualmente retribución, desempeñando / una función de tutela de los bienes jurídicos, y - que trata de alcanzar dos fines fundamentales: la -prevención general y la prevención especial. De las anteriores consideraciones se deriva inequívocamen--te la vigencia de un Derecho Penal donde el princi--pio de culpabilidad sigue jugando un papel predomi--nante, entendiendo que la esencia de éste se tradu--ce en sendas proposiciones: "no hay pena sin culpa--bilidad", y "la pena no puede sobrepasar la medida/

de la culpabilidad" (123).

Pues bien, partiendo de esta concepción del / Derecho Penal (124), y de un sistema legal como el nuestro, creemos que no es posible, o al menos entrañar grandes y graves dificultades, la vinculación de las circunstancias con el injusto y culpabilidad. Y, en cualquier caso, se nos antoja muy / discutible efectuar, tal conexión de un modo tan enérgico, absoluto y decidido, como lo hace la doctrina dominante.

Y es que, ocurre, que sí la práctica totalidad de autores coincide en definirlos como elementos ac cidentales, no necesarios para la vida del delito, y ajenos a operar ningún cambio sobre los elementos - esenciales del delito, parece luego una cierta contradicción, al menos desde un punto de vista eminentemente formal, su ansia de llevarlos hasta injusto y culpabilidad para, allí, afirmar que su fundamento se halla precisamente en la modificación de éstos. No parece desde luego una postura muy satisfactoria desde una óptica estrictamente lógico-formal.

Tampoco lo es, desde una perspectiva puramente / material, por cuanto ninguna de las atenuantes o -- agravantes catalogadas en los artículos, 9,10 y 11 pueden fundarse en el injusto. Y ello es así, porque no cabe afirmar que supongan un menor o mayor /

contenido de injusto. Claro es, que para ello, debe entenderse dicha categoría, como lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En este caso, basta un simple repaso de las recogidas en nuestro Código Penal, para darse cuenta que su concurso en ningún supuesto afecta a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, por lo que no puede decirse que embriaguez, arrepentimiento espontáneo, alevosía, premeditación o nocturnidad, supongan una disminución o un aumento de la lesión o del peligro. Ninguna circunstancia pues, desde esta concepción, conlleva un plus o un minus de antijuricidad.

A nuestro juicio, si se quiere vincular la teoría de las circunstancias al injusto, resulta imprescindible a una de estas dos posiciones: o bien se concibe subjetivamente la antijuricidad, configurándola primordialmente como desvalor de acción: o bien, dentro de una concepción objetiva del injusto, se afirma que la función esencial del Derecho Penal es regular conductas humanas, entendiéndose que la antijuricidad se construye fundamentalmente en torno a la idea del desvalor de acción, o por lo menos se acepta dicha categoría junto a la del desvalor de resultado (125).

No es esta la ocasión más oportuna para extenderse en tan compleja problemática, aunque si merece

una breve referencia en tanto en cuanto afecta a --
nuestra temática. Sí aquí se ha suscrito una postu-
ra favorable al entendimiento objetivo de la antiju-
ricidad, ésta, necesariamente, habrá de concebirse/
como desvalor de resultado. Por ello, si se parte de
esta concepción, resulta un tanto tauto-lógica la --
aceptación del desvalor de acción. Pues si la fun--
ción del Derecho Penal se centra en la protección de
bienes, sólo podrán considerarse injustas aquellas /
conductas que efectivamente lesionen o pongan en pe-
ligro los bienes penalmente tutelados. Por tanto, el
acento no ha de recaer en la conducta en sí misma --
considerada, sino en el resultado del dicho comporta-
miento. La conducta en todo caso podrá resultar peli-
grosa, y ello no significa otra cosa, que la probabi-
dad de producción de un resultado lesivo. Si se nos/
permite un ejemplo, podríamos decir, que la conducta
de disparar en si mismo considerada, valorativamente
neutra. Con tal solo esta descripción es absolutamen-
te indiferente al Derecho Penal. Sólo comportará el
interés del ordenamiento criminal en tanto en cuanto
conlleve un peligro para la integridad de un bien ju-
rídicamente protegido. Es decir, en tanto en cuanto
signifique una probabilidad de lesión de dicho valor
humano digno de tutela. Según parece pues, lo rele-
vante no es la conducta, sino el resultado lesivo /
-o la probabilidad real- de un bien jurídico.

Abundando en las consideraciones anteriores, entendemos con COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, que "no se entiende por que habría en un Estado social y democrático de Derecho, que desplazar el centro de gravedad del Derecho Penal desde el momento de la afectiva producción del resultado al de la creación del peligro, con la consiguiente reducción de la esfera de la libertad" (127). El carácter fragmentario del Derecho Penal y la propia esencia de un Estado de Derecho tendente a la ampliación de las libertades, no parece muy compatible, con este "adelantamiento de la línea de defensa", en que se traduce en última instancia, la aceptación del desvalor de acción.

Así pues, si ya desde una perspectiva formal no parecía deseable ni posible una vinculación estricta de las circunstancias al injusto, tampoco lo parece/ si se adopta un punto de vista eminentemente material por cuanto ninguna circunstancia implica un mayor o menor contenido de injusto, al no representar un incremento o una disminución de la lesión del bien jurídico. Pero además, cabría resaltar, para reforzar/ esta argumentación, la idea de que un esfuerzo tan grande para efectuar tal vinculación, conlleva un peligroso ensanchamiento de la antijuricidad, pues de otro modo no es posible incluir en su seno tan basto y dispar catálogo de atenuantes y agravantes.

Semejante ampliación de la antijuricidad efectuada con el único fin de poder explicar tan extenso panorama, amén de parecer un tanto innecesario - (128) -pues parece responder exclusivamente al afán de explicar todo instituto penal en base a las categorías de injusto y culpabilidad-, resulta sensiblemente peligroso, al obligar a introducir en el seno de la antijuricidad, circunstancias, que por su misma significación y sentido, conllevan importantes / connotaciones moralizantes, que de esta manera, se/cuelan hasta la médula de un juicio, en que la única desvaloración debe ser jurídica.

Por lo que se refiere a la culpabilidad, cabría decir otro tanto. Así, desde una óptica formal, mal puede entenderse que meros elementos accidentales -- puedan modificarla.

Desde una perspectiva material, también se corre similar peligro al reseñado para la antijuricidad, - pues como han señalado COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, "pudiera desvirtuar su carácter y naturaleza estrictamente jurídica forzarla hasta ese extremo, siempre y cuando se parta de la actual realidad juridicope--nal" (129). Así, el intento de explicar las circunstancias en base al mayor o menor reproche culpabilístico, supone abrir una puerta a una nueva corriente moralizante del juicio de culpabilidad. Y ello sucede al tratar de cimentar la totalidad de agravantes

y atenuantes en la sola idea de un "plus" o de un - "minus" de la culpabilidad.

Esta moralización de la culpabilidad parece obvia, cuando desde ella se pretenden justificar agravantes como la premeditación, alevosía, ensañamiento, reincidencia, nocturnidad, despoblado, cuadrilla etc., todas ellas basadas en las mayores facilidades comisivas, en las superiores posibilidades de lograr la impunidad, la disminución de la capacidad defensiva, o la superior alarma social. Es decir, circunstancias en las que se castiga el delito bien hecho, como tendremos ocasión de ver al interesarnos por las razones político-criminales en que descansa nuestro sistema de agravantes.

Pero igualmente resulta difícil evitar una moralización de la culpabilidad, cuando desde ésta se pretende explicar atenuantes como el arrepentimiento espontáneo, la preterintencionalidad, o incluso, aunque más discutiblemente, los estados emotivos o pasionales, o la embriaguez no habitual. En todas ellas es / sumamente difícil aclarar en que términos operan una disminución del reproche culpabilístico.

Tampoco es muy convincente el recurso a la culpabilidad como apoyatura de las circunstancias, si se / parte de una concepción de la culpabilidad, como re--

proche personal dirigido al autor por la realización del injusto típico. Pues si las circunstancias no forman parte del tipo de injusto, no se entiende como luego se puede reprochar algo inexistente en el objeto de reproche.

Si las consideraciones anteriores son ciertas, en el sistema, no puede hallarse el fundamento de las circunstancias en un aumento o disminución de / injusto y culpabilidad, y por tanto, no cabe efectuar una vinculación tan fuerte y estricta entre teoría jurídica del delito y circunstancias modificativas. Aunque no deben tampoco desconocerse las ventajas que esta postura podría conllevar, pero que, como han señalado COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en la actualidad "se trata más de un criterio de 'lege ferenda', que de una deducción extraída de nuestro derecho positivo", revelando más un deseo que una realidad (130).

Que las circunstancias modificativas inciden en la mayor o menor gravedad del hecho es algo tan pacífico como evidente. Como también lo es, que ésta, no sólo se, mide en consideración al injusto y a la culpabilidad. Para determinar la gravedad de un hecho, / debe acudirse a tres criterios: contenido del injusto: reproche culpabilístico y necesidad de tutela. / Este último criterio parece devenir de una exigencia

de orden constitucional, solapada y cobijada en la -
vigencia del principio de prohibición de exceso o de
proporcionalidad en sentido amplio (131).

Como quiera que la pena ha de ser proporcionada
a la gravedad del delito cometido, para lograr dicha
equidad, deberá atenderse en primer lugar al conteni-
do de injusto y a la culpabilidad del sujeto. De suer-
te que, en principio, podrá afirmarse que la pena pro-
porcionada a la gravedad del delito, resulta también
adecuada a la finalidad de tutela de la sanción pe-
nal. Pero no siempre sería así, puesto que precisa-
mente en base a esa función de tutela, la pena verda-
deramente proporcionada, pudiera ser mayor o menor,
siempre claro está, dentro del marco penal abstracta-
mente establecido por el legislador.

Tal criterio vendría a encajar perfectamente con
el modelo de determinación de la pena arbitrado por /
nuestro Código Penal. Así, la fijación del llamado --
"marco legal abstracto", estaría determinado en base
al contenido de injusto y al mayor o menor grado de/
culpabilidad del autor. Y una vez ya determinado és-
te, y dentro de una pena ya proporcionada, se pasa--
ría a establecer el denominado marco penal concreto,
donde precisamente operan las circunstancias modifi-
cativas, señalándose el grado de pena a imponer, para
lo que se atendería a la mayor o menor necesidad de -

tutela, y por consiguiente, a la mayor o menor necesidad de pena que corresponda al sujeto por el hecho realizado.

Al establecer como fundamento dogmático de las / circunstancias modificativas la mayor o menor necesidad de tutela (a la que corresponde una mayor o menor necesidad de pena), se logran a nuestro juicio varias ventajas de orden sistemático:

a).- Se evitan los importantes escollos advertidos en nuestro derecho positivo, cuando se trata de efectuar una vinculación con la teoría jurídica del delito. Y al mismo tiempo, se sigue operando con un fundamento unitario de las mismas.

b).- Al cimentarlas en criterios "extrínsecos" a la teoría jurídica del delito, y más concretamente en la función de tutela que corresponde a la pena, se las instala definitivamente, a los efectos sistemáticos, en el ambiente de la teoría de la pena, donde precisamente desempeñan sus efectos modificadores, que a la postre resultan ser los únicos lazos de unión entre todas ellas.

c).- Asimismo, se consigue otorgar una mayor operatividad a la necesidad de tutela, como criterio básico para modular la pena que proporcionalmente corresponde imponer en cada caso concreto.

Antes de terminar conviene precisar algunos extremos relevantes para la exposición. Uno de ellos / hace referencia a la inequívoca presencia del principio de culpabilidad como sustento de la teoría general de las circunstancias modificativas. Su carácter informador ya fué puesto de relieve por la doctrina más diversa (132). Y no podría entenderse de otro modo, dado el servicio que éstas juegan en orden a una mayor proporcionalidad de la pena, y a su mayor individualización.

Tampoco deben olvidarse dos tradicionales dificultades que siempre han planeado a la hora de establecer su fundamento. La primera hace referencia a / la enorme heterogeneidad que ha presentado la regulación legal de las circunstancias, que unido a una deficiente técnica jurídica, han obstaculizado seriamente su reducción a criterios uniformes. La segunda concierne a la práctica bastante común de un importante sector de nuestra doctrina a conectar de un modo constante la problemática del fundamento, con la de la naturaleza jurídica, y el artículo 60, todo -- ello presidido por el binomio objetivo-subjetivo, -- que ha inducido a numerosas confusiones, entre las / que destaca la equiparación objetivo-antijuricidad y subjetivo-culpabilidad, todo lo cual abordaremos detenidamente en apartado siguiente.

A modo de conclusión podría señalarse, que dada la insuficiencia del recurso de acudir a la teoría jurídica del delito para explicar la totalidad de -- circunstancias agravantes y atenuantes recogidas en/ nuestro Código Penal, debe acudirse a otros criterios que bien pudiera ser el aquí propuesto, o bien el indicado por ORTS BERENGUER, consistente en una conjunción de la tesis mayoritaria según el tenor del artículo 2,2º, y en consideraciones político-criminales.

En cualquier caso, debe advertirse que aunque ha yamos tratado de ofrecer una interpretación coherente de nuestro derecho positivo, ello no puede entenderse en absoluto, como una aceptación del mismo. Muy al -- contrario, somos de la opinión, de que el actual sistema de circunstancias, y en general, todo el relacionado con la determinación de la pena, exige una urgente racionalización. Este es el camino que parece se--guir la Propuesta de 1983, aunque no resulta del todo satisfactoria, desde el momento que recoge circunstancias tales como "la de obrar por motivos de notorio -valoe social" (artículo 23,4º) o la agravante de "obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles" (artículo 25,4º).

1.4.2.- EL FUNDAMENTO POLITICO-CRIMINAL.

El fundamento o fundamentos político-criminales/

en los que se sustenta el actual sistema de las circunstancias modificativas debe buscarse necesariamente en los remotos orígenes históricos en los que cobró vida.

Los catálogos de circunstancias suscritas por / los distintos Códigos Penales entre sus disposiciones generales, nace como consecuencia de un movimiento histórico muy determinado, como fué el movimiento codificador de finales del siglo XVIII. Con ello se trató principalmente, de acabar con el desmedido arbitrio judicial existente en el Antiguo Régimen, así como de lograr una correcta y más acertada individualización del castigo, una vez asentado el principio de igualdad ante la ley.

Tan loables propósitos fueron logrados en gran medida gracias al efectivo juego de las circunstancias. Sin embargo, en la actualidad, nuestro viejo / catálogo de circunstancias, apenas reformado desde - hace más de un siglo, ha quedado ciertamente traspasado.

Por eso, ha podido afirmar con toda razón QUINTERO OLIVARES, que en la manera que hoy se ofrecen / las circunstancias modificativas en nuestro Código Penal, "son expresión de una política criminal determinada, y a nuestro modo de ver, caduca". Esta crítica

ca la lleva el autor hasta la totalidad del conjunto formado por agravantes y atenuantes, así como al sistema de grados y escalas (133).

Parece acertada la crítica del citado autor, / desde el momento en que la mayoría de las agravantes se basan en criterios tales como la mayor facilidad de realizar el delito, la superior probabilidad de / lograr la impunidad, la mayor indefensión del bien jurídico y el incremento de la alarma social. De -- suerte, que se está castigando no sólo el delito -- "bien hecho", sino el "delito normal", con lo que se está obligando al delincuente a que deje de aprove-- char las ventajas que pudieran surgirle, lo que es - absolutamente contradictorio con la misma idea de de lito, que presupone el aprovechamiento, normalmente, de toda ocasión propicia para cometerlo (134).

El sistema de las agravantes es pues altamente insatisfactorio, respondiendo a una concepción deci monónica, obsesionada por una defensa a ultranza de ciertos valores sociales, hoy totalmente superados/ (135). Buena prueba de ello lo constituye, por ejem plo, la agravante de nocturnidad, más propia de una sociedad rural y escasamente desarrollada, que de - una actual, plenamente modernizada.

El catálogo de las atenuantes no presenta tan-

tas quiebras, aunque la exigencia de "no habitualidad" en la embriaguez, la preterintencionalidad o ciertos matices de arrepentimiento espontáneo, dejan traslucir igualmente una concepción moralizante muy pretérita de nuestra sociedad.

No merece mayor detenimiento el problema, como tampoco resaltar, el tan ya criticado sistema de medición de la pena, que responde, como la mayoría de las agravantes y parte de las atenuantes, a una arcaica y desfasada política-criminal.

De "lege ferenda" se ha precisado también una revisión de las circunstancias que permita la introducción de más acompasados criterios político-criminales, propia de nuestro siglo.

2.- NATURALEZA JURIDICA

=====

2.1.- PLANTEAMIENTO

Si con carácter general se ha podido afirmar/ que la doctrina científica ha prestado escasa atención a la teoría general de las circunstancias modificativas, llegándose incluso a decir que han deambulado por la teoría del delito como un "sobrante" (136), quizás la específica problemática de su

naturaleza jurídica , constituya una excepción a este desinterés genérico.

La razón por la que la doctrina científica más diversa se ha ocupado de esclarecer la naturaleza jurídica de las circunstancias, se debe, sin duda, a una variada gama de consideraciones de toda índole. Sin embargo, de entre ellas sobresalen fundamentalmente dos, la primera hace referencia a la suma trascendencia que la averiguación de la naturaleza jurídica desempeña a la hora de construir una teoría general de las mismas. La segunda aparece como consecuencia de una larga tradición entre nuestros autores, que desde siempre se ocuparon del tema, abonando así el terreno para una polémica que ha llegado / hasta nuestros días.

La importancia de la materia viene determinada en primer lugar, porque la doctrina dominante ha venido utilizando la naturaleza jurídica como plataforma válida desde la cual ha desarrollado la vigencia de una serie de criterios clasificatorios de notoria importancia para su vida jurídica. Porque obviamente, cuando se establecen estos criterios, no se hace sólo y simplemente para clasificarlas formalmente, pues también se trata de una forma de fijar los principios interpretativos, con los que posteriormente quedará irremediablemente vinculado al

régimen, dogmático y práctico, de atenuantes y agravantes (137). Por tanto, no se trata de "un simple juego formal ni dialéctico", sino de una trascendental opción, que sea cual sea, obligará a ser consecuente con ella, no sólo en orden a cual sea su naturaleza jurídica, sino también en orden a los criterios clasificatorios seguidos.

Las soluciones dadas han sido muy dispares en tan escabroso asunto. Pero la confusión se ha hecho a consecuencia de una estéril y farragosa polémica entre objetivistas y subjetivistas. Confusión que / se ha extendido a todos los aspectos de la teoría general de las circunstancias modificativas, oscureciendo su propio concepto, elementos, fundamento, función, y paradójicamente hasta su propia naturaleza jurídica.

La complicación aumenta, si cabe, cuando se -- comienza a acudir a los más variados criterios para determinar esta naturaleza. Para unos hay que atender a si su fundamento viene encardinado en el injusto, en cuanto antijuricidad; o en la culpabilidad, en cuanto reprochabilidad, en suma, que lugar ocupan en la sistemática de la moderna teoría del delito.

En cambio, otros, atendiendo de igual modo a -

su fundamento, y encontrándolo en razones de justicia material y de política-criminal, colocan fuera de la teoría del delito a las circunstancias, dejando su ubicación en el seno de la teoría de la pena.

Para otros, la solución está en el artículo 60 del Código Penal, siendo de naturaleza subjetiva -- aquellas a las que fuera aplicable el párrafo primero, y objetivas aquellas respecto a las que jugara el párrafo segundo.

Por último, otros autores, siguiendo a los más antiguos comentaristas decimonónicos, inicialmente buscan la naturaleza, objetiva o subjetiva, y desde ésta, deductivamente explican su fundamento, concepto, elementos, y su ubicación en uno u otro de los párrafos del artículo 60.

En todo lo que hasta aquí venimos diciendo, siguiendo a DIEZ RIPOLLÉS, podemos adivinar hasta tres dimensiones: 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; y por último, la cuestión tendente a clarificar el párrafo aplicable a los dos que consta el artículo 60 del Código Penal (138).

Por todo ello, ha podido afirmar el autor antes

citado, que la mayoría de los autores, establecen - una vinculación fija y unívoca entre estos tres problemas, en el sentido siguiente: Toda circunstancia de naturaleza subjetiva, se refiere a la culpabilidad, y en cuanto a comunicabilidad acude al párrafo primero del artículo 60. A su vez, toda circunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuricidad, y es comunicable a tenor del párrafo segundo del artículo 60 (139). Las motivaciones que hicieron surgir estas conexiones son múltiples, pero quizás es posible destacar como determinante, el papel otorgado al binomio objetivo-subjetivo como eje interpretativo básico en la teoría de las circunstancias (140).

De modo, que para el esclarecimiento de la naturaleza jurídica de atenuantes y agravantes, adquiere una importancia vital, determinar el auténtico significado, sentido y uso, de los términos objetivo y subjetivo, para así poder establecer si en / ellos se encuentra el recurso necesario para hallar una solución satisfactoria a la naturaleza jurídica de las circunstancias.

Habíamos apuntado como segunda causa del interés despertado en la doctrina española por clarificar la naturaleza jurídica de las circunstancias, / la existencia de una larga tradición entre los au-

tores decimonónicos sobre el tema, que de alguna manera ha llegado hasta nuestros días. Como quiera -- que estas viejas disputas han condicionado enormemente el desarrollo de la cuestión, hemos creído / oportuno consagrar por entero un epígrafe -en concreto el siguiente- a analizar el origen de la polémica entre objetivistas y subjetivistas, para así - poder mejor captar el problema en la actualidad.

2.2.- EL ORIGEN DE LA POLEMICA

Creemos que sin ejercer demasiada violencia, -- puede atribuirse a SILVELA la paternidad de tan célebre disputa. Desde luego, en el propósito de tan insigne penalista nunca debió existir la pretensión de dar lugar a semejante semillero de controversia, sino que más bien trató de ofrecer unos criterios para la mejor interpretación y aplicación de las circunstancias.

Sin embargo, ya con anterioridad al cital autor, aparecen las primeras referencias válidas, sobre las que luego SILVELA se apoyaría para articular su distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas. Veamos cuales fueron estos antecedentes en el marco de nuestra doctrina.

Quizás el primer paso lo dió CÁRDENAS, cuando /

señaló que tanto atenuantes como agravantes "pueden consistir en el hecho de la ejecución del delito o en la persona de su autor", denotando las primeras menor o mayor perversidad por el modo de ejecución, y las segundas menor o mayor perversidad por las relaciones existentes entre víctima y culpable (141).

En esta panorámica ocupa también un papel destacado, PACHECO, quien ya introduce claramente los términos objetivo y subjetivo. Así que todas las -- atenuantes responden a una misma idea: la falta de intención de delinquir, por lo que se trata de "razones incompletas se excusa", que tan sólo conllevan una disminución de la responsabilidad, pues --- siempre la atenuación es análoga en su índole consigo propia, y depende de que, en la parte subjetiva del delito, ha quedado algo inacabado, incompleto, así para la inocencia como la responsabilidad". En cambio las agravantes se derivan de orígenes muy numerosos, viniendo más también de lo subjetivo del / crimen; otras del exceso de mal causado, o sea, de la parte objetiva del delito, un tercer género, proviene de la mayor alarma social; otras del respeto que el lugar o la víctima merecen; y por último, algunas originadas en las mayores dificultades que -- existen para imponer la pena, por lo que se quiere agregar la eficacia de la intimidación a la escasa seguridad del mismo castigo. Sin embargo, el propio

PACHECO concluye señalando que casi ninguna de las causas de agravación se debe a única razón, sino a / varias, e incluso a todas ellas conjuntamente (142).

Sin embargo, fué como decíamos SILVELA quién de un modo más rotundo introduce la clasificación de las circunstancias en objetivas y subjetivas. Parte el / autor de la distinción entre "circunstancias accidentales del delito", "circunstancias modificativas de la imputabilidad", y "circunstancias modificativas de la punibilidad". Las primeras son todas objetivas y - representan las distintas maneras de ser lo esencial y característico, no pudiendo ser independientes de / cada delito, sino por el contrario, penetradas de la naturaleza especial de cada uno. Critica por ello el sistema español de circunstancias genéricas, pues representan un vano empeño al estudiarlas como generales, como si tuvieran vida y existencia independiente del delito. Corresponde su enumeración a la parte especial, junto a la infracción que modifican, aun-- que su noción filosófica corresponde a la parte general (143).

En cambio, las "circunstancias modificativas de la imputabilidad" y "las circunstancias modificati--vas de la punibilidad", son todas subjetivas, al consistir en hechos personales del sujeto activo, afectando únicamente a su manera de ser o a su estado.

Se diferencian unas de otras, en que las primeras se refieren al sujeto activo del delito, y las segundas al sujeto pasivo de la pena (144).

Pues bien, partiendo de esta triple distinción, SILVELA afirma que todas las atenuantes son "circunstancias modificativas de la imputabilidad", porque son subjetivas y personales. Y por el contrario, todas -- las agravantes son objetivas, pues no hace falta entrar en el ánimo del agente, residiendo éstas en la / misma materia del hecho criminoso. Por ello, el lugar de estudio de las primeras corresponde al sujeto activo del delito, al consistir en estados anímicos especiales del culpable (145).

En parecidos términos se pronunció también BUENA VENTURA SELVA, al diluenciar las circunstancias modificativas de la capacidad criminal del agente, que son todas subjetivas; y las circunstancias accidentales - del delito, que residen en la materia misma del crimen con independencia del sujeto, siendo por tanto objetivas (146).

Hasta aquí hemos reproducido la posición de los/ autores de la época, correspondiendo ahora realizar - algunas matizaciones que traten de salvar algún malen tendido surgido con posterioridad a sus opiniones, y sobre todo ajeno a su propósito.

Los autores de la época no se preocuparon en absoluto de indagar la naturaleza jurídica de las circunstancias, sino tan sólo de su fundamento, por lo que en primer lugar resulta un tanto forzado extraer de sus comentarios cualquier dato determinante con tal objetivo.

En segundo lugar, los autores decimonónicos se mueven en una sistemática radicalmente distinta a la actual, siendo completamente ajenos a las categorías empleadas en la "moderna" teoría jurídica del delito. Y por supuesto, no conectan lo subjetivo con la culpabilidad, ni lo objetivo con la antijuricidad, pues / como es obvio, no manejaban tales conceptos (147), y por último, de ningún modo utilizan tal distinción / para operar ninguna clase de interpretación del artículo 60 del Código Penal.

En conclusión, puede decirse, que el contenido de los términos objetivo y subjetivo manejados por / SILVELA y sus coetáneos, no corresponde en modo alguno al utilizado en la doctrina penal con posterioridad, como tampoco corresponde, ni aquél, ni el otro, con el hoy vigente, como tendremos ocasión de comprobar.

Y es que, como señalara VALDES RUBIO, aunque -- existen circunstancias modificativas de la imputabi-

lidad, que al existir en el hombre, son subjetivas, y circunstancias accidentales del delito, que al concurrir en el hecho, son objetivas, todas las circunstancias, sean atenuantes o agravantes, son mixtas en este sentido, pues ambas facetas deben existir, aunque siempre prevalezca una de ellas, y de ahí esta / distinción (148). Quizas con este significado y no con otro, deban entenderse estos términos en el uso de la doctrina decimonónica.

2.3.- EXAMEN DE LA JURISPRUDENCIA

Como no podía ser de otro modo, pues su misión no consiste en ello, la jurisprudencia española no ha efectuado una clasificación -ni mucho menos una sistematización- de las circunstancias modificativas desde un punto de vista general. Queda descartada de entrada, la posibilidad de hallar resoluciones en las que el Tribunal Supremo muestre su posición global al respecto.

Ahora bien, esta situación, no significa que la práctica judicial española haya actuado de espaldas a la problemática de la naturaleza jurídica de las circunstancias. Muy al contrario, ésta ha venido haciéndose eco de la controversia existente entre objetivistas y subjetivistas, dicotomía a la que además ha otorgado un papel trascendental en la aplicación/

de las diferentes agravantes y atenuantes.

Pero el Tribunal no sólo ha aceptado el binomio objetivo-subjetivo como criterio válido para determinar la naturaleza jurídica de las modificativas, sino que además, ha extendido su operatividad a otras áreas de su interpretación, tales como su fundamento, su comunicabilidad (artículo 60), y la cuestión relativa al establecimiento de las reglas necesarias para resolver el problema de la compatibilidad entre unas y otras.

No satisfecha con abrazar y dilatar la pareja - objetivo-subjetivo como eje interpretativo básico y supremo en la teoría general de las circunstancias, / la jurisprudencia ha ido todavía más lejos, al consagrar una serie de vinculaciones, que de modo inexorable, se han efectuado a la hora de confeccionar la aplicación de cada una de las atenuantes y agravantes. Así, toda circunstancia de naturaleza objetiva, supone un "plus" o un "minus" de antijuricidad, y es comunicable en base al párrafo segundo del artículo 60. Y de igual, forma, toda circunstancia de naturaleza / subjetiva, conlleva una disminución o un aumento de culpabilidad, siendo de aplicación el párrafo primero del artículo 60, a efectos de su comunicabilidad. O sea, que el Tribunal Supremo se preocupa en primer lugar de buscar naturaleza jurídica de la atenuación

o agravación que se trate, y una vez realizado esto, infiere deductivamente su conexión con uno u otro de los elementos centrales de la teoría jurídica del delito, y por último, la ubica en uno u otro de los párrafos del artículo 60. Con ello viene a aceptar inequívocamente, la equiparación objetivo-injusto y subjetivo-culpabilidad.

Esta triple equiparación descrita, que de manera reiterada y uniforme ha desarrollado, y desarrolla, / nuestra jurisprudencia, puede comprobarse mediante un seguimiento particularizado de la posición del Tribunal Supremo con relación a alguna de las circunstancias de mayor importancia en nuestro sistema positivo.

Quizás donde más nítidamente se manifiesta esta posición jurisprudencial es a la hora de conceptuar / la alevosía, Como el propio Tribunal Supremo ha reconocido, en el entendimiento de su naturaleza jurídica -declara entre otras la sentencia de 19 de Junio de / 1984- han pugnado una teoría subjetiva y objetiva. La primera la calificaba como "plus" culpabilidad, manifestado en una previa deliberación tendente a escoger los medios más idóneos para una ejecución segura y sin riesgos. La segunda, hoy dominante, bajo el enfoque de la mayor antijuricidad del comportamiento, -entiende como suficiente que la ejecución sea "aleve". Independientemente de que se haya o no planeado pre-

viamente (149).

Así pues, el Tribunal Supremo, últimamente viene conceptuando a la alevosía como predominantemente objetiva, y por tanto concerniente a la antijuricidad y comunicable según reza el párrafo segundo del artículo 60 (150). Pero también ha sido recientemente calificada de mixta, aunque siempre reenviada al mismo párrafo del artículo citado (151).

Pero no sólo la alevosía se ha visto afectada / por esta posición jurisprudencial, que igualmente se ha extendido a casi todas las circunstancias. Así, la utilización de disfraz ha sido calificada de naturaleza objetiva de manera reiterada (152), aunque no falta algún fallo que la conceptua de mixta (153). La de abuso de superioridad ha sido entendida tanto como objetiva (154), como de naturaleza mixta (155), siendo/ ésta la línea mayoritaria. Por el contrario, a la agravantes de abuso de confianza, se le ha designado uniformemente una naturaleza subjetiva (156). También al definir la premeditación ha oscilado la jurisprudencia entre una teoría objetiva (157) y otra subjetiva (158).

Por lo que respecta a las diversas causas de atenuación, hoy reagrupadas en el artículo 9, nº 8, de -- arrebató, obcecación u otro estado pasional, han sido

tradicional y unánimemente catalogadas como subjetivas, atinentes a la culpabilidad y personales (159). Pero ha sido óbice para entender en alguna ocasión / como objetiva la de vindicación de una ofensa grave y por tanto, como sintomática de una menor antijuricidad (160). Como tampoco lo ha sido para designar/ una naturaleza mixta a las atenuantes de provocación o amenaza del ofendido (161) y la de obrar por motivos morales, patrióticos o altruistas (162), lo que en consecuencia significa que producian una disminución del injusto y de la culpabilidad.

En lo que sí ha habido acuerdo en conceptuar / como subjetiva es respecto a la atenuante de embriaguez no habitual (163). El Tribunal Supremo se ha -mostrado reacio y poco dado a utilizar este criterio clasificatorio e interpretativo en relación a las --atenuantes de minoría de edad -aunque ha subrayado -siempre el dato cronológico y objetivo de la edad -- (164)- preterintencionalidad, eximentes incompletas y atenuantes de análoga significación en función del referente sobre el que se construya.

En relación a otras circunstancias agravantes, el Tribunal Supremo ha significado la naturaleza subjetiva de la de prevalecimiento del carácter público del culpable (165). Ha oscilado entre una conceptuación mixta o subjetiva del ensañamiento (166), mien-

tras que se ha mostrado firme en catalogar como objetivas a todas las incluidas en el número 16 del artículo 10 (167). Por último, por lo que respecta a la / nocturnidad, la jurisprudencia se ha inclinado por -- una posición objetiva, aunque curiosamente la refiere a la culpabilidad (168).

Este repaso a la jurisprudencia del Tribunal Supremo pone de manifiesto, entre otras cosas, su fidelidad hacia el binomio objetivo-subjetivo como eje -- central de la interpretación de la gran mayoría de las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en -- nuestro derecho positivo. Nuestro Tribunal de casación se ha constituido en uno de los principales abanderados en el empleo del criterio clasificador que distingue entre objetivas, subjetivas y mixtas. Pero además, ha llevado hasta sus últimas consecuencias esta postura, pues como hemos comprobado ya al estudiar su fundamento, conecta las distintas atenuantes y agravantes / con injusto o culpabilidad, según si previamente las -- ha calificado de objetivas y subjetivas. Esta conexión realizada de un modo totalmente deductivo y apriorísti co también cuenta con alguna excepción, como sucede en la nocturnidad.

Nuestra postura acerca de la posibilidad de co--nectar la teoría general de las circunstancias con la teoría jurídica del delito ya ha sido expuesta en el/

apartado anterior (169). Respecto a la problemática de la naturaleza jurídica y la validez del ninomio/ objetivo-subjetivo como epicentro de interpretación, será manifestada dentro de este capítulo en el momento de adaptar una toma de postura. Por último, respecto al juego de los párrafos del artículo 60, y su conexión con fundamento y naturaleza jurídica, se abordará en su lugar oportuno, que no es otro que el capítulo consagrado al ámbito de aplicación de las circunstancias (170).

2.4.- LA POSICION DE LA DOCTRINA.

Corresponde ahora mostrar las distintas posturas en nuestro país al respecto. Como ya hemos apuntado con anterioridad, la determinación de la naturaleza jurídica de las circunstancias se ha efectuado generalmente mediante el recurso a su clasificación en objetivas y subjetivas. La acusada tendencia que ha mostrado nuestra doctrina al acudir constantemente a este criterio, no encuentra equivalente alguno en el Derecho comparado de las naciones culturalmente más próximas del continente europeo (171). Sólo en la doctrina italiana se ha acudido a dicha distinción, pero de un modo menos absoluto y trascendente, para reflejar la vigencia del artículo 70 del Código Penal italiano que parece consagrarla, aunque los autores, aún con muchas matizaciones, no acaban de /

• aceptarla. En cualquier caso, ha gozado de nula significación para la búsqueda de su naturaleza jurídica (172).

Hemos creído conveniente para la mejor exposición del tema, realizar un análisis diferenciado del mismo, con respecto a otras áreas de la teoría general de las circunstancias, que frecuentemente han recibido un tratamiento conjunto. Es el caso de su fundamento y del problema relativo a la comunicabilidad o transmisibilidad de las circunstancias, cuestiones que junto a la naturaleza jurídica, han sido objeto de una investigación doctrinal y jurisprudencial interconectada, estableciéndose una serie de conexiones y vinculaciones entre las tres órdenes, que a nuestro modo de ver han oscurecido más que alumbrado los diversos problemas que realmente se plantean como así lo ha señalado expresamente DIEZ RIPOLLÉS, a quien se debe un riguroso trabajo al respecto (173)

Bien, una vez sentado nuestro propósito de analizar en el presente epígrafe únicamente la problemática de la naturaleza jurídica de las circunstancias, creemos que lo más oportuno para lograrlo pasa por efectuar una división de la doctrina española entre los autores decimonónicos y a los que podríamos denominar como clásicos del presente siglo, de una parte, y de otra, los autores más actuales y recientes.

Si bien hemos de advertir, que en muchas ocasiones / el punto determinante de la división se hace enormemente ficticio, al menos desde una perspectiva histórica, pero no así, desde otra, para nosotros más relevante, de completo significado dogmático.

A).- Entre el primer grupo de autores -decimonónicos y "clásicos" del presente siglo- es posible distinguir a su vez, tres grandes tendencias:

a.1).- Aquellos autores, que como es el caso de SILVELA, distinguen nítidamente entre agravantes y atenuantes a la hora de establecer su naturaleza jurídica. Afirmando que todas las causas de agravación poseen una naturaleza objetiva, porque vienen referidas al hecho en sí mismo considerado, mientras que las atenuantes, al constituir estados o situaciones en las que se encuentra el autor, gozan de una naturaleza estrictamente personal, y por lo tanto subjetiva. Esta tendencia ha sido ya analizada en el epígrafe anterior, por lo que no nos extendemos -- ahora más aquí, remitiéndonos a lo dicho (174), y ha sido denominada tradicionalmente como "doctrina clásica".

a.2).- Una segunda orientación, generalmente -- llamada "doctrina moderna o subjetiva", fiel re

flejo de las tesis de ALIMENA, y seguida en nuestro país por FERRER SAMA, CUELLO CALÓN, JIMÉNEZ DE ASÚA y PUIG PEÑA, entiende que todas las circunstancias, sean atenuantes o agravantes, tienen una naturaleza subjetiva y personal, porque más que al hecho, se atiende a la mayor o menor peligrosidad, temibilidad o criminalidad del sujeto. Además, entienden que esta concepción viene proclamada e impuesta por el propio artículo 60 del Código Penal (175).

a.3)..- La tercera y última gran tendencia la constituye la llamada "doctrina eclética o intermedia" claramente mayoritaria, donde no existe un criterio general, y con indiferencia de que sean atenuantes o agravantes, se les otorga una naturaleza objetiva o subjetiva y mixtas. En esta línea/ se encuentran ANTÓN ONECA, RODRIGUEZ NUÑOZ, QUINTANO RIPOLLÉS, DEL ROSAL, y BERNALDO DE QUIRÓS. - Para estos autores hay que distinguir las circunstancias que consisten en un estado pasional, personal, o que comporta las causas, motivos o fines del comportamiento, que gozarán de naturaleza subjetiva, de aquellas otras, que consisten en la -- realización misma del hecho y que están fuera del sujeto. También este sector doctrinal entiende que de la propia redacción del artículo 60 del Código Penal se infiere la distinción entre subjetivas y

objetivas, correspondiendo a los párrafos prime
ro y segundo respectivamente. Todas ellas nie--
gan expresamente que puedan todas ser califica-
das de subjetivas (176).

B).- Al exponer la situación de la doctrina pe-
nal española actual, notaremos un significativo cam-
bio desde el mismo momento se aborda el estudio de /
la naturaleza jurídica de las circunstancias. Este -
cambio se materializa en la existencia de un amplio
sector, en el cual ya no se acude a su clasificación
en objetivas y subjetivas para solucionar el proble-
ma, sino además expresamente criticado como criterio
válido de su análisis. Así, pues, a diferencia de los
autores anteriores, en los que se apreciaba una mar-
cada tendencia a utilizar dicho criterio, entre los
actuales, existe una clara discursión. Precisamente/
esta variación de enfoque, es la que justifica un tra-
tamiento diversificado de ambas etapas de nuestra doc-
trina.

Pues bien, a partir de esta división doctrinal,
entre aquellos autores que acuden a la clasificación
de las circunstancias en objetivas y subjetivas, y -
aquellos que no lo hacen, es posible exponer el panó-
rama actual en el tratamiento de la naturaleza jurí-
dica de las circunstancias modificativas.

b.1).- Entre los autores actuales más firmemente partidarios de clasificar las circunstancias en objetivas, subjetivas y mixtas, destaca RODRIGUEZ DEVESA. Esta clasificación la realiza/ en atención a la naturaleza de los elementos - que la integran. El carácter objetivo o subjetivo de una circunstancia estima que ha de ser examinado con independencia de que sean atenuantes o agravantes . Del mismo modo, entiende que las circunstancias de naturaleza objetiva determinan una mayor antijuricidad de la conducta, - debiendo ser captadas por el dolo del sujeto. - Por el contrario, aquellas que posean una naturaleza subjetiva pertenecen a la culpabilidad, Las primeras son comunicables a las copartícipes, pero no así las segundas (177).

De las circunstancias que estudia RODRIGUEZ MOURULLO, también se puede deducir que -- acude normalmente a la división entre objetivas y subjetivas. Lo hace con independencia de que sean atenuantes o agravantes. Generalmente conecta las subjetivas con la culpabilidad, y las objetivas con la antijuricidad, aunque en ocasiones, a pesar de conceptuarlas como objetivas las refiere a la culpabilidad (v.gr., / nocturnidad, despoblado etc. es decir, en todas aquellas que se exige un "aprovechamiento"

de las ventajas que supone la agravante. En -- cualquier caso, todas las subjetivas las envia al párrafo primero del artículo 60, y las objetivas a su párrafo segundo (178).

También MIR PUIG admite la clasificación - de las circunstancias en objetivas y subjetivas o personales. De alguna manera parece deducirse de su exposición, que tal distinción viene im-- puesta por la vigencia de los dos párrafos del artículo 60, pues las primeras estarán necesari-- mente incardinadas en el número segundo, --- mientras que las personales lo harán en el número primero (179). Clasifica las atenuantes, en eximentes incompletas, atenuantes ordinarias y atenuantes análogas. Destaca su división, entre las ordinarias, puesto que afirma que la preter intencionalidad aminora el injusto en su parte subjetiva, mientras que disminuye la culpabilidad, la embriaguez, la minoría edad y el arreba-- to u obcecación. El arrepentimiento espontáneo/ disminuye la punibilidad (180). Por lo que se - refiere a las circunstancias agravantes, advier-- te que no existe unanimidad en cuanto a su natu-- raleza jurídica, por cuanto, como es lógico, to-- do dependerá de la concepción dogmática que se/ adopte. Según la suya, todas las agravantes de-- ben aumentar lo injusto del hecho, sin que pue-

dan elevar la culpabilidad. Lo cual no impide que unas sean objetivas y otras subjetivas, si bien matiza que pese a esta clasificación, tanto las agravantes objetivas como subjetivas, / requieren elementos objetivos y subjetivos. La clasificación la hace pues, en el sentido, de/ que en unas la razón primera de la agravación es objetiva, y en las otras, subjetiva (181).

Son otros muchos los autores que acuden a su clasificación en objetivas y subjetivas para resolver la cuestión de su naturaleza jurídica (182). Así, ARROYO DE LAS HERAS, entiende que/ por regla general todas las atenuantes son sub/ jetivas porque disminuyen la peligrosidad, y de igual forma, señala que todas las agravantes / son generalmente subjetivas, pues suponen una - mayor peligrosidad, aunque existan excepciones, como la alevosía que es objetiva porque aumenta el injusto (183).

b.2.).- Entre los autores que más claramente se han opuesto a la clasificación de las circuns-- tancias en objetivas y subjetivas, han destaca-- do COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, BUSTOS RAMÍREZ y QUINTERO OLIVARES.

Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, al con-- figurarse como coincidentes los criterios de --

clasificación y el problema de la naturaleza jurídica, se ha producido una enorme confusión. A ella ha contribuido la vigencia del artículo 60. Sin embargo, este precepto no impone ni mucho menos la distinción entre objetivas y subjetivas, y es posible interpretarlo de modo muy distinto. Además, no es posible identificar "subjetivo" con personal, y "objetivo" con impersonal. Por ello, la auténtica impropiedad con que se han utilizado dichos términos, es más que suficiente para abandonar dicha clasificación. De modo que "en las -- circunstancias no cabe afirmar que unas son, sin más, subjetivas, otras objetivas y otras mixtas, pues se incurre, desde luego, en grave simplismo: en todas ellas deberá ser valorada y considerada tanto la dimensión objetiva como la subjetiva". Concluyen señalando que se trata en definitiva / de "causas para la medición de la pena", es decir, de causas modificativas (184).

Según BUSTOS RAMÍREZ, la distinción entre - objetivas y subjetivas se ha debido únicamente a la "tendencia causalista". Pero hoy no es posible tan tajante distinción, por lo que debe atenderse su aspecto valorativo, debiéndose distinguir las que están en relación con el desvalor de acto, - las que lo están con el desvalor de resultado, y de otra parte, las que se refieren al sujeto res

ponsable, bien porque pueden relacionarse con la exigencia de una determinada conciencia, o bien porque atañen a la conducta exigida (185).

Tampoco cree QUINTERO OLIVARES, que sea posible en base al artículo 60, clasificar las circunstancias en objetivas y subjetivas, puesto que pueden existir datos objetivos de carácter personal (v.gra. carácter público y abuso/ de superioridad). Del mismo modo, tampoco estima posible sostener que todo lo subjetivo o / personal pertenezca a la culpabilidad, y todo/ lo objetivo o impersonal se refiera a la anti-juricidad (186).

También dentro de este grupo puede incluirse a CÓRDOBA RODA, pues en el análisis de las - atenuantes y agravantes que hace, separa con nitidez, el estudio de su fundamentación, el de / su naturaleza jurídica, y el de su comunicabilidad. Igualmente se muestra ciertamente reacio a clasificar las circunstancias en objetivas y -- subjetivas, lo que hace muy rara vez, y siempre de forma singularizada. Al examinar el artículo 60, incluye en uno u otro párrafo las distintas circunstancias sin tener presente otra consideración, que su tenor literal (187).

Tras efectuar un repaso de las principales

obras de carácter general, la panorámica quedaría incompleta si no nos fijáramos en algunas - de las principales monografías existentes.

Para DIEZ RIPOLLÉS, no debe existir ninguna relación entre el análisis de la naturaleza jurídica, el fundamento de las circunstancias, que / está en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito, y la inclusión de uno de los dos párrafos del artículo 60. Considera, en cualquier caso, poco justificada / la indagación sobre la naturaleza de las circunstancias, salvo que se pretenda con ello averiguar si se exige un elemento subjetivo de "aprovechamiento" o "de busca de propósito". En definitiva, cuestiona "la utilidad de seguir manteniendo la/dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias" (188).

Tampoco ALONSO ALAMO, cree posible resolver el interrogante de la naturaleza jurídica, acudiendo al binomio objetivo-subjetivo, y menos todavía si se quiere hacer globalmente . Destaca - que a la confusión existente ha contribuido la / vigencia del artículo 60, desde el cual se ha -- pretendido dilucidar dicha cuestión. Por ello, - concluye la citada autora, "la naturaleza objetiva-subjetiva o mixta de una circunstancia ha de/

ser indagada y reconocida al margen del citado artículo" (189).

Tampoco son partidarios de acudir a dicha clasificación, ni a las conexiones antes señaladas, COBO DEL ROSAL, ORTS BERENGUER, MARTÍNEZ PÉREZ, VIADA y LÓPEZ PUIGCERVER (190), entre -- otros.

Por el contrario, si han acudido a su clasificación en objetivas y subjetivas, o mixtas, autores como CAMARGO HERNÁNDEZ, PUIG PEÑA, LÓPEZ REY, MARTÍN MANRIQUE, y BAJO FERNÁNDEZ, entre otros (191).

Con ello queda expuesto de una manera completa, la panorámica doctrinal suscitada en España en ocasión de resolver el interrogante de la naturaleza jurídica de las circunstancias mo dificativas de la responsabilidad criminal.

2.5.- CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Como hemos podido comprobar, ante la pregunta / acerca de cual es la naturaleza jurídica de las circunstancias modificativas, la doctrina española ha / venido respondiendo mayoritariamente a través del re curso a su clasificación en objetivas y subjetivas.

Camino éste, emprendido ya desde el pasado siglo por nuestros más célebres autores.

Pero llegado este punto, cabe interrogarse, siguiendo a COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, en los siguientes términos: ¿ A qué se debe en último extremo esta distinción en objetivas y subjetivas? ¿ Puede plantearse en concreto cuál sea la naturaleza jurídica de determinadas circunstancias?. (192). Es más, / cabría también preguntarse si es posible la determinación de una naturaleza jurídica común para todas las circunstancias, agravantes y atenuantes, o si sólo lo es para algunas de ellas, y de modo particular y concreto. Trataremos de responder ordenadamente a todos los interrogantes.

La razón por la cual los autores decimonónicos distinguen entre circunstancias objetivas y subjetivas, parece clara. Si nos colocamos en su punto de mira de la disciplina, esto es, en su comprensión sistemática del Derecho Penal, convendremos que, en ese momento de su evolución, podía mantenerse una radical separación entre lo "objetivo" y lo "subjetivo". De suerte, que todo aquello que venía referido al hecho en cuanto tal y a su ilicitud, era totalmente ajeno al sujeto, y así debía serlo necesariamente, siendo por tanto, de todo punto impersonal. Y de otro lado, todo dato relacionado con el sujeto, por ser --

absolutamente personal, merecía el calificativo de/ subjetivo. Así según esta exposición breve y simplista de aquella sistemática, la totalidad de elementos presentes en una conducta criminal, podían ser referidos, bien al hecho en cuanto tal, o bien al agente, en si mismo considerado.

A esta dicotomía existente, auténtico eje dogmático del Derecho Penal durante un largo período, debe unirse como refuerzo justificativo de su utilización para explicar la naturaleza de las circunstancias, la vigencia ya entonces del artículo 60, / que en semejantes términos ha llegado a nuestros días, procedente del número 69 del Código Penal de 1848 y del 80 del Código Penal de 1870. Ambas razones parecen bastantes para explicar la utilización del binomio objetivo-subjetivo como criterio básico desde el que se clasificaban y sistematizaban las / causas de modificación de la pena.

El problema comienza cuando una vez recepcionada la moderna teoría jurídica del delito, aquellos términos continúan vigentes, y con idéntico significado, junto a los nuevos conceptos de injusto y culpabilidad. Además, mientras éstos más recientes van progresivamente depurándose y actualizándose, aquellos otros más viejos, permanecen, sorprendentemente, intactos e inmóviles respecto a las nuevas concepciones dogmáticas. Por tanto, podría decirse un poco --

esquemáticamente, que los conceptos objetivo-subjetivo gozan de una vigencia que va más allá de sus propias coordenadas espaciales y temporales. Por lo que obviamente resultan, a todas luces, categorías totalmente absoletas.

Sin embargo, la prolongación de su vida dogmática contó a su favor con cierta actitud bondadosa y complaciente de la doctrina, que quizá dejándose llevar por algún sentimentalismo jurídico, lo incorpora a la moderna concepción del delito, mediante la equiparación en un primer momento absoluta, de injusto / con objetivo, y culpabilidad con subjetivo. Sigue -- abonando tal distinción en el campo de las circunstancias, la presencia de los dos párrafos del artículo/ 60 (193).

No obstante, como equiparación total entre ambas parejas se hace cada vez más insostenible a lo del desarrollo de las categorías esenciales de la infracción, muchos autores comienzan a romperla en determinados supuestos, atribuyendo circunstancias objetivas a la culpabilidad, y subjetivas al injusto. Y del mismo modo, aunque con carácter mucho más excepcional, / algún autor rompe también la equiparación con los párrafos del artículo 60.

En conclusión, puede afirmarse, que la reiterada

tendencia a clasificar las circunstancias en objetivas y subjetivas ha obedecido en realidad, no a un / deseo de mejorar su sistematización, sino más bien - al de conocer su naturaleza jurídica. Pero para ello no se ha tenido sólo en cuenta la prevalencia de sus elementos estructurales -objetivos o subjetivos- sino que además, se ha entremezclado su análisis con el / de la veriguación de su fundamento dogmático -esto es si vienen o no referidas a injusto y culpabilidad- y a sí se encardinan en uno u otro de los párrafos del artículo 60.

Pero en la actualidad, el estado y comprensión - de injusto y culpabilidad nos permiten, como tratamos de argumentar a la hora de su fundamentación, incluir en su seno a las modificativas. Y en cualquier caso, / lo que no permite, en una equiparación entre objeti--vo-injusto y subjetivo-culpabilidad. Baste recordar / la a admisión de elementos subjetivos en el tipo de / injusto, y de datos objetivables en el juicio de culpabilidad. Resulta hoy comprensible, como ha subraya do QUINTERO OLIVARES, una separación tan tajante (194).

A la crisis del binomio objetivo-subjetivo, ha / contribuido, como ha puesto convenientemente de manifiesto BAIGÚN, que dicha relación es desde el punto / de vista del conocimiento compleja y dialéctica, extensible a todo caso concreto. Pudiéndose afirmar, -

que desde la óptica del sujeto cognoscente, todas/ las circunstancias son subjetivas. Y que a su vez, desde el punto de vista de la sociedad, cualquier estado psíquico del individuo, constituye una entidad objetiva en tanto en cuanto necesita ser captada por la conciencia social (195). O sea, que desde esta perspectiva, todas las circunstancias objetivas requieren un sujeto que las conozca; y a su vez las circunstancias subjetivas necesitan ser valoradas - por la ley en cuanto fiel reflejo de la conciencia colectiva (196). Habida cuenta de ello, podría decirse, "utilizando la terminología convencional, -- que son mixtas" (197), aunque sería más provechoso señalar que poseen, una y otras, elementos estructurales objetivos, y también subjetivos.

Se ha querido ver también desde el artículo 60, una tajante distinción en objetivas y subjetivas. / Según su párrafo primero, "las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, -- servirán para agravar o atenuar la responsabilidad / sólo de aquellos culpables en quienes concurrieran". Por su parte, en el párrafo segundo se afirma que -- "las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad úni-

amente de los que tuvieran conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

Pues bien, a la vista del texto legal, lo único que se infiere de manera evidente, es que aquellas - circunstancias que requieran determinados requisitos de orden personal, sólo operarán si efectivamente se cumplen, y sólo en quienes se cumplen; y de otra parte, las que precisen de una determinada modalidad -- ejecutiva o una especial relación con el hecho, únicamente jugarán si el sujeto ha tenido conciencia de ellas.

Ello significa que el citado precepto distingue entre circunstancias "personales" y circunstancias - "materiales" o "impersonales", a los efectos, y sólo a ellos, de su comunicabilidad o transmisibilidad a los copartícipes del delito. Pero de ningún modo puede sostenerse que imponga la división de objetivas y subjetivas, obligando ello a equiparar objetivo-im--personal y subjetivo-personal. Equiparación que resulta imposible, y de todo punto impropia, por lo antes señalado siguiendo a BAIGÚN. Y en cualquier caso, como ha subrayado ALONSO ALAMO, la conceptualización de/ una circunstancia como "personal" o "impersonal", sólo podrá hacerse en atención a su propio "ratio", es decir, a su sentido teleológico. Por lo que del artículo 60 se infiere, que atenuantes y agravantes se

dividen en "personales" e "impersonales", en atención a su fundamento próximo, y no atendiendo a su naturaleza jurídica, y con la sola finalidad de determinar si son o no comunicables a terceros (198).

Tampoco tiene mucho sentido indagar la naturaleza jurídica, en los términos convencionales de objetiva y subjetiva, de muchas de las circunstancias catalogadas en nuestro Código Penal. Ello sucede por ejemplo, con todas aquellas, que como la alevosía, el abuso de superioridad, la nocturnidad, el despoblado, -- etc., etc., exigen un elemento subjetivo de aprovechamiento o que sean buscadas de propósito. Pues junto a su comprobación, será igualmente necesaria la constatación de una referencia objetiva: el empleo de determinados modos, medios o formas, la efectiva situación de prevalecimiento, que sea de noche en términos físico-geográficos, o que exista una absoluta inexistencia de personas.

Todo ello demuestra la quiebra del criterio clasificatorio de las circunstancias en objetivas y subjetivas, tanto a los efectos de determinar su naturaleza jurídica, como a los de interpretar el artículo 60. En realidad puede afirmarse en términos generales que atenuantes y agravantes, requieren en mayor o menor medida, elementos estructurales de naturaleza objetiva y subjetiva. Sin que ello suponga la existen--

cia de ningún criterio o sistemático válido para determinar su naturaleza jurídica.

Pero abandonado dicho criterio, aparece su enorme vacío a la hora de buscar alguna salida al problema planteado de cual sea la naturaleza jurídica de las circunstancias, considerada en bloque, es decir de todas ellas. Quizás sea necesario acudir a la técnica -- utilizada por la doctrina italiana con tal fin.

Así, según la mayoría de autores italianos que se han preocupado del tema, la forma más válida y satisfactoria de averiguar la naturaleza jurídica de agravantes y atenuantes, consiste en diferenciarla de otros institutos penales afines. Esto es, determinan su naturaleza de un modo negativo, por eliminación.

Sin prejuzgar si es o no el más conveniente, y como quiera que en cualquier caso resulta provechosa su clara diferenciación de otras categorías dogmáticas, -- afrontamos tal empresa en el apartado siguiente.

2.6.- DISTINCION DE OTROS INSTITUTOS AFINES.

La peculiar configuración del Derecho positivo -- italiano ha obligado a la doctrina de aquel país a trazar firmes líneas de separación entre las circunstancias modificativas y una larga serie de institutos aparentemente similares. De esta forma se ha tratado de /

averiguar la naturaleza jurídica de atenuantes y agravantes, o sea, de manera negativa, señalando lo que / son las circunstancias. Aunque el sistema adoptado -- presenta serias dudas metodológicas, lo que no se puede negar es su utilidad a efectos del problema que -- nos ocupa.

La primera delimitación que realiza la doctrina italiana es con respecto a los elementos accidentales de la teoría del negocio jurídico. Para MAGGIORE la diferencia estriba en la consideración de que delito y negocio jurídico son cosas totalmente distintas. / Así, en el negocio jurídico todo elemento accidental es puesto por la voluntad privada y por ella misma -- puede transformarse en esencial. Por el contrario, en el delito quién decide si es esencial o accidental es exclusivamente la ley, y por ella ejerce sus efectos fuera de la voluntad del agente (199).

En esta tarea conducente a una nítica delimitación de la naturaleza jurídica de las circunstancias con respecto a otras figuras similares, ha destacado la obra de SANTORO. El citado autor establece las siguientes diferenciaciones, señalando aquellos institutos que no pueden considerarse circunstancias.

a).- No son verdaderamente circunstancias los -- elementos constitutivos o esenciales del delito.

Esta diferenciación fué ya vista al estudiar su concepto (200). En esta sede deben incluirse -- asimismo, aquellas circunstancias cuyo concurso provoca un cambio en el título del delito.

b).- Las circunstancias del delito se distinguen de las llamadas circunstancias impropias, porque éstas, según lo dispuesto en el artículo 133, -- tienen la función de ofrecer al juez el criterio para la graduación de la pena entre mínimo y máximo. En cambio, las circunstancias propias, imponen la obligación al juez de aplicar un aumento o disminución de la pena establecida para el delito simple (201).

c).- Tampoco son circunstancias verdaderas aquellas causas o elementos que producen una modificación pero sólo en base a la pena, y que no operan con relación a la figura legal, como es por ejemplo la "condición económica del reo", que -- permite la posibilidad de no imponer la pena pecuniaria (202).

d).- Hay que distinguir de igual modo, las circunstancias del delito y algunas posiciones subjetivas que son inherentes a la persona que comete el delito. Aunque puede ser objeto de valoración tanto el acto como el sujeto, y en ocasiones son circunstancias del delito algunas cuali-

dades subjetivas que el sujeto conlleva al realizar el delito, existen además, situaciones -- subjetivas -- totalmente inherentes a la persona/ del reo-- que no se expresan en modo alguno en -- el delito, o al menos no se expresan directamente. Estas son las que la doctrina italiana denomina "cualificaciones jurídicas subjetivas" y -- que gozan de una regulación particular. En este concepto deben incluirse la reincidencia, la habitudinalidad, la peligrosidad, la tendencia a delinquir, etc.. También se incluye aquí, todas -- las circunstancias referidas a la imputabilidad, aunque como el propio SANTORO advierte, todo dependerá del concepto de imputabilidad que se -- profese (203).

e).- No pueden conceptuarse como circunstancias a pesar de la impropia terminología que emplea el legislador, ni las causas de justificación, / ni las causas de inculpabilidad, porque además de excluir la pena, afectan a sus elementos esenciales (204).

f).- Tampoco son circunstancias modificativas, -- las también denominadas "causas excluyentes de -- la pena o de la punibilidad", y ello porque estas últimas, como, su propio nombre indica, hacen desaparecer la sanción, y no suelen guardar rela

ción con el delito (205).

g).- No constituye nunca una circunstancia, la tentativa, a pesar de que suponga una pena menor. Pero la tentativa se refiere siempre al delito consumado, y por tanto, exige que contenga, al menos hipotéticamente, todos los elementos constitutivos de la figura legal. La tentativa constituye en todo caso, un título de delito autónomo (206).

h).- Del mismo modo no cabe conceptuar como circunstancia, el concurso de delitos, ya sea el --llamado concurso real o material, ni la denominada progresión criminal o delito progresivo, ni el delito continuado, ni tampoco la coparticipación criminal (207).

i).- También se ha negado la condición de circunstancias a aquellas causas que provocan la / apreciación de una pena accesoria (208), y de las denominadas "condiciones" que influyen en la mayor o menor punibilidad (209).

Una vez analizada la doctrina italiana, conviene realizar un planteamiento similar en nuestro Derecho/positivo. Para ello, vamos a tratar de delimitar los contornos jurídicos de las circunstancias modificati-

vas de la responsabilidad criminal con relación a una serie de institutos afines, que al menos en / apariencia, pudieran suscitar ciertas dudas. Se trata en definitiva, como ha subrayado ALONSO ALAMO, de determinar "si es posible incluir las circunstancias en alguna categoría jurídica superior o más genérica" (210). Aquí nos limitaremos brevemente a delinear las diferencias existentes entre las causas de atenuación y agravación, con relación a la preterintencionalidad y reincidencia; - las formas de aparición del delito; las causas de exención o exclusión de la pena; las condiciones - objetivas de punibilidad; y las situaciones típicas.

2.6.1.- Preterintencionalidad y reincidencia:

La única razón existente para examinar conjuntamente ambas figuras, reside en la idea de que ambas gozan de la misma consideración en nuestro Código Penal, al venir recogida en su seno como atenuante (9,4) y agravante (10,15), respectivamente.

a).- Preterintencionalidad: La así denominada/circunstancia cuarta del artículo 9, de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, es desde luego, y ello debe ser convenientemen

te subrayado, una circunstancia atenuante a todos los efectos según reza nuestro Código vigente. Sentado esto, puede sostenerse desde una -- perspectiva dogmática y de "lege ferenda", que -- dicha institución debiera desaparecer de nuestras leyes, por cuanto representa un vestigio -- intolerable del pensamiento "versarista", y de la responsabilidad objetiva. En cualquier caso, no se trata de una circunstancia en sentido estricto, ya que sea cual sea el punto de vista / adoptado, nunca podrá considerarse como un elemento accidental del delito, ya que siempre supone una alteración de un elemento tan esencial como es el dolo. No nos cabe más, que remitir--nos a las consideraciones ya efectuadas en sede del concepto de circunstancias (211).

b).- Reincidencia: Esta causa de agravación goza de gran predicamento entre la mayoría de las legislaciones hoy vigentes. Pero como igualmente es bien sabido, su existencia no deja de acarrear toda suerte de críticas y objeciones, desde cualquier perspectiva que se consulte. En realidad, no se trata más que de una agravación fundada en la "mayor peligrosidad criminal del reincidente" (212), y ello supone obviamente, una -- flagrante violación a un Derecho Penal asentado/ en la culpabilidad jurídica. Además de este se--

rio impedimento, se han destacado otros muchos, entre los que destacan los serios inconvenientes planteados desde la óptica de la política criminal, como convenientemente señalara MIR -- PUIG (213). En conclusión, haciéndonos eco de / la opinión doctrinal más generalizada, que aboga por su desaparición. Si bien, de "lege data", habrá que seguir resignándose a su presencia entre nuestras causas de agravación, aunque dogmáticamente no quepa asimilarlas a ellas, puesto / que ni su fundamento, ni su naturaleza, ni su -- finalidad, ni su orientación político-criminal, / la hacen equiparable al resto.

2.6.2.- Formas de aparición del delito.

A pesar de la discutida composición y ubicación / sobre el contenido de la teoría de las formas de aparición del delito, hemos adoptado y seguido una concepción tradicional de la misma, donde se incluyen -- respectivamente, el "iter criminis", la autoría y participación, y el concurso de delitos.

a).- "Iter criminis" : Pudiera parecer que, como quiera que frustración y tentativa suponen una -- disminución de la pena a la luz de los artículos 51 y 52 de nuestro texto punitivo, gozarán de una semejante configuración jurídica que las circuns-

tancias modificativas. A esta primera impresión, debe sumarse el hecho de que en la legisla histórica, fundamentalmente medieval, venian conjuntamente tratadas y sistematizadas, sin distinción alguna (214). Sin embargo, en la actualidad, ello no es posible en modo alguno, pues/tentativa y frustración no son sino "formas imperfectas" de ejecución del delito, donde no se produce el resultado típico. Pero para que existan estas "formas especiales de aparición del hecho punible", según la terminología de MEZGER (215), es preciso que exista una exteriorización de la voluntad, esto es, un principio de ejecución del delito. Lo cual implica que se ha realizado una buena parte del tipo de injusto, y esto obviamente, no sucede con las circunstancias modificativas, que como vimos, son esencialmente accidentes del delito. Por lo demás, su virtualidad en cuanto a la disminución de la pena es sensiblemente superior a las circunstancias en sentido estricto, y su sistematización no se incluye en la sección 2ª del capítulo IV del Título III (Libro I.), (216).

b).- Autoría y participación: Muy similar problemática plantea la vigencia de los artículos 53 y 54 del Código Penal, en relación a los cómplices y encubridores de un delito, que implican una --

disminución de la pena genéricamente señalada - en la correspondiente figura legal. Pero la complicidad, y el encubrimiento a lo sumo (217), / pues en realidad habría que hablar más bien de delito no autónomo, no son sino partes de la -- teoría de la participación -con la salvedad hecha respecto al encubrimiento- donde se analiza la intervención de varias personas en la realización de un delito. Pero esta concurrencia de varios sujetos en la comisión de un hecho punible no debe verse desde un un punto de vista -- cuantitativo o numérico, como se hace en las -- agravantes de "auxilio de gente armada" o de / "cuadrilla", sino desde el punto de vista de su participación en la realización del delito, que viene limitada por la idea de accesoriedad y dependencia con respecto al autor (218), que es / quién comete por si mismo el hecho (219). El -- problema radica en establecer los distintos grados de dependencia con relación a la conducta - del autor. Así planteada la cuestión, la razón de la disminución de la pena en los supuestos - de cómplices y encubridores, viene determinada en función de su colaboración en la realización del hecho delectivo o en su posterior auxilio a los que lo ejecuten. Dicha razón no se halla en una menor necesidad de tutela o de pena, sino / en atención a su limitada e inferior participación en la comisión de un hecho. Del mismo modo,

su ubicación en el Código Penal, no coincide - con la otorgada a las circunstancias modificativas.

c).- Concurso de delitos: También la existencia de los artículos 69, 70 y 71 suscita una duda - acerca de sí las circunstancias pudieran responder a la misma consideración del concurso de infracciones, tanto al llamado "concurso real" como al "concurso ideal", pues a pesar de que también éste se haya adscrito a la teoría de la pena (220), son fenómenos completamente distintos. Así, el concurso de infracciones se refiere a / las relaciones entre la valoración jurídica y su objeto, teniendo como presupuestos imprescindibles para su existencia: la efectiva pluralidad de delitos; una referencia objetiva, singular o plural de las mismas; la unidad del sujeto a -- que se refieren, y también, la unidad de enjuiciamiento (221). Todo ello no encaja obviamente con la idea y significado de las circunstancias modificativas, como tampoco lo hace su régimen jurídico, porque desde luego, no se trata en -- ningún caso de elementos accidentales de la infracción.

2.6.3.- Causas de exención o exclusión de la pena.

Las citadas causas proyectan su eficacia exclusi

vamente sobre la pena, y más exactamente sobre su - proceso de concreción, e incluso en su fase ejecutiva. No afectan en absoluto al delito que queda intacto, y ni siquiera a la punibilidad, sino tan sólo a la aplicación de la pena. Suponen una renuncia del - Estado al ejercicio de su potestad punitiva en relación a un reo determinado, y su justificación debe - buscarse en consideraciones político-criminales o de justicia material. La diferencia por tanto con res-- pecto a las circunstancias atenuantes y agravantes, / debe buscarse en primer lugar en sus distintos efectos, que mientras en un caso suponen la desaparición absoluta del castigo, en las otras únicamente existe una variación muy limitada, o en expresión legal, tan sólo modifican la pena, frente a su absoluta desaparición. Además, unas están orientadas a desempeñar una importante función en la determinación de la pena, y las otras sólo tienen operatividad una vez ésta ya - está plenamente concretada. Por último, aunque su -- fundamento pudiera también ser muy similar, en un caso existiría una menor o mayor necesidad de tutela, / a la que correspondería una menor o mayor necesidad de pena, y en el otro supuesto, esta necesidad -si / tan fuera su justificación- sería totalmente inexistente (222).

2.6.4.- Condiciones objetivas de punibilidad

A pesar de constituir una categoría enormemente

heterogénea dentro de la dogmática penal, desde la sistemática adoptada las entendemos, siguiendo a -- COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, como "hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad del autor (objetivas), que determinan la punición, o la mayor o menor punición de la conducta",/ (223). En este sentido las llamadas condiciones objetivas "propias", es decir de las que depende la punición o no de la conducta, son fácilmente diferenciables de las circunstancias modificativas, por cuanto de estas últimas jamás depende la existencia del / delito, ni por tanto la de la pena. Respecto a las -- segundas, las denominadas "impropias", y que conllevan únicamente un aumento o disminución de la pena asignada al delito, su distinción se hace enormemente compleja, por cuanto éstas tampoco afectan a la existencia del delito, sino que tan sólo varían su castigo. Sin embargo, la línea divisoria entre ambas debe buscarse en su propio concepto, pues en las condiciones/ objetivas, estamos ante auténticas condiciones, y sobre todo, ante "condiciones objetivas", esto es, ante hechos que no dependen en absoluto de la voluntad del sujeto, cosa que naturalmente no ocurre en las modificativas en sentido estricto, donde ésta desempeña un papel determinante para su existencia. Y ello sobre -- manera destaca en las agravantes, pero también en las atenuantes, donde precisamente la voluntad del agente puede verse alterada. No se trata pues, de categorías semejantes, por cuanto como vimos, no puede afirmarse

que atenuantes y agravantes posean una naturaleza totalmente objetiva, y sin referencia alguna al agente.

2.6.5.- Situaciones típicas:

Junto a los elementos característicos del proceso de tipificación, pueden aparecer ciertas particularidades del hecho singular que si bien "no pertenecen a la acción (esto es, no manifiestan por sí la voluntad), de algún modo la matizan y cualifican", -- siendo así unas referencias necesarias para poder -- captar el significado de la voluntad exteriorizada, y poderle otorgar una determinada relevancia típica/ a esa conducta (224). Con independencia de que en -- ocasiones las concretas regulaciones positivas no -- exijan que sean abarcadas por la actividad del sujeto, en cualquier caso, estas características pertenecen al tipo de injusto, y son por tanto esenciales / en los delitos en los que concurren. Sin ellas, una determinada figura donde se estipulen, nunca podría tener operatividad, porque constituye precisamente -- un elemento constitutivo de la misma (225).

2.7. CONCLUSIONES.

Analizado y rechazado el criterio de clasificación en objetivo y subjetivas, y también los institutos semejantes, en los que no cabe diluir la natura-

leza jurídica de las circunstancias, sólo resta exponer cual es nuestra posición al respecto.

En primer término debe afirmarse que somos de la opinión que sí es posible determinar una naturaleza jurídica para todas las circunstancias. Esta se puede hallar si convenimos en que lo que caracteriza un sentido técnico-jurídico a las circunstancias el hecho de que estas 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 (226).

Así entendidas, y de acuerdo con la posición -- adoptada en sede de concepto y fundamento, 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" (227). Y esta es configuración jurídica de atenuantes y agravantes que les otorga sustantividad propia con relación a otros institutos -- existentes en la disciplina.

Así configuradas, aparecen como instrumentos -- desligados de los elementos esenciales del delito /

(228) que están concebidos con la finalidad de ayuda a una mejor individualización de la pena. Esta parece ser además, la más clara solución desde la óptica de nuestro Derecho positivo, a la luz de los dispuesto en los artículos 58 y siguientes del Código Penal.

NOTAS CAPÍTULO III

=====

- (1).- ORTS BERENGUER, E.: "atenuantes de análoga significación" (Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia nº 6), Valencia 1978, pág. 30.
- (2).- Como muestra de esta proyección más allá de sus propios contornos, podrían citarse entre otros, los casos de la debatida naturaleza jurídica, y el de la no menos polémica cuestión del artículo 60, ambos temas exhaustivamente tratados, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, por DIEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal español (anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales tomo XXX, 1977), págs. 597 y ss.
- (3).- En este sentido puede verse, con relación a las atenuantes, ORTS BERENGUER, E.: "Atenuantes de análoga significación", cit. págs. 31 y ss. ; en relación a las agravantes, ALTÉS MARTI, M.A.: "La alevosía" (Colección de Es-

tudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, nº 10), Valencia -- 1982, págs. 47 y ss.; y en general BACIGA LUPU, E.: "La individualización de la pena en la reforma penal" (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense nº 3) Madrid 1980, págs. 61 y ss.

- (4).- En muy similar sentido, vid. ALONSO ALAMO M.: "El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general". Universidad de Valladolid 1981, págs. 338 y 339. También en similares términos se pronuncia ORTS / BERENGUER, E., ob. y loc. cit.
- (5).- vid. ALONSO ALAMO, M., ob. y loc. cit.
- (6).- vid., principalmente, STEFANI, G., et. -- LEVASSEUR, G.: "Droit Pénal général et / procédure pénale". Tomo I, sixième édi-- tion. Paris 1972., págs. 662 y ss.; CONS-- TANT, J.: "Précis de Droit Pénal". Lieja 1967, págs. 495 y ss.; GARRAUD, R.: "Traite théorique et pratique du Droit Pénal - Francaise". Tomo deuxième. Troisième édi-- tion. Paris 1914, págs. 675 y ss.; VIDAL G.: "Cours de Droit Criminel et de science Pénitentiaire ". Cinquième édition. Pa-

- ris 1916, págs. 383 y ss.
- (7).- vid. DONNEDIEU DE VABRES, H.: "Précis de Droit Criminal", Paris 1946, págs. 167 y ss.; TISSOT, J.: "El Derecho Penal estudiado en sus principales, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo" (trad. J. Ortega García Moreno, y notas A. García Moreno). / Tomo I, Madrid 1880, págs. 85 y ss.
- (8).- vid. GARRAUD, R.: "Traité théorique ...", cit., págs. 675 y ss.; CHAVANNE, A.: "Les circonstances aggravantes en Droit Française" (Revue Internationale de Droit Penal, 1965), págs. 528 y ss.; DONNEDIEU DE VABRES, H.: "Précis de Droit ...", cit. pág. 167 y ss.; MERLE, R., et. VITU, A.: "Traité de Droit Criminel". Deuxième édition. Paris 1973, págs. 770 y ss.
- (9).- LISZT, F. von: "Tratado de Derecho Penal" Tomo III, (trad. L. Jiménez de Asúa). 2ª ed. Madrid 1916-1919, págs. 235-239.
- (10).- JESCHECK, H-H.: "Tratado de Derecho Penal" (trad. y adiciones S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Tomo II. Barcelona 1981.

págs. 1206 y ss.; STRATENWERTH, G.: "El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad" (trad. E. Bacigalupo y A. Zugaldía). Madrid 1980, págs. 48 y ss.; MAURACH, R.: "Tratado de Derecho Penal". Tomo II (trad. J. Córdoba Roda). Barcelona 1962, págs. 530 y ss.; DREHER, E.: "La notion et le système des circonstances aggravantes en Droit allemand". (Revue Internationale de Droit Pénal), 1965, págs. 277 y ss.; quien expresamente rechaza los criterios basados únicamente en la peligrosidad.

- (11).- MERKEL, A.: "Derecho Penal". Tomo I --- (trad. P. Dorado). Madrid S.F., págs. / 279 y 371 y ss.; SAUER, G.: "Derecho Penal (Parte General)" (trad. J. del Rosal y J. Cerezo.). Barcelona. 1956, págs. 370 y ss.; WELZEL, W.: "Derecho Penal (parte general)" (trad. C. Fontán Balestia), -- Buenos Aires 1956, págs., 249 y ss., -- aunque también admite para las agravantes una fundamentación apoyada en la / idea de peligrosidad, como igualmente, - en su "Derecho Penal alemán (parte general", trad. J. Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez), 2ª ed., Santiago de Chile 1976,-

págs. 249 y ss., reconoce expresamente que pueden adquirir importancia únicamente en función de las finalidades de la pena, págs. 351 y ss.

- (12).- ROXIN, C.: "Culpabilidad y prevención/ en Derecho Penal" (trad. F. Muñoz Conde), Madrid 1981, págs. 50 y ss.
- (13).- ROXIN C.: "Política criminal y sistema del Derecho Penal" (trad. F. Muñoz Conde), Barcelona 1972, págs. 27 y ss.; / "Problemas básicos del Derecho Penal", (trad. D.M. Luzón Peña), Madrid 1976, págs. 211 y ss.; "Iniciación al Derecho Penal de hoy" (trad. F. Muñoz Conde y D.M. Luzón Peña), Sevilla 1981, - págs. 24 y ss. y 48 y ss.
- (14).- DOHNA, A., GRAF ZU: "La estructura de/ la teoría del delito" (trad. C. Fontán Balestra), Buenos Aires 1958, pág. 16 y vid. también pág. 21 y ss.
- (15).- SCHMIDHAUSER, E.: "Sobre la sistemática de la teoría del delito. Un tema -- fundamental de Radbruch desde el punto de vista de la nueva dogmática penal". (Nuevo Pensamiento Penal), 1975 págs, 45 y ss.

- (16).- HASSEMER, W.: "Fundamentos del Derecho Penal" (trad. y notas F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, pág. 128 y ss.
- (17).- vid. por todos MIR PUIG, S.: "Derecho Penal. Parte General". Barcelona 1984, pág. 553.
- (18).- MEZGER, E.: "Tratado de Derecho Penal", Tomo II. (trad. J.A. Rodríguez Muñoz), Madrid 1935, pág. 362.
- (19).- Esta es sin duda la postura más extendida en la doctrina italiana. Vid. por todos, BETTIOL, G.: "Derecho Penal (parte general)", Bogotá 1965, págs. 444 y ss.; "SANTORO, A.: "Le circostanze del reato", seconda edizione, Torino 1952, págs. 27 y ss.; COCURULLO B.: "Le corcostanze del reato". Napoli 1940, págs. 66 y ss. etc.. Esta línea encuentra su origen en la célebre distinción de CARRARA, entre la calidad, la cantidad y el grado del delito vid. "Programa del curso di Diritto Criminale". Vol. I., Undécima edizione, Firenze 1914, págs. 145 y ss., Una crítica expresa y abierta al criterio de la gra-

vedad como fundamento de las circunstancias puede verse en MARINO, G.: "Le circostanze del reato. Parte Generale". Milano 1965, págs. 8 y 22 y ss.

(20).- Cfr. NUVOLONE, P.: "Il sistema del Diritto Penale", Pádova 1975, pág. 401; y -- del mismo, "Les circonstances aggravantes en Droit italien" (Revue Internationale/ de Droit Pénal), 1965 págs. 680. vid. también MALINVERNI, A.: "Per una teoría generale delle circostanze aventi a fondamento la personalità del soggetto attivo del reato" (La Scuola Positiva), 1965 págs. 194 y ss. Un manifiesto antecedente histórico de esta postura puede verse en -- GARÓFALO, R.: "Criminología", Torino 1885, pág. 282, y en FERRI, E.: "Principios de Derecho Criminal", (trad. J.A. Rodriguez Muñoz), Madrid 1933, pág. 288.

(21).- Cfr. ANTOLISEI, F.: "Manuale di Diritto Penale (parte generale)", 2ª ed., Milano 1975, págs. 348 y ss.; MUSOTTO, G.: "Corso di Diritto Penale", Vol. I (parte generale), Palumbo 1964, págs. 189 y ss.; COSTA S.: "Circostanze oggettive e soggettive del reato" (Nuovo Digesto Italiano, vol.

III), Torino 1938, págs. 165 y 166. También parece inclinarse por esta solución aunque desde su particular entendimiento del "delito circunstanciado", CONTENTO, G.: "Introduzione allo studio delle circostanze del reato". Napoli 1963, 18 y ss.

(22).- Vid. PANNAIN, R.: "Manuale di Diritto Penale (parte generale", Vol. I, 3ª ed. Torino 1962, págs. 421 y ss.; RANIERI, S.: "Manuale di Diritto Penale (parte generale)", Tomo I, Pádova 1968, págs. 358 y ss.

(23).- Sentencia de 27 Octubre de 1894, nº 134, - tomo 63 (Jurisprudencia Criminalm en adelante J.C.).

(24).- Sentencia de 30 Abril de 1980, nº 1513 -- (Repertorio Aranzadi, en adelante R.A.).

(25).- Sentencia de 31 de Marzo de 1981, nº 1207 (R.A.).

(26).- En esta línea, vid. sentencia de 1 Diciembre 1976, nº 5216; 10 Abril 1978, nº 1301; 29 Septiembre, nº 2948; 17 Diciembre 1980, nº 4944; 7 Junio 1983, nº 3088; 18 Abril 1985, nº 2102; 10 Febrero 1986, nº 586; 18

Enero 1986, nº 150; y, 16 Abril 1986, --
nº 1977, todas ellas en R.A.

- (27).- Vid. por todas, sentencia de 29 Agosto/
de 1872, nº 1184, Tomo 7, (J.C.).
- (28).- Vid. por todas sentencia de 2 Julio de/
1983, nº 4018 (R.A.).
- (29).- Vid. por todas sentencia de 23 Junio 1983
nº 3575 (R.A.).
- (30).- Vid. sentencias de 15 de Marzo 1978, nº -
4161; 1 de Marzo 1980 nº 913; y 25 Abril
1985, nº 2134, todas ellas en R.A.
- (31).- Sentencia 16 Junio 1984, nº 3583 (R.A.).
- (32).- Sentencia de 26 Junio 1978, nº 2653 (R.A.)
- (33).- Sentencias de 21 Marzo 1978, nº 1047; 24-
Junio 1980, nº 2648; y 23 Febrero 1981, /
nº 772, todas en R.A.
- (34).- Sentencia de 16 Enero 1985, nº 530. En la
misma línea, sentencia de 31 Enero 1984, -
nº 441, ambas en R.A.

- (35).- Sentencia de 8 Junio 1981, nº 2624; 25 Enero 1982, nº 139; 2 Diciembre 1982, nº 7364; 17 Noviembre 1983, nº 5504; - 14 Abril 1984, nº 2362; y 10 Febrero / 1986, nº 584, todas en R.A.
- (36).- Sentencia de 13 Febrero 1978, nº 423 (R.A.).
- (37).- Sentencia de 15 Diciembre 1984, nº 2362. (R.A.).
- (38).- Sentencia de 21 Enero 1986, nº 173 en R.A.
- (39).- Vid. sentencias de 30 Octubre 1978, nº- 3358; 10 Marzo 1979 nº 1111; 7 Julio -- 1982, nº 4490; 10 Febrero 1983, nº 748; 16 Mayo 1983, nº 2710; 20 Diciembre 1983, nº 6704; 7 Abril 1984, nº 2332; 19 Junio/ 1984, nº 3545, y 20 Noviembre 1985 nº 5434, todas en R.A.
- (40).- Sentencia de 8 Junio 1983, nº 3099; 12 - Mayo 1980, nº 1909; 26 Junio 1981, nº 2799 y 16 Octubre 1981, nº 3663, todas en R.A.
- (41).- Sentencias de 12 Marzo 1982, nº 2005 y 24 Mayo 1982, nº 2707, ambas en R.A.

- (42).- Sentencia de 5 Marzo 1980, nº 944 (R.A.).
- (43).- Sentencias de 25 Abril 1985, nº 2134; 11 de Octubre 1985, nº 4977; y 19 Noviembre 1985, nº 5429, todas en R.A.
- (44).- Sentencias de 6 Mayo 1978, nº 1899; 13 de Marzo 1984, nº 1815 y 28 Mayo 1984, nº -- 2693, todas en R.A.
- (45).- Sentencias de 21 Febrero 1979, nº 715; 1 de Marzo 1980, nº 913 y 17 Octubre 1985, nº 4998, todas en R.A.
- (46).- Sentencia 14 Julio 1980, nº 3152 (R.A.).
- (47).- Sentencia de 12 Mayo 1983, nº 2701 (R.A.).
En sentido contrario, por entender que no disminuía la "malicia" del sujeto, 20 Mayo 1983, nº 206 (R.A.).
- (48).- Sentencias de 6 Noviembre 1979, nº 3837;-- 31 Marzo 1980, 1207; 21 Abril 1980, nº1459 23 Febrero 1981, nº 773; 24 Abril 1982, -- 2276; 7 Mayo 1984, nº 2479; y 7 Junio 1985, nº 2974 todas en R.A.
- (49).- Sentencia de 24 Mayo 1905, nº 285, tomo 75 (J.C.).

- (50).- Sentencia de 23 Diciembre 1978, nº 4336
(R.A.).
- (51).- Sentencia de 25 Junio 1981, nº 2792 R.A.
- (52).- Sentencia de 31 Enero 1984, nº 441 (R.A.)
- (53).- Sentencia de 10 Noviembre 1983, nº 5471 -
(R.A.).
- (54).- Sentencia de 28 Febrero, 1984, nº 1184 ---
(R.A.).
- (55).- Sentencia de 6 Abril 1984, nº 2324 y 9 de
Julio 1984, nº 3834, ambas en R.A.
- (56).- Sentencia de 4 de Febrero 1983, nº 725 --
(R.A.).
- (57).- Sentencias de 19 Mayo 1983, nº 2735; 17 /
Noviembre 1983, nº 5504; y 12 Marzo 1984
nº 1805, todas en R.A.
- (58).- Sentencias de 13 Marzo 1984, nº 1815 y 29
Octubre 1984 nº 5107, ambas R.A.
- (59).- Sentencias 29 Septiembre 1978, nº 2948; /
en relación al estado de necesidad; 20 de
Marzo 1980, nº 1168, en relación a la le-

gítima defensa; 24 Noviembre 1981, ---
nº 4545, en relación al miedo insupera
ble; 22 Abril de 1983, nº 2300, en re-
lación a la obediencia debida y al esta
do de necesidad; 16 de Mayo 1983, nº2710
en relación al cumplimiento de un deber;
23 Octubre 1984, nº 5060, relación al --
trastorno mental transitorio y 15 Octu--
bre 1984, nº 4839, en relación a la ena-
jenación mental, todas ellas en R.A.

- (60).- Sentencia de 27 Octubre 1984, nº 5100 en
R.A.
- (61).- Sentencia de 20 Diciembre 1979, nº 114 --
(R.A.).
- (62).- Sentencia de 9 Abril 1985, nº 2078 en R.A.
- (63).- Sentencias de 27 Marzo 1980, nº 2129; 6 -
Diciembre 1980, nº 4789; 19 Mayo 1983, --
nº 2735; 1 Junio 1983, nº 3076 y 7 Abril
1984, nº 44, todas en R.A.
- (64).- Sentencia de 13 Enero 1981, nº 132 (R.A.).
- (65).- Sentencia de 5 Abril 1978, nº 1292 (R.A.).
- (66).- Sentencia de 12 Noviembre 1984 nº 5937 R.A. /

- (67).- Sentencia de 7 Julio 1983 n^o 4109(R.A.).
- (68).- Sentencia de 10 de Mayo 1984, n^o 2596 -
(R.A.).
- (69).- Sentencia de 19 Junio 1984, n^o 3592 --
(R.A.).
- (70).- Sentencia de 15 Octubre 1979 n^o 3672 en
R.A.
- (71).- Sentencia de 19 Noviembre 1985, n^o 5429
(R.A.).
- (72).- Sentencias de 12 Marzo 1979, n^o 1113; 15
Junio 1981 n^o 2660; 18 Marzo 1982, n^o /
1723; 11 Noviembre 1982 n^o 7099; 30 Mayo
2803 y 24 Abril 1984, n^o 2372, todas en
R.A.
- (73).- Sentencias de 14 Diciembre 1979, n^o 589,
y 26 Enero 1982 n^o 143, ambas en R.A.
- (74).- Sentencia de 25 Junio 1981, n^o 2792 (R.A.).
- (75).- Sentencia de 28 Mayo 1985 n^o 2544 (R.A.).
- (76).- En este sentido vid.: SEIJAS LOZANO, M.DE:

"Teoría de las Instituciones jurídicas", Tomo II, Madrid 1842, pág. 468; GALILEA, A.: "Exámen filosófico-legal de los delitos", Tomo I. Madrid 1846, págs. 122 y - 139; GARCIA GOYENA, F.: "Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el Código Penal de 1822, el francés y el inglés". Tomo I. Madrid 1843, pág. 71 y -- AZCUTIA, M.: "La Ley Penal", Madrid 1876, pág. 159.

(77).- Vid. PACHECO, J.F.: "Código Penal concordado y comentado", 4ª ed. Tomo I. Madrid 1870, págs. 212 y ss.; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: "El Código Penal de 1870 concordado y comentado", 2ª ed. Tomo I. Madrid 1902, pág. 338; VIZMANOS, T.M. DE, y ALVAREZ MARTINEZ, C.: "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Madrid 1848, pág. 105; RAMIRO RUEDA, R.: "Elementos de Derecho Penal", Santiago 1886, págs. 179 y ss.

(78).- Vid. CÁRDENAS, F. DE: "Comentarios y observaciones sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias atenuantes" y "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que /

tratan de las circunstancias agravantes" (en, El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración), Tomo VI, Madrid 1849, págs. 3 y 213; VICENTE Y CARAVANTES, J. : "Código Penal reformado, comentado novísimamente", MADRID, 1851, pág. 71 y 85; LLOPIS Y DOMINGUEZ, J.M;"Apuntes de Derecho Penal", Primera Parte. Valencia 1886, págs. 150 a 159; VALDÉS RUBIO, J.: - "Programa razonado de un curso de Derecho Penal según los principios y la legislación" Madrid 1889, pág. 231; MONTES J.,: "Derecho español", Parte General, Vol I, Madrid 1917 págs. 399 y 430. Posteriormente, el citado autor, manteniendo idéntico criterio para fundamentar las atenuantes, amplía las agravantes, utilizando junto al de la mayor perversidad, la mayor gravedad, el aumento de la culpabilidad, del daño material o social, y también la necesidad de defensa social al suponer un mayor peligro "Derecho Penal español", 2ª ed., vol II, Parte General, San Lorenzo de El Escorial 1929, págs. 203 a - 209); y JARAMILLO GARCIA, A.: "Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870". Vol. I. Libro I. Salamanca 1928, -- págs. 134 y 149.

- (79).- En este sentido, ESCRICHE, J.: "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". Tomo II. Madrid 1874, págs. 286. ÁLVAREZ CID, J. y ÁLVAREZ CID, T.: "El Código Penal de 1870". Tomo I. Córdoba 1908, págs. 154 y ss.
- (80).- SILVELA, L.: "Derecho Penal. Estudiado / en principio y en la legislación vigente en España". Madrid 1879, Primera y Segunda Parte, págs. 188 y 218.
- (81).- SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: "Principios del Derecho Penal con aplicación al Código español", 2ª ed., Madrid 1872, págs. 220 y ss.
- (82).- CUELLO CALÓN, E.: "El nuevo Código Penal - (Exposición y comentario)". Libro I. Barcelona 1929, pág. 116.
- (83).- DORADO MONTERO, P.: "El Derecho protector de los criminales". Madrid 1915, págs. 143 y ss., y 159 y ss.
- (84).- ANTÓN ONECA, J.: "Derecho Penal". Madrid - 1922. pág. 87.

- (85).- En esta referencia a la relación existente entre fundamento y conexión con la teoría jurídica del delito, así como su proyección sobre otros ámbitos de la teoría general de las circunstancias modificativas, pueden consultarse las siguientes monografías: DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas, - su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal español" (A.D.P.C.P., Tomo XXX, 1977, págs. 597 y ss.; ALONSO ALAMO, M.: "El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general" Universidad de Valladolid 1981; y, MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal" (C.P.C., - nº 21), 1983, págs. 699 y ss.
- (86).- ANTÓN ONECA, J., y RODRIGUEZ MUÑOZ, J.A.: "Derecho Penal". Tomo I. Parte general. - Madrid 1949, págs. 333, 350 y 351. En el mismo sentido ANTÓN ONECA, J. y MIGUEL GARCÍ-LÓPEZ, A. DE : "Derecho Penal. Parte - General", 1ª ed. 1940, págs. 242 y ss.
- (87).- PUIG PEÑA, F.: "Derecho Penal, Parte General". Tomo II. Sexta edición. Madrid 1969, págs. 58 y 133 a 136. En similares términos .

se pronuncia en Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), voz "circunstancias modificativas". Tomo IV, Barcelona 1952, págs. 156 a 158.

- (88).- PUIG PEÑA, F.: "Alevosía", (Nueva Enciclopedia Jurídica Seix). Tomo II, Barcelona 1952, págs. 158 y ss.
- (89).- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal español. Parte General", 9ª ed., revisada por A. Serrano Gómez. Madrid 1985., págs. 689 y ss.
- (90).- LUZÓN DOMINGO, M. : "Derecho Penal del Tribunal Supremo", Tomos I y II, Parte General Barcelona 1964, págs. 254 y 350.
- (91).- CÓRDOBA RODA, J. ; RODRIGUEZ MOURULLO, G.y CASABÓ RUIZ, J.R.: "Comentarios al Código Penal", Tomo I, Barcelona 1972, págs. 424 y ss.. Así, por ejemplo, califican como sintomática de una mayor antijuricidad, las circunstancias agravantes de auxilio de gente armada (10,12) y de ofensa a la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el

suceso (10,16); como reveladoras de una mayor culpabilidad, el abuso de superioridad (10,8), el abuso de confianza (10,9), prevalecerse del carácter público -- del culpable (10,10), etc.; y, como indicadores de una menor reprochabilidad, -- las atenuantes, de embriaguez no habitual (9,2); minoría de edad (9,3), etc.

- (92).- CÓRDOBA RODA, J.: "El parentesco como -- circunstancia mixta de modificación de / la responsabilidad penal" (A.D.P.C.P. Tomo XX), 1967, págs. 175 y ss.
- (93).- MIR PUIG, S.: "Derecho Penal. Parte General". Barcelona 1984, pág. 553. Igual en "Lecciones de Derecho Penal," Barcelona 1983, pág. 339.
- (94).- MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit. págs. 553 y ss. y 570. En idénticos términos en "Lecciones" cit. págs. 340 y ss. Del mismo autor, vid. también, "La reincidencia en el Código Penal". Barcelona 1974, págs. 274 y 295, y 427 y ss.
- (95).- BUSTOS RAMÍREZ, J. "Manual de Derecho Penal español. Parte General". Barcelona -- 1984, pág. 415.

- (96).- ARROYO DE LAS HERAS, A.: "Manual de Derecho Penal. El delito". Pamplona 1985, págs 450 y 525.
- (97).- Vid. ampliamente ALONSO ALAMO, M.: "El -- sistema de las circunstancias....", cit. págs. 338 y ss.
- (98).- MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error sobre las circunstancias". cit. pág. 704.
- (99).- Parecen firmes partidarios de esta concepción, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Introducción a la Parte General del Derecho Penal español". Universidad Complutense, Madrid 1979, págs. 78 y ss.; y GARCÍA ARÁN, M. : "Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español". Universidad de Barcelona 1982, págs. 126 y ss.
- (100).- CUELLO CALÓN, E.: "Derecho Penal" (Revisada por C. Camargo Hernández). Tomo I. Parte General, vol II, Decimoséptima edición. Barcelona 1975, págs, 547 y ss.
- (101).- JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: "La ley y el delito. Principios de Derecho Penal". Quinta edición. Buenos Aires 1967, págs. 443.

- (102).- FERRER SAMA, A.: "Comentarios al Código Penal". Tomo I, 1ª ed. Murcia 1946, págs. 326 y ss.
- (103).- BERNALDO DE QUIRÓS, C.: "Derecho Penal - (Parte General)". Puebla 1948, págs. 132 y 144.
- (104).- GÓMEZ BENITEZ, J.M.: "Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General". Madrid 1984, pág. 448
- (105).- En este sentido puede verse, entre otros: CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: "La alevosía". Barcelona 1958, ver pág. 41 y del mismo, "La premeditación". Barcelona 1958, pág. 31; BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El parentesco en Derecho Penal", Barcelona 1973, pág. 44; -- MARTÍNEZ PÉREZ, C.: "La circunstancia -- agravante de precio, recompensa o promesa" (C.P.C., nº 19), 1983, págs. 39 y ss.; -- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.J.: "La minoría de / edad penal" (C.P.C.nº 20), 1983, págs. 385 y ss.; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia" (A.D.P. C.P.), Tomo XXXII), 1979, págs. 643 y ss.; una postura crítica respecto a esta atenua

ción y su pretendido afinamiento en la culpabilidad, puede verse en HUERTA TOCILDO, S.: "¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?". (C.P.C.nº 2), 1977, págs. 67 y ss.; CARMONA SALGADO, C.: "Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio" (A.D.P.C.P.), Tomo XXXIV), 1981, págs. 433 y ss; de / la misma autora "La circunstancia atenuante de arrebató u obcecación" (Colección de Estudios Penales, nº 5). Granada, 1983, págs. 117 y ss.; LÓPEZ REY, M.: "Atenuantes: Naturaleza y elementos. -- Atenuantes análogas" (Revista de Derecho Público) 1936, págs. 58 y ss. etc.

(106).- ROSAL, J. DEL: "Lecciones de Derecho Penal español", Madrid 1960, págs. 247 y ss. y 272 y ss. En idénticos términos se pronuncia en: "Tratado de Derecho Penal (Parte General)". Vol. II. Madrid 1972, págs. 487 y ss.

(107).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN T.S.: - "Derecho Penal. Parte General". Valencia 1984, págs. 339 y ss.

- (108).- ORTS BERENGUER, E.: "Atenuante de análoga significación ...", cit. págs. 38 y 39. Del mismo autor, y en idéntico sentido, vid. "Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980". (C.P.C., nº14), 1981, pág. 246.
- (109).- QUINTANO RIPOLLÉS, A.: "Curso de Derecho Penal". Tomo I. Madrid 1963, pág. 410. En similares términos se pronuncia en -- "Compendio de Derecho Penal", Vol. I. Madrid 1958, pág. 329. No obstante es curioso observar como luego, al comentar las distintas circunstancias, llega, por ejemplo, a relacionar la alevosía con la culpabilidad, pág. 434 de la primera obra citada.
- (110).- QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal./ Parte General". Barcelona 1986, págs. 594 y ss. En parecidos términos se pronuncia en "Determinación de la pena y / política criminal" (C.P.C., nº 4), 1978 págs. 65 y ss.
- (111).- Vid. ALTÉS MARTÍ, M.A.: "La alevosía" - (Colección de Estudios, cit...). Valencia 1982, pág. 48; BAEZA AVALLONE, V.:

"El arrepentimiento espontáneo " (C.P. C., nº 9), 1979 págs. 3 y ss.; SOLA -- DUEÑAS, A. DE: "Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento". (A.D.P.C.P., tomo -- XXIV), 1971, págs. 417 y ss., etc.

- (112).- BACIGALUPO, E.: "La individualización de la pena en la reforma penal" (R.F. D.U.C. monográfico, nº 3). Madrid 1980 págs. 61 a 63.
- (113).- Vid. KELSEN, H.: "Teoría pura del Derecho" (trad. Moisés Nilve), vigésimotercera edición. Buenos Aires 1986, pág.50
- (114).- La elaboración de un fundamento de las circunstancias modificativas al margen de la regulación que de ellas hace el Código Penal español, no sólo constituiría un absurdo desde el punto de vista de su aplicación práctica, sino que además, desde la óptica de la ciencia jurídica, carecería de todo valor por tratarse de una construcción metajurídica, y totalmente artificial.
- Vid. al respecto KELSEN, H. ob. cit., - págs. 51 y ss. Ello no supone olvidar - la trascendente función crítica que co-

rresponde al jurista, que desde luego, no puede confundirse con este fenómeno de absoluta despreocupación por las normas vi-
gentes.

- (115).- En este sentido se pronuncia la doctrina de modo unánime. Vid. por todos ORTS BERENGUER, E. : "Atenuante de análoga", cit., págs. 31 y 38.
- (116).- ORTS BERENGUER, E.; ob. cit. pág. 35.
- (117).- Ha destacado la importancia de la concepción dogmática adoptada para inclinarse / por una u otra fundamentación. QUINTERO -- OLIVARES, G.: "Derecho Penal....", cit. / pág. 597. En el mismo sentido en relación a una cuestión muy similar como es la determinación de la naturaleza dogmática de las agravantes, se ha pronunciado también MIR - PUIG, S.: "Derecho Penal....", cit. pág.570. Igualmente BACIGALUPO, E.: "La individualización", cit. pág. 61.
- (118).- Respecto a la toma de postura efectuada en relación al concepto de circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, vid. supra capítulo II, apartado 1.6.2.

- (119).- Dada la naturaleza, carácter y finalidad del presente trabajo no sería posible ni provechoso extenderse en consideraciones de tal magnitud, que obligarían prácticamente a elaborar una parte general del / Derecho Penal. De modo que tendremos que conformarnos con esta brevísima reseña de nuestro entendimiento de la dogmática penal.
- (120).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, - T.S.: "Derecho Penal", págs. 253 y ss.; y 269.
- (121).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, / T.S., ob. ict., págs. 441 y ss.
- (122).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit. pág. 673. Vid., también, págs. 674 y ss.
- (123).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit. págs. 79 y ss.
- (124).- En las consideraciones transcritas en orden a nuestra concepción del Derecho Penal, se ha seguido, como resulta fácil de adivinar, la sistemática adoptada y desa

rrollada por los profesores COBO DEL --
ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., en su obra
"Derecho Penal. Parte General". Valencia
1984.

- (125).- En esta línea pueden verse, por todos, --
MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit.
págs. 557 a 587; y, ALONSO ALAMO, M.: "El
sistema de las circunstancias" cit.,
pág. 440 y ss., y 459 y ss., en donde se
efectuan diversas clasificaciones de las/
circunstancias en base a la aceptación --
del desvalor de acción.
- (126).- Dicha concepción de la antijuricidad está
intimamente ligada a la que se haya sus-
crito en orden a la estructura y función
de la norma penal. A este respecto, vid.
COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.:
"Derecho Penal", cit., págs. 35 y ss.
- (127).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., /
ob. cit., pág. 260.
- (128).- En el mismo sentido vid. QUINTERO OLIVA-
RES, G.: "Derecho Penal", cit., pág.
597.

- (129).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.:
"Derecho Penal" cit., pág. 742.
- (130).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.
ob. cit. pág. 741.
- (131).- Vid. al respecto las sentencias del Tri
bunal Constitucional de 15 de Octubre -
de 1982, nº 62 (R.A. 185/80 y 402/81 y
22 Mayo 1986, nº 65 (R.A. 472). Cfr. --
asimismo, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES --
ANTÓN, T.S., ob. cit. págs. 87 y ss.
- (132).- Vid. por todos GROIZARD y GÓMEZ DE LA /
SERNA, A.: "El Código Penal de 1870...",
cit., pág. 338.
- (133).- QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal..."
cit., pág. 598.
- (134).- En el sentido del texto, COBO DEL ROSAL,
M. y VIVES ANTÓN, T.S., : "Derecho Penal"
cit. pág. 792.
- (135).- Tampoco el Código Penal de 1944 supuso un
cambio de la orientación político-criminal
descrita, sino más bien lo contrario, al /
adentarse el carácter defensista-represi-
vo y extraordinariamente duro de sus dispo

siciones. Cfr. al respecto CASTEJÓN, F.: "Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944" (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 177), Madrid 1945, págs. 239 y ss.

- (136).- Así se expresa BAIGÚN, D.: "Naturaleza de las circunstancias agravantes". Buenos Aires 1970, pág. 25.
- (137).- En este sentido se han pronunciado COBO - DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal", cit., pág. 744, al decir que "resulta evidente que clasificar por clasificar no tiene sentido, ni siquiera pedagógicamente, si no es obedeciendo a / criterios materiales, que al mismo tiempo han de proyectar su virtualidad en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas" (nota 23).
- (138).- Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias ...", cit. pág. 598.
- (139).- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.; ob. cit., pág. 598
- (140).- Vid. ampliamente sobre esta cuestión -- ALONSO ALAMO, M.: "El sistema de las cir

cunstancias", cit. págs. 344 y ss.

- (141).- CARDENAS, F. DE : "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias agravantes", cit., pág. 213.
- (142).- PACHECO, J.F.: "Código Penal concordado y comentado", cit. pág. 252. (subrayado propio).
- (143).- SILVELA, L.: "Derecho Penal.....", cit. - Primera Parte, págs. 184 y ss.
- (144).- SILVELA, L., ob. cit. Segunda Parte, págs. 351 y ss.
- (145).- SILVELA, L. ob. cit. Segunda Parte, págs. 215 y ss.
- (146).- BUENAVENTURA SELVA, V.: "Comentarios al Código Penal reformado". Madrid 1870. págs. 220 y ss.
- (147).- A título de ejemplo, basta con repasar el concepto de culpabilidad, que en relación a las circunstancias manejaba GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: "El Código Penal -

de 1870.....", cit. pág. 338.

- (148).- VALDÉS RUBIO, J.: "Programa razonado de un curso.....", cit. pág.230.
- (149).- Sentencia de 19 Junio de 1984, nº 3593 - (R.A.). En el mismo sentido puede verse estas resoluciones: 4 Abril 1979 nº 1609 15 Octubre 1979, nº 3672; y 3 Febrero -- 1978, nº 331, todas en R.A.
- (150).- Vid. sentencias de 27 Noviembre 1984, -- nº 748; 27 Mayo 1981, nº 1228; 28 Enero 1980, nº 252; 10 Marzo 1979, nº 1111, y 6 Mayo 1978, nº 1899, entre otras, to-- das en R.A.
- (151).- Cfr. sentencias de: 10 Mayo 1984, núme-- ro 2596; 8 Mayo 1981, nº 2159; y 4 Abril 1979, nº 1609; todas en R.A.
- (152).- Vid. sentencias de: 4 Abril 1984, núme-- ro 2324; 28 Junio 1984, nº 3702; 9 Julio 1982, nº 4499; y 7 Febrero 1986, nº 626, todas en R.A.
- (153).- Sentencia de 9 Julio 1984, nº 3834 (R.A.).

- (154).- Sentencia de 15 Octubre 1982, nº 5640; y 13 Febrero 1978, nº 423, ambas en R. A.
- (155).- Sentencias de: 14 Abril 1984, nº 2362; 17 Noviembre 1983, nº 5504, 25 Enero - 1982, nº 139; 2 Diciembre 1982, nº 7364 y 19 Mayo 1981, nº 2241, todas en R.A.
- (156).- Vid. por todas, sentencia de 17 Junio - 1980, nº 2635 (R.A.)
- (157).- Vid. sentencias de 10 Mayo 1984, nº 5696 y 19 Noviembre 1985, nº 5429, ambas en - R.A.
- (158).- Vid. sentencias de 19 Junio 1984, número 3593, 5-Noviembre 1980, nº 4425 y 15 Octubre, nº 3672, todas en R.A.
- (159).- Respecto al arrebató u obcecación, vid - sentencias de 9 Abril 1984, nº 2591 y 16 Octubre 1984, nº 4846, y respecto a la - de haber actuado en vindicación de una / ofensa grave, 17 Enero 1979, nº 121, y - respecto a la provocación o amenaza del ofendido, 17 Enero 1979, nº 121, todas / en R.A.

- (160).- Sentencia de 9 Abril 1984, nº 2591 y 15 Noviembre 1979, nº 4236, ambas en R.A.
- (161).- Vid. sentencias de 24 Octubre 1984, número 3816, y 16 Diciembre 1980, nº 4940, ambas en R.A.
- (162).- Sentencias de 6 Junio 1980, nº 2512; y 20 Diciembre 1980, nº 4981, ambas en R.A.
- (163).- Vid. por todas sentencia de 27 Noviembre 1984, nº 6002 (R.A.).
- (164).- Vid. a título de ejemplo las sentencias de 13 Julio 1983, nº 4161, y 13 Diciembre 1979, nº 4605, ambas en R.A.
- (165).- Sentencias de 18 Octubre 1982, nº 5648 y 4 Febrero 1983 nº 725, ambas en R.A.
- (166).- Vid. respectivamente, sentencias de 20 - Mayo 1985, nº 2510, y 20 Febrero 1986, - nº 626, ambas en R.A.
- (167).- Vid. por todas sentencias de 31 Marzo de 1982, nº 2048; 18 Mayo 1982, nº 2687 y 23 Enero 1979, nº 166, todas en R.A.

- (168).- Cfr. sentencia de 28 Octubre de 1911, - nº 79, tomo 87; 19 Junio 1917, nº 64, / tomo 98, ambas en J.C., y 14 Mayo 1966, nº 2483, 26 Noviembre 1966, nº 5316, ambas en R.A.
- (169).- Vid. supra, capítulo III, apartado 1.4.
- (170).- Vid. infra. capítulo V.
- (171).- La clasificación de las circunstancias en objetivas y subjetivas como eje interpretativo fundamental para la averiguación de su naturaleza jurídica, ha sido un recurso prácticamente inexistente en la doctrina científica francesa y alemana, por citar sólo dos ejemplos -- destacados.
- (172).- Vid. SANTORO, A.: "Le circostanze de reato", cit., págs. 73 y ss.
- (173).- En torno a las conexiones efectuadas por la mayoría de la doctrina española, entre naturaleza jurídica, fundamentos y / artículo 60, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas", cit., págs. 597 y ss. y bibliografía allí citada.

(174).- Vid. supra. capítulo III, apartado 2.3.

(175).- En este sentido vid. FERRER SAMA, A.:

"Comentarios al Código Penal", cit. págs. 267 y 326; CUELLO CALÓN E.: "Derecho Penal. Parte General", cit., págs. 547 y - 571; aunque debe señalarse que este autor, en un primer momento, acepto la posibilidad de calificar a algunas agravantes como objetivas, si bien luego rectifico, optando decididamente por una postura totalmente subjetivista, vid. "El nuevo Código Penal", cit., pág. 116; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: "La ley y el delito ...", cit., págs. 452; sin embargo, a pesar de inclinarse por conceptuarlas a todas de / subjetivas, vierte ciertas dudas sobre la posibilidad y utilidad de clasificarlas / en objetivas y subjetivas, pero no obstante lo hace; y PUIG PEÑA, F.: "Derecho Penal. Parte General", cit. págs. 58 y 152.

(176).- Cfr. ANTÓN ONECA, J. y RODRIGUEZ MUÑOZ, - J.A.: "Derecho Penal. Parte General", cit. págs. 225 y 350, es célebre y muy seguida con posterioridad, su clasificación de las agravantes, págs. 350 y 351, en objetivas subjetivas y mixtas; QUINTANO RIPOLLÉS, A.:

"Comentarios al Código Penal", cit. pág. 152; del mismo, "Curso de Derecho Penal", cit. págs. 410 y ss.; ROSAL, J. DEL: "Lecciones de Derecho Penal español", cit. -- págs. 267 y ss; del mismo, "Tratado de Derecho Penal español", cit. págs. 493 y ss. y 518 y ss.; y, BERNALDO DE QUIRÓS, C.: - "Derecho Penal", cit., págs. 133 y ss.

(177).- RODRIGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal español. Parte General", cit. pág. 693. Vid. clasificación en pág. 726. El autor señala que sólo las subjetivas pueden pertenecer a la culpabilidad, mientras que las objetivas necesariamente afectan a la antijuricidad. Nada dice expresamente sobre si cabe la posibilidad de que existan circunstancias subjetivas referidas a la antijuricidad. Cfr., al respecto DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias modificativas", cit., págs. 612 a 616.

(178).- RODRIGUEZ MOURULLO, G., con otros autores: "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Barcelona 1972, págs. 467 y ss.

(179).- MIR PUIG, : "Derecho Penal....", cit. pág. 553.

- (180).- MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit. págs. 556 y ss.
- (181).- MIR PUIG, S.: "Derecho Penal ...", cit. págs. 570 y ss. Son circunstancias objetivas: A). Porque denotan mayor peligrosidad del hecho: a) por la especial facilidad de comisión determinada por los medios (alevosía, veneno, astucia y fraude); por los sujeto (abuso de superioridad, de confianza, carácter público y -- cuadrilla), o por la ocasión (nocturnidad y despoblado); b) por la especial facilidad de impunidad (disfraz, precio); c) por ambas razones (gente armada y --- otras de las mencionadas). B). Producen mayor extensión del mal (publicidad, ensañamiento, desprecio de dignidad, morada). Son circunstancias subjetivas: A). Agravan la relación psicológica (premeditación); y b). Revelan una actitud más / reprobable en el sujeto (reincidencia, calamidad o desgracia.
- (182).- Vid. LUZON DOMINGO, M.: "Doctrina Penal del Tribunal Supremo". Tomo I y II. Parte General, págs. 254 y 350; SAINZ CANTERO, J.A.: "Derecho Penal", cit. tema XXIX.

- (183).- ARROYO DE LAS HERAS, A.: "Manual de Derecho Penal", cit., págs. 450 y 530.
- (184).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S/: "Derecho Penal", cit. págs. 743 a 749.
- (185).- BUSTOS RAMÍREZ, J.: "Manual de Derecho Penal español. Parte General". cit. pág. 415.
- (186).- QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal", cit. págs. 596 y 597.
- (187).- CÓRDOBA RODA, J., con otros autores: "Comentarios al Código Penal", cit. Tomo I., págs. 408 y ss; y tomo II., págs. 251 y ss.
- (188).- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias", cit. págs. 641 y ss.
- (189).- ALONSO ALAMO, M.: "El sistema", cit., págs. 344 y ss. Vid. ampliamente su exposición de la problemática con especial atención págs. 369 y ss.; y 459 y ss.
- (190).- Vid. COBO DEL ROSAL, M.: "Consideraciones sobre las atenuantes de arrebató u obcecación, y provocación y amenaza adecuada". (Anales de la Universidad de la Laguna).- 1968, pág. 15; ORTS BERENGUER, E.: "Ate---

nuantes de análoga", cit. 31; MARTÍNEZ PÉREZ, C.: "Las circunstancias agravantes de precio, recompensa o promesa". (C.P.C.nº 19), 1983, pág. 59; y VIADA y LÓPEZ RUIGCERVER, C.: "Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo"., Madrid 1961, pág. 18.

- (191).- Cfr. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: "La predeterminación". Barcelona 1958, págs. 25 y ss.; y del mismo autor, "La alevosía". Barcelona 1958, págs. 39 y ss.; PUIG PEÑA, F.: voz "Circunstancias", (en Nueva enciclopedia ., cit. págs..157 y ss.; LÓPEZ REY, M.: "Atenuantes", cit.pág. 252 y, BAJO FERNÁNDEZ, M.: "El parentesco", cit., págs. 40 y ss.
- (192).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal", cit. pág. 745.
- (193).- En parecidos términos se expresan, respectivamente, ALONSO ALAMO, M.: "El sistema....", pág. 344 y ss.; y Díez Ripollés, J.L.: "Naturaleza de las circunstancias...", cit., - págs. 597 y ss.
- (194).- QUINTERO OLIVARES, Q.: "Derecho Penal",

cit. pág. 596.

- (195).- BAIGÚN, D.: "Naturaleza de las circunstancias agravantes", Buenos Aires 1970, págs. 22 y ss.
- (196).- En idéntico sentido ALONSO ALAMO, M: "El sistema....", cit., págs. 347.
- (197).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal", cit., pág. 749.
- (198).- Cfr. ALONSO ALAMO, M.: "El sistema....", -- cit., págs. 353 y ss.
- (199).- MAGGIORE, G.: "Derecho Penal". Vol. II, Bogotá 1972, pág. 6.
- (200).- Vid. supra, capítulo II, apartado 1.1.3.
- (201).- SANTORO A.: "Le circostanze del reato", 2ª ed. Torino 1952, págs. 66 y ss., y del mismo, "Manuale di Diritto Penale", Tomo I, Torino 1958, pág. 469. En el mismo sentido - BATTAGLINI, G.: "Diritto Penale (Parte generale)", 3ª ed. Pádova 1949, pág. 382.
- (202).- SANTORO, A.: "Le circostanze", cit. --

pág. 74 y ss., y del mismo "Manuale", cit., pág. 469. En el mismo sentido RANIERI, S.: "Manuale di Diritto Penale (Parte generale". Tomo I, Pádova 1968, pág. 359.

(203).- SANTORO, A.: "Le circostanze", cit., págs. 54 y ss.; del mismo "Manuale....", cit., pág. 469. En idénticos términos se pronuncian también: BATTAGLINI, G.: "Diritto Penale....", cit. 382; ANTOLISEI, F.: "Manuale di Diritto Penale (Parte generale)". 2ª ed. Milano 1975, pág. 349.; RANIERI, S.: "Manuale", cit. pág. 359.; PANNAIN, R.: "Manuale di Diritto Penale -- (Parte generale)", vo. I, 3ª ed. Torino -- 1962, págs. 422 y 423.; MARINI, G.: "Le / circostanze del reato. Parte Generale". Milano 1965, págs. 90 a 132; y, CONTENTO G.: "Introduzione allo studi o delle circostanze del reato". Napoli 1963, págs. 124 y ss.

(204).- SANTORO, A.: "Manuale", cit., pág. 469.

(205).- SANTORO, A.: "Le circostanze", cit. - págs. 34 y ss.; del mismo, "Manuale", cit. pág. 470; RANIERI, S.: "Manuale .."// cit. pág. 359.

(206).- SANTORO, A.: "Le circostanze ...", cit.--

págs. 39 y ss.; MARINI, G.: "Le circostanze....", cit. págs. 133 y ss.; PANNAIN, R.: "Manuale", cit. pág. 423; y, CONTEN-
TO, G.: "Introduzione allo studio....", cit.
págs. 125 y ss.

(207).- SANTORO, A.: "Le circostanze", cit. --
págs. 41 y ss.; del mismo: "Manuale...", cit.
pág. 470.; MARINI, G.: "Le circostanze....",
cit., pág. 154. Dadas las especiales caracte-
rísticas de la regulación que a estos insti-
tutos otorga el Código Penal italiano y que
distan mucho de la que hace nuestro texto.

(208).- Vid. BOScareLLI, M.: "Compendi di Diritto Pe-
nale (Parte Generale)", 2ª ed. Milano 1976.,
pág. 4.

(209).- Vid. CONTENTo, G.: "Introduzione allo studio"
cit. págs. 163 y ss.

(210).- ALONSO ALAMO, M.: "El sistema....", cit. pág.
369.

(211).- Vid. supra. Capítulo II, apartado 1.6.1. b).
y bibliografía allí citada.

(212).- Aunque también esto resulte controvertido en
la doctrina. En el sentido del texto, COBO - .

DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal", cit., pág. 763. En nuestra doctrina también se ha entendido, bien como causa de una mayor culpabilidad, bien como causa de un incremento del injusto, - vid. respectivamente, MARTÍNEZ DE ZAMORA, A. : "La reincidencia", Universidad de Murcia, 1971, pág. 205; y MIR PUIG, S.: "La reincidencia en el Código Penal". Barcelona 1974, pág. 533.

- (213).- Vid. extensamente MIR PUIG, S.: "La reincidencia....", cit. págs. 544 y ss.
- (214).- Vid. por todas, las obras de SCHIAPPOLI, D.: "Diritto Penale canónico" (en la Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, a cura de E. PESSINA, Vol. I. Milano 1905, págs. 751 y ss.; y SCHAFFSTEIN, F.: "La ciencia europea del Derecho Penal en la época del humanismo" (Trad. J.M. Rodríguez Devesa), Madrid 1957, págs. 14 y ss.
- (215).- MEZGER, E.: "Derecho Penal. Parte General". (trad. C.A. Finzi). Buenos Aires. 1958, pág. 275 y ss.
- (216).- Cfr. VIVES ANTÓN, T.S.: "Sobre graduación/

de la pena: Tentativa y reincidencia múltiple" (Revista Jurídica de Cataluña, nº1 1974).

(217).- Cfr. al respecto BELING, E.: "Il significato del principio: nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto Penale" (Giustizia Penale, vol XXXVII), Roma 1931.

(218).- MEZGER, E.: ob. cit. pág. 302.

(219).- JESCHECK, H-H.: "Tratado....", Tomo II, - cit. págs. 887 y ss.

(220).- Cfr. VIVES ANTÓN, T.S.: "La estructura de la teoría del concurso de infracciones". (Colección de Estudios del Departamento - Derecho Penal y el Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, serie "minor", nº 3). Valencia 1981, págs. 23 y ss.

(221).- VIVES ANTÓN, T.S., ob. cit. págs. 7 y 8.

(222).- Cfr. JESCHECK., H-H.: "Tratado....", Tomo II, cit.; págs. 756 y ss., y 1174 y ss.

(223).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.:

"Derecho Penal", cit. págs. 362 y ss.

(224).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.; ob. cit., págs. 360 y 361.

(225).- V. gr. consultar el artículo 325 del Código Penal, donde se exige que la imputación se realice "ante funcionario", pues si no es ante una persona que goze de tan condición, no existirá el delito.

(226).- En el sentido del texto de ANTOLISEI, F.:/ "Manuale", cit., pág. 348.

(227).- En este sentido se expresaban, como ya vimos ORTS BERENGUER, E.: "La atenuante....", cit. pág. 31; y, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal....", cit. pág. 847.

(228).- Pues como ha señalado HASSEMER, W.: "Fundamentos del Derecho Penal" (trad. y notas F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero), Barcelona 1984, pág. 128. La determinación de la / pena no es, ni puede serlo, una versión aca bada de sus presupuestos. Y por esto, no -- tiene que ser relevante para ella, lo que si lo es para la determinación y existencia de/ la punibilidad.

CAPITULO IV

=====

ESTRUCTURA Y FUNCION

=====

SUMARIO

=====

1.- ESTRUCTURA.

1.1.- Planteamiento.

1.2.- Elementos estructurales.

1.2.1.- Elemento objetivo.

1.2.2.- Elemento material final o teleológico.

1.2.3.- Elemento subjetivo

1.3.- El error sobre las circunstancias.

1.3.1.- La reforma de 1983: Artículo 6 bis a).

1.3.2.- El error sobre las agravantes.

1.3.3.- El error sobre las atenuantes.

2.- FUNCION.

2.1.- Introducción.

2.2.- Las circunstancias en la determinación de -
la pena.

2.3.- Circunstancias e individualización judicial.

2.4.- Consideraciones críticas al sistema español.

1.- ESTRUCTURA.

1.1.- PLANTEAMIENTO.

Como señalaba LARENZ, para poder enjuiciar jurídicamente un hecho tal como ha sucedido, resulta necesario antes que nada, que quien lo enjuicia le de la forma de un enunciado, donde se recoja todo aquello - (y sólo aquello) que pueda ser relevante. El criterio para determinar lo que es o no relevante para el enjuiciamiento se obtiene de las normas jurídicas posiblemente aplicables. Por eso, se ha insistido en que "el hecho en cuanto enunciado recibe su formulación / definitiva sólo atendiendo a las normas jurídicas según las cuales ha de ser enjuiciado" (1).

Las normas jurídicas existen para ser aplicadas a sucesos fácticos, a hechos naturales. Pero lo que importa al jurista no es el "hecho-bruto", sino la valoración que de él hace la norma. Por eso, siguiendo nuevamente a LARENZ, puede decirse que la formación y enjuiciamiento jurídico del hecho conforma un proceso del pensamiento en donde el "hecho-bruto" se transforma en un hecho definitivo, en cuanto enunciado, es decir, en la parte del hecho natural que interesa al Derecho, y al mismo tiempo, la norma, que -- forzando el lenguaje podríamos llamar "norma-bruta"/ en ese estado, también se transforma en la norma ya lo suficientemente concretizada para ser aplicada a

ese hecho (2).

De modo que puede decirse que la norma valora el hecho. Pero no valora todo el suceso fáctico, sino sólo una parte de él, la que interesa al Derecho. El -- precepto selecciona aquellos datos relevantes para -- los fines del ordenamiento jurídico, y son éstos, y/ sólo éstos, los que cuentan en el proceso de formación de la norma jurídica.

Pero sentado lo anterior, cabe igualmente llevar a cabo una segunda selección, dentro ya, de la parte / del hecho valorada por la norma. En este caso se trata más bien de una jerarquización de los distintos refe-- rentes fácticos relevantes jurídicamente, porque no todos ellos interesan por igual al ordenamiento jurídico. A este respecto cabe recordar la aportación de ROSS y / su enunciado de los llamados "hechos operativos". Señala este autor, que toda aplicación del Derecho tiene como fundamento la existencia de unos hechos condicionantes. El contenido de las propias normas jurídicas deter^{mi}na cuales son los hechos relevantes para la decisión (3).

Estos hechos relevantes para la decisión son deno^{mi}minados "hechos operativos". Aunque en todo supuesto -- existe un número variado de hechos operativos, no todos ocupan la misma posición, pues algunos gozan de una si-

tuación especial. Así, utilizando el mismo ejemplo de ROSS, en un homicidio, no sólo importa el acto de matar, pues otras muchas circunstancias acompañantes tendrán que ser también consideradas. Sin embargo, el acto de matar ocupa una posición especial. Porque es el hecho que fundamenta el efecto/jurídico específico en cuestión, mientras que las circunstancias acompañantes se limitan a condicionar, modificar o excluir la aplicación de la consecuencia jurídica. Este ejemplo muestra que los hechos operativos pueden ser específicamente relevantes ("creadores") o meramente condicionantes. Por eso, el Derecho puede hacer que casi todas las circunstancias imaginables constituyan hechos operativos "condicionantes", siempre que puedan ser descritos en términos del lenguaje común (4).

O sea, que junto a la parte principal del hecho, la que da lugar a la formulación de los juicios de antijuricidad 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.

Estas circunstancias forman parte también del hecho en su sentido naturalístico, pero sin embargo, la norma no las valora igual que los elementos esen

ciales del delito (presupuesto. Y no lo hace así, - porque su naturaleza jurídica es puramente accidental al no afectar a la sustancia de la infracción, / esto es, ni a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, ni a su posterior reproche. Se trata, como ya hemos señalado en sede de su concepto, fundamento y naturaleza, de elementos accidentales que pueden - existir o no, y que pueden tener relevancia penal o no tenerla. Porque como ya hemos apuntado veladamente a lo largo de este trabajo, lo que resulta definitivo a la hora de definir las circunstancias, y también en el momento de hallar su fundamento y naturaleza jurídica, es el "dato normativo" (5). O lo que es lo mismo, sólo a la vista de un determinado Derecho positivo es posible constituir una teoría de las circunstancias con sentido, siendo rechazables -además de por otras consideraciones, por resultar de todo punto imposible- todos los intentos que tratan de lograrlo mediante criterios sustanciales, internos o metapositivos.

Si bien nos ha parecido importante destacar que la teoría de las circunstancias corre paralela a la del delito, pero bien diferenciada de ésta por la -- muy distinta valoración jurídica a que está sujeta, esta afirmación más que resolver algún problema suscita varios interrogantes, y debe ser muy matizado / este paralelismo.

Quizás los dos más trascendentales sean, de una parte la cuestión de si el delito con circunstancias ("delito circunstanciado" según la denominación otorgada por la doctrina italiana) goza de autonomía frente al delito base o sin circunstancias, cuestión ésta muy debatida en el seno de la literatura trasalpina. Y en segundo término, cuál es la estructura que cabrá convenir como propia del fenómeno singular de las circunstancias modificativas.

Por lo que se refiere al primer punto, el problema inicial y básico es 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 (6). Así, los autores se dividen fundamentalmente / en dos grandes tendencias: Los que afirman que las circunstancias se limitan a influir sobre la estructura / típica de la forma criminal a la cuál se añaden, siendo por tanto consideradas como simples elementos accidentales de algunas formas particulares de manifestarse el delito, pero que el "delito circunstanciado" no goza de autonomía respecto al "delito simple", porque estas circunstancias son meros accidentes capaces sólo de modificar la gravedad o cantidad del delito -- (postura absolutamente mayoritaria). La segunda orientación sostiene que el "delito circunstanciado" da lu

gar a la existencia de una nueva figura criminal, netamente distinta e independiente de la principal --- (postura minoritaria) (7).

Los autores italianos se inscriben a una u otra orientación desde planteamientos muy diversos, y desde luego, con independencia de que conciban la norma como imperativo o como tutela. Así, SANTORO, entiende que la modificación operada por las circunstancias sobre el imperativo secundario (sanción), tiene una --- exacta correlación con la modificación que producen / en el imperativo primario (precepto). Las Circunstan--cias consisten, según este punto de vista, en especi--ficaciones del contenido del mandato, en el sentido / de que la norma que prohíbe la realización de un de--terminado hecho, prohíbe también cualquier otra moda--lidad de comisión, constituyendo ésta, el contenido / de la atenuación o de la agravación. Las circunstan--cias constituyen así, "unidades modales" de realiza--ción del delito, pero nunca dan lugar a una nueva nor--ma autónoma (8).

Dentro del sector doctrinal que niega la autono--mía del "delito circunstanciado", se distingue otra / importante corriente, cuyo más significativo represen--tante es COSTA, para quien las circunstancias ni si--quiera se integran en el precepto, viniendo únicamen--te a repercutir en el momento de la punibilidad (9).

Antes de analizar la postura autonomista, conviene resaltar la particular posición de FROSALI. Parte de la idea de que cualquier figura legal de cualquier delito, es indefinidamente capaz de absorber en si -- misma, un número indeterminado de "elementos facultativos" que, alrededor del núcleo esencial (elementos constitutivos), representan las posibles formas de expresión específica en orden a un determinado caso concreto. De suerte que, en la "norma abstracta" se corresponden, en un estado de absoluta indiferencia, -- los elementos constitutivos y los facultativos, conviniendo por tanto en una misma realidad normativa "delito simple" y "delito circunstanciado", que es preexistente a la concreta verificación del hecho, momento en el que realmente se separan unos de otros (10).

La concepción autonomista del "delito circunstanciado" respecto al "delito simple". tiene su origen / en la posición de GALLO, quien desde un planteamiento estrictamente metodológico trata de distinguir entre figura autónoma del delito y figura circunstanciada. Desde una concepción de la norma como nexo pensado -- entre una hipótesis de hecho y una determinada consecuencia jurídica, afirma que 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. Niega por --

tanto que pueda hablarse en Derecho Penal de una teoría general de las circunstancias, sino simplemente / de la existencia de un problema de interpretación de los distintos elementos que determinan nuevas figuras autónomas afines (11).

Analizada en sus grandes rasgos la polémica que -- tanto ha preocupado a la doctrina italiana, resulta / conveniente formular una serie de observaciones sobre el tema.

Quizás sea significativo el hecho de que la doctrina española no se haya planteado apenas tal problemática (12). Explica este fenómeno la distinta configuración de nuestra parte especial con respecto a la del Código Penal italiano, donde se recurre normalmente a la formación de nuevas figuras delictivas, mientras -- que aquél procede a la elencación de circunstancias / que producen nuevas incriminaciones con referencia a -- un delito previamente señalado. También nos separa del modelo italiano, la muy distinta posición doctrinal, -- ya que aquella, denomina "delito circunstanciado" a -- cualquier figura delictiva que contemple nuevas caracterizaciones no descritas en el delito base, y ello con absoluta independencia de la naturaleza jurídica de estas caracterizaciones.

Desde luego, escapa a la finalidad de este trabajo

profundizar en los diversos tipos de la parte especial de nuestro texto legal, determinando en cada caso cuando se trata de meras circunstancias especiales, cuando son verdaderos elementos esenciales o cuando configuran simples cualificaciones subjetivas.

Lo que nos ocupa principalmente es averiguar si el concurso de circunstancias generales junto al delito, conlleva el nacimiento de una nueva figura autónoma respecto al mismo delito sin la concurrencia de -- circunstancias. La respuesta ha de ser categóricamente negativa. Un homicidio con nocturnidad y arrepentimiento espontáneo no constituye en modo alguno una -- nueva figura de delito. Y ello porque las circunstancias, tal y como aquí las hemos venido entendiendo, / no son sino elementos accidentales del delito, que únicamente afectan a la gravedad del mismo, dejando intacta su esencia.

Ahora bien, la cuestión varia si se opera con determinadas circunstancias especiales. Así, en el artículo 406, el concurso de las allí descritas determina la aparición de una nueva figura delictiva, autónoma respecto al homicidio. Y ello, según nuestro criterio, no significa que el asesinato constituya un tipo de injusto diferente al del homicidio, sino que siendo el -- mismo, el legislador entiende que la presencia de dichas circunstancias merece una mayor penalidad por su-

poner una mayor gravedad del hecho (12 bis).

En cualquier caso, el problema parece estar claro respecto a las circunstancias generales o comunes, en el sentido de que no confieren autonomía alguna al delito al que acompañan, porque como ha señalado acertadamente MARINI, no se integran en el concepto primario, pues tan sólo suponen una variación de la sanción base asignada al mismo, al tratarse de causas de mediación de la pena (13).

En realidad su diferencia fundamental con las circunstancias especiales, radica en la distinta técnica legislativa empleada, por cuanto gozan del mismo concepto, naturaleza y fundamento, sin embargo, en determinados supuestos, la ley les otorga una relevancia excepcional, posibilitando la aparición de delitos circunstanciados que sí son autónomos respecto al delito base.

Sin embargo, de ello no debe deducirse que todo delito circunstanciado constituya una figura autónoma, sino tan sólo cuando el legislador así lo haya previsto. También habrá que obrar con suma cautela a la hora de decidir que característica de la parte especial dan lugar a un auténtico delito circunstanciado, porque en muchos casos se tratará de auténticos elementos esenciales del delito, y no po

drá hablarse entonces de delito circunstanciado; y en otros, estas caracterizaciones, producirán un / simple cambio cuantitativo de la pena base asignada, que en modo alguno tendrán fuerza suficiente para dar lugar al nacimiento de una nueva figura de / delito. La solución de estos supuestos exige una -- cuidadosa interpretación de cada uno de ellos, y es es capa, como decíamos, a nuestro propósito.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión -- suscitada, esto es, a determinar la estructura de -- las circunstancias modificativas, puede decirse que estamos en presencia de un tema relativamente pacífico en nuestra jurisprudencia y doctrina. Ambas han venido destacando la presencia de elementos objetivos y subjetivos en la configuración de las distintas circunstancias (14).

Con ello se ha puesto de manifiesto que, en la descripción legal de las circunstancias, con mayor o menor claridad según los casos, se contienen referencias a datos, situaciones o factores de naturaleza / puramente objetiva, junto a otros de naturaleza decididamente subjetiva. La presencia de estos elementos o requisitos objetivos y subjetivos es absolutamente indispensable para que pueda aplicarse la circunstancia en cuestión.

Podría decirse, no sin cierta impropiedad, que -

la estructura de las circunstancias reproduce en -
cierta manera la construcción sistemática del delito. Así, toda circunstancia viene tipificada en la ley, de modo que exige la realización de alguna conducta o la posesión de algún estado personal a los que el precepto anuda una valoración objetiva e impersonal, positiva (atenuación) o negativa (agravación) según los casos. Pero junto a la comprobación de este elemento objetivo, se exige además otro de carácter puramente subjetivo, consistente en la mayoría de los casos, en que el sujeto que ha realizado la conducta típica o efectivamente se ha visto / en el estado personal requerido por la norma, haya tenido intención de realizarla o bien, que no haya buscado de propósito ese estado para realizar el -
delito.

Con muchas reservas cabe pues aceptar esta equiparación entre elemento objetivo y juicio de antijuricidad, y elemento subjetivo y juicio de culpabilidad. No obstante, parece deseable y conveniente --- aceptar todo intento orientado a dotar de una mayor racionalidad y de un mejor armazón dogmático a la -
teoría de las circunstancias. Por eso, quizás la mejor vía sea la de acercarlo lo más posible a la teoría jurídica del delito, construyendo un sistema a imagen y semejanza de aquél. Con ello pudiera lograr se una mejor consistencia teórica al instituto, y -

también, allanar la tarea de su aplicación práctica, tan complejas una y otra en nuestro sistema positivo (15).

Desde luego, es en materia de agravantes donde la equiparación resulta más evidente. La mayoría de causas de agravación de la pena, no sólo requieren - para su existencia la comprobación del elemento objetivo, esto es, que el delito se haya ejecutado empleando medios, modos o formas que tiendan a asegurarlo; que se empleará precio, recompensa o promesa; o por medio de imprenta; o de noche, etc, etc... También es imprescindible que todas estas ventajas hayan sido buscadas o al menos aprovechadas intencionalmente por el sujeto. De modo que, no basta con que el sujeto realice la conducta descrita en la ley, sino que es absolutamente necesario que su intención / las abarque, esto es, que le pueda ser reprochada.

No es tan clara esta aproximación en el terreno de las atenuantes, aunque tampoco pueda rechazarse totalmente. Así, circunstancias como la embriaguez, los estados pasionales, el arrepentimiento espontáneo, o la minoría de edad, o las propias eximentes / incompletas, exigen no sólo su comprobación objetiva sino también la presencia de elementos subjetivos -- que son en realidad, los que dan sentido a las mismas (16).

Sin embargo, esta afirmación, como decíamos, - requiere la formulación de una serie de acotaciones. Así, la misma configuración y sentido de la mayoría de las atenuantes, y de alguna agravante, caso de la premeditación, no permite hablar de elementos objetivos y subjetivos en su estructura, porque más que de ellos, en propiedad habría que referirse a la existencia de unos determinados estados de índole subjetivo plasmados objetivamente. Es decir, circunstancias como la minoría de edad, o los estados pasionales, / constituyen unas determinadas referencias anímicas - que, claro está, necesitan objetivarse. Respecto a / la premeditación, cabe efectuar idéntico razonamiento, pero eso si, acompañado de una severa crítica a su existencia entre las modificativas, pues no se / nos antoja sino una reiteración absurda del dolo.

Por tanto, las consideraciones que a continuación se realizan en torno a la estructura de las circunstancias debe ser entendida, respecto a las atenuantes en su mayoría, y a la premeditación, en el / sentido y con los límites aquí expuestos.

En cualquier caso, es lógico hasta cierto punto que la identificación sea mayor en las agravantes, / pues éstas pudieran considerarse -por el incremento punitivo que conllevan- como "cuasi delitos" o "pequeños delitos". Además, a efectos de una mayor segu

ridad jurídica, es respecto de éstas de quien más / interesa acercarlas a la sistemática del delito (17).

En consecuencia, en la estructura de las circunstancias modificativas pueden distinguirse dos / partes bien distintas: una formada íntegramente por elementos de naturaleza objetiva, y otra, formada / por elementos de índole subjetivo.

Sin embargo, a la hora de exponerlas, hemos -- creído conveniente desglosar el elemento objetivo / en dos partes: Una destinada a analizar el contenido que tradicionalmente se le ha atribuido, y otra, encaminada a explicar una parte de este elemento objetivo frecuentemente olvidada, que hemos denominado, siguiendo la terminología acuñada por jurisprudencia y doctrina, como "elemento material final", consistente en que la circunstancia haya efectivamente influido en la comisión del delito.

Seguiremos pues, el orden siguiente: elemento -- objetivo, elemento material final, y elemento subje-- tivo.

1.2.1.- Elemento objetivo:

La mayoría de las circunstancias, ya sean ate-- nuantes o agravantes, vienen descritas de un modo -- predominantemente objetivo, y en algunos casos, ex--

clusivamente. Ello muestra la importancia de este / elemento para la existencia de las circunstancias, aunque como veremos, no debe interpretarse en el -- sentido de ignorar la igualmente necesaria presen-- cia del elemento subjetivo.

Conviene precisar antes de nada, que el térmi-- no objetivo se utiliza con un doble sentido en la - teoría del delito: como todo lo relativo al mundo / exterior; y también, como lo perteneciente al injus_ to. Aquí, sólo se emplea en su primera acepción, y consecuentemente con la postura adoptada, que confi_ gura las circunstancias como causas de una mayor o menor necesidad de pena, éstas únicamente tendrán - existenci si el sujeto las conoció, esto es, si el elemento subjetivo las llegó a abarcar.

Dentro de este elemento tienen cabida toda --- suerte de datos, factores, caracterizaciones o acon_ tecimientos referidos al objeto, es decir de los que quedan fuera del ámbito del sujeto (18). Sin embar_ go es un error identificar los términos objetivo e/ impersonal (19), pues objetivo no significa que no esté referido a un sujeto, sino que esa referencia/ queda al margen de la conciencia del sujeto y viene dada fuera de él. Pero en el ámbito del Derecho, to_ do lo objetivo se predica respecto de alguien, y en ese sentido es personal (20). Por eso, todas las cir_

cunstances poseen componentes exteriores a la conciencia del sujeto, comportando situaciones tangibles de una realidad que existe fuera del agente.

En cada circunstancia, mediante una correcta exégesis, deberán ponerse de manifiesto cuales son los / requisitos que conforman dicho elemento. Así, por ejemplo, en la nocturnidad, es necesario comprobar que el hecho se cometió durante el tiempo que media entre la puesta y la salida del sol (dato cronológico de ausencia de luz solar), pero además se requerirá que no existiera iluminación artificial, ni tampoco la presencia de terceras personas (datos sociológico).

Pero de igual forma, también en las atenuantes / es preciso constatar la existencia de datos, fenómenos o estados de naturaleza objetiva, a pesar de que estén referidos al sujeto, como por ejemplo, que el agente tuviera entre 16 y 18 años, o que efectivamente estuviera bajo los efectos de bebidas alcohólicas.

La comprobación del elemento objetivo es la primera labor a realizar en la aplicación de las circunstancias.

1.2.2.- Elemento material final o teleológico:

Ya hemos advertido que en el fondo no es sino un /

requisito más a incluir dentro del elemento objetivo, pero que en atención a su importancia y al mismo tiempo a su escaso reconocimiento, hemos creído conveniente resaltar en un tratamiento aislado.

En realidad, se trata de algo obvio, como es --- afirmar que para que una circunstancia pueda desglosar sus efectos, es necesario que efectivamente haya influido en la realización delictiva concreta a la -- que se pretende aplicar.

Este elemento "material-final" o "teleológico" -- aparece así íntimamente ligado al fundamento o razón de ser de cada circunstancia, pues establecido éste, / podrá entonces determinarse si realmente la circunstancia en cuestión ha sido relevante para la comisión de un concreto delito. Así, por ejemplo, no basta --- afirmar que un hurto se haya realizado de noche para / aplicar la agravante, pues será necesario comprobar / que la comisión nocturna ha supuesto una ventaja real para el sujeto, es decir, que efectivamente ha facilitado su ejecución por estar menos protegido el bien / jurídico y por ser más fácil lograr la impunidad (21).

En el terreno de las agravantes la cuestión es -- clara desde cualquier perspectiva que se adopte, de--- biéndose exigir en todo caso, la comprobación de este elemento teleológico. Más discutible se presenta en /

el campo de las atenuantes, por lo que pudiera suponer de limitar beneficios atenuatorios al reo. Sin embargo, dada la redacción legal de las mismas el -- problema desaparece por completo, aún cuando en caso como la minoría de edad, no pensamos que baste con / comprobar el dato de la edad para que la atenuación opere automáticamente (22). En este sentido, sería -- conveniente un replanteamiento en profundidad de la/ materia, y en aquellos casos que el tema literal del Código Penal lo permita, descartar la aplicación de/ las atenuantes, si éstas efectivamente no han ejercido influencia alguna en el delito cometido.

1.2.3.- Elemento subjetivo:

El elemento subjetivo hace referencia al conjunto de datos, situaciones o procesos que están referidos al sujeto, a su modo de pensar, a sus motivaciones y en general a los procesos de su psique que quedan al margen del objeto en si mismo considerado. El elemento subjetivo traduce por tanto, una serie de -- emociones, sentimientos y referencias situadas en la propia conciencia del agente, y ajenas por completo, desde esta perspectiva, al mundo externo circundante -- (23).

Este elemento también he sido llamado "intencional", precisamente porque en él se comprueba cual es/

el grado del saber y querer del sujeto con relación al elemento objetivo de la circunstancia. Se exige/ pues, que tanto el conocimiento, como la voluntad - del agente abarquen la parte objetiva. Debiéndose / descartar toda aplicación de las circunstancias en las cuales el reo no sepa que la está utilizando o/ no quiera hacerlo. Esta exigencia cobra importancia suma en materia de los copartícipes, y especialmente respecto de las causas de agravación.

Un cabal entendimiento del principio de culpabilidad impide cualquier clase de ligereza en este/ aspecto, y en este sentido parecen hoy haberse supe- rado ciertas reticencias a la hora de negar su pre- sencia en agravantes como la alevosía, el abuso de / superioridad, la nocturnidad, el despoblado, la as- tucia etc.. En las cuales, dicho elemento constituye pieza clave de su existencia, pues de otro modo se / deslizarían hacia un Derecho Penal de responsabili- dad objetiva (24).

La exigencia del elemento subjetivo, intencional o anímico, resulta especialmente trascendente en rela- ción a las agravantes por razones obvias, ya que todo incremento de la pena es necesario que pueda ser re- prochado a su autor, y para ello, se requiere que és- te haya tenido conocimiento suficiente de la ventaja/ que abrazaba, así como que efectivamente haya querido utilizarla. O dicho en otras palabras, se requiere --

que el agente la haya buscado de propósito o que al menos se haya aprovechado intencionadamente, a sabiendas, de ella.

Pero si el elemento subjetivo adquiere relevancia en las causas de agravación, su importancia no es menor respecto a las atenuantes. Así, una gran parte de ellas se apoya en un sustrato de naturaleza inequívocamente subjetiva -la embriaguez, la minoría de edad, el estado pasional, son ejemplos manifiestos de ellos-, pero también en otros casos existen claras referencias a él, como sucede en el arrepentimiento espontáneo (25), o la propia embriaguez, en la que se exige su no preordenación al delito.

Si decíamos que la comprobación del elemento objetivo constituía el primer paso imprescindible para poder aplicar una circunstancia, la presencia del elemento intencional adquiere una importancia suma a la luz del principio de culpabilidad, y del artículo 60 del Código Penal, del que no es sino una fiel traducción en esta materia.

1.3.- EL ERROR SOBRE LAS CIRCUNSTANCIAS.

El error sobre las circunstancias, esto es, el error acerca de algunos de los elementos que conforman la estructura de las circunstancias, ha sido ob-

objeto de una amplia y profunda modificación legislativa, tras la reforma operada por la Ley de Reforma Urgente y Parcial de 25 de Junio de 1983. Por ello, hemos creído conveniente a efectos de una mejor exposición, consagrar un primer epígrafe a las cuestiones generales de la nueva regulación, para después, más detenidamente, analizar por separado, las repercusiones del error en agravantes y atenuantes.

1.3.1.- La reforma de 1983: Artículo 6 bis a):

Con anterioridad a la reforma, el problema del error se venía solventando mediante una interpretación extensiva "in bonam partem" del artículo 60 -- (26), 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 dicho conocimiento -noción que se entendía a los supuestos de conocimiento erróneo- no podía entonces aplicarse la atenuación o la agravación (27).

Tal regulación -o mejor dicho, la ausencia de / una regulación legal expresa- presentaba importantes inconvenientes y suscitaba cuestiones de muy difícil solución (28).

Con la introducción del artículo 6 bis a) por la

Ley Orgánica 8/1983 de 25 de Junio, cabía esperar / una solución definitiva a los múltiples problemas - planteados en materia de error sobre las circunstancias. Sin embargo, aunque cabe valorar positivamente la reforma operada, ésta no ha venido, ni mucho/ menos, a solventar la totalidad de cuestiones suscitadas en esta temática (29).

El artículo 6 bis a), del Código Penal establece: "El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso."

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culpable.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad / criminal. Si el error fuera vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66".

Sobre este texto, la doctrina ha subrayado como/ principales inconvenientes los siguientes puntos:

a).- La utilización de término tan impropio como es el de "elemento esencial integrante de la infracción", (30), que unido a la expresión de "elementos / que agraven la pena", plantea una difícil situación a la hora de establecer que debe entenderse por unos y/ otros, y sobre todo, exige un detenido análisis de las diversas "características" recogidas en la parte espe-

cial del Código Penal, pues el entenderlas de una u otra comporta importantísimas consecuencias en materia de error.

b).- Tampoco resuelve 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 (31).

c).- 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 cabía otorgarle (32).

Estando así las cosas, es conveniente distinguir el tratamiento del error según se trate de agravantes o atenuantes, advirtiendo que nuestro exámen se limita, principalmente, al de las circunstancias modificativas en sentido estricto, esto es, a las reguladas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal.

1.3.2.- El error sobre las agravantes:

La primera cuestión a resolver será determinar el alcance de la expresión "elemento ... que agrave la pena". Como acertadamente ha señalado MIR PUIG (33), al utilizar el artículo 6 bis a) el término "elemento" en lugar de "circunstancia", parece querer mostrar inequívocamente, su voluntad de incluir en su tenor, tanto a ,

las circunstancias comunes, generales o genéricas, como también a las especiales, o específicas de -- los Libros II y III del Código Penal. Pero igual-- mente deberá aplicarse a todos los "elementos cuali-- ficativos específicos de una determinada figura de/ delito". Precisamente respecto a estos últimos sur-- girán no pocos problemas a la hora de su entendimien-- to, pues en muchos casos existirán dudas razonables para saber si en realidad se trata más bien de "ele-- mentos esenciales" que de simples "elementos que -- agravan la pena". Tales dificultades no pueden re-- solverse de modo general, y sólo mediante una inter-- pretación de cada figura delictiva podrá establecer-- se su naturaleza respectiva (34).

Pero a los efectos que más nos interesan, la re-- gulación legal deja muy claro que las circunstancias agravantes en sentido estricto, se incluyen en el ám-- bito de la expresión de "elementos que agraven la pe-- na", y por consiguiente el error invencible sobre al-- guna de ellas, excluye la agravación.

Desgraciadamente, nada dice el artículo 6 bis a) acerca del error vencible sobre las circunstancias -- agravantes, porque como correctamente ha advertido / MIR PUIG, aunque una defectuosa redacción parece dar a entender que se incluye en su párrafo segundo, lo -- cierto es que no se refiere a ellas (35) por cuanto --

sería absurdo castigar a título de culpa un delito cometido dolosamente por la simple razón de que existiera error vencible sobre una circunstancia genérica de agravación de la pena. En tales supuestos, "concurriendo dolo respecto de los elementos esenciales, parece claro que el error vencible acerca de una circunstancia de agravación no puede determinar la aplicación, como culposo, de un tipo cometido dolosamente", por tanto, habrá que limitar los efectos del error a la agravación correspondiente (36).

Sin embargo, resulta igualmente absurdo pretender aplicar como culposa cualquiera de las agravantes recogidas en el artículo 10, y en su caso en el 11, cuando concurra error vencible, pues dada la regulación legal de las mismas en el sentido de exigirse en la mayoría de ellas un elemento subjetivo consistente en el especial ánimo de aprovechamiento de las ventajas que ofrece, debe concluirse que se conocen o no se conocen, o existe el elemento subjetivo o no existe, y en este último caso no se aplicará la agravación.

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 la agravación. Esta interpretación, absolutamente ma

yoritaria en nuestra doctrina, viene confirmada por la regla segunda del artículo 60, al exigir para su comunicabilidad a los partícipes el conocimiento -- por éstos de las ventajas utilizadas en la comisión del delito.

A la misma conclusión habrá que llegar 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 etc., donde -- unánimemente la doctrina ha extendido la necesidad de que éstas también sean conocidas para su aplicación -- (37).

Por tanto, habrá que concluir con la doctrina mayoritaria que el error vencible sobre las causas de / agravación excluye su aplicación, entendiendo asimismo que el párrafo segundo del artículo 60 sigue siendo el precepto legal sobre el que puede construirse / tal interpretación (38).

De modo que, error invencible y error vencible / sobre agravantes reciben un mismo tratamiento legal, consistente en eliminar la apreciación de la correspondiente agravación, que quedará sin efecto (39).

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 pena correspondiente.

Según la postura aquí adoptada 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 antijuricidad, 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 se exige es sobre los presupuestos de la circunstancia, pero no sobre su "ilicitud".

En suma, las circunstancias no modificativas, como termómetros de una mayor o menor gravedad, quedan / al margen de la conciencia de la antijuricidad, pues - obviamente, no afectan a nada a ésta.

1.3.3.- El error sobre las atenuantes.

No dice nada el artículo 6 bis a) acerca del -- error sobre las causas que determinan una disminución de la pena, ya sean genéricas o específicas. Habrá -- por tanto que seguir acudiendo al artículo 60 para solucionar este vacío legal.

Respecto a las circunstancias atenuantes en sentido estricto, deberá distinguirse entre aquellas que -- afecten a la ejecución material o los medios empleados -- como pudiera suceder con algunas eximentes incomple--tas- y las de carácter personal. En las primeras, al / igual que sucedía con las agravantes, el error venci--ble o invencible acerca de los presupuestos de la atenuación determinará la exclusión de la misma. Por el / contrario, en relación a la segunda, casi todas cons--truidas en torno a la idea de imputabilidad, se entenderá como irrelevante el error, pues la causa de ate--nuación -v. gr. minoría de edad, embriaguez, etc.- se seguirá subsistiendo igualmente, con independencia de que el sujeto la conozca equivocadamente (40).

Antes de finalizar, debe señalarse, que los auto--res que conectan las circunstancias con los elementos del delito, se ven en la necesidad de distinguir entre aquellas que se refieren a la antijuricidad 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 (41).

2.- FUNCION.

2.1.- INTRODUCCION:

Como ya decíamos al hablar de la evolución histórica de las circunstancias (42), éstas nacen con / el sentido y alcance con que hoy las conocemos, a -- partir del proceso codificador surgido tras la Revolución francesa. Así, tras la efímera vigencia del - sistema de "penas fijas", instaurado en el Código Pe- nal francés de 1791, el texto siguiente de 1810, ya/ incluye un amplio catálogo de circunstancias.

El Antiguo Régimen había estado caracterizado - por un exceso intolerable en la concesión de arbri-- trio a los jueces. Esta situación fué duramente criti- cada por la totalidad de la doctrina del momento (43), y lo fué desde todos los puntos de vista. Para LARDI- ZABAL, porque semejante régimen, profundamente injus- to o inseguro, conducía irremisiblemente a la impuni- dad (44).

Puede decirse que las circunstancias tienen su / origen dentro ya de un sistema de estricta legalidad, pero donde sigue subsistiendo la necesidad de que las penas sean proporcionadas a los delitos, siendo para/ ello indispensable acomodar lo mejor posible la ley/ al caso concreto (45). Esta vieja aspiración del Dere

cho Penal (46), encuentra fiel reflejo en palabras de GALILEA, al decir que "no todos los delitos se cometen de la misma manera, o por mejor decir, difícilmente se ven en los Tribunales dos casos idénticos a los cuales haya necesidad de aplicar la propia pena; pues aún en un delito cometido por varias personas -- apenas se hallarán dos que tengan la misma culpabilidad" (47). En idéntica línea de pensamiento, señalaba PACHECO que un mismo hecho, un mismo delito, una misma acción criminal, no es siempre igual, y por tanto no merece la misma pena (48).

Por eso, como advertiera SALEILLES (49), para que la pena pueda ser proporcional al delito, y perseguir así un fin justo, debe determinarse una atención a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, que / la ley no puede preveer siempre, y menos de un modo -- abstracto y general. En base a estas consideraciones, / GROIZARD, destacó como las más variadas legislaciones, históricas habían conocido la técnica de las circunstancias, y como eran éstas, un buen instrumento para / adecuar justamente las penas a los delitos (50).

Pues bien, en este mismo sentido ha venido entendiéndose en la actualidad la función de las circunstancias (51), esto es, como unos instrumentos válidos para adecuar la ley al caso concreto, y de esta manera, poder alcanzar una mejor proporcionalidad entre el de-

delito y la pena. Esta es, además, la comprensión más correcta que cabe efectuar tras un repaso de su evolución histórica (52), donde la teoría general de / las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal debe ser enmarcada dentro de la búsqueda de una solución al problema de la individualización penal (53).

No debe olvidarse sin embargo, que toda técnica jurídica que persiga una mayor especificación, - supone la realización de un buen servicio a la justicia y a la legalidad (54). Quizás por ello, debe insistirse en que la individualización penal, y con -- ella la técnica de las circunstancias, no es sino -- otra más de las exigencias dominantes del principio de igualdad en material penal. Este principio conforme era entendido en sus primeras formulaciones, esto es, como igualdad ante la ley, y por ende, la igualdad (al igual que la ley) debía cumplir una función esencial concretada en la idea de generalidad: Todas debían ser tratadas por igual. De ahí, que la ley recogiera las causas "generales" de modificación de la pena.

Por ello, ha podido decir SANTORO, que las circunstancias vienen, en cierto modo, a individualizar el delito, acercándolo al sujeto (55). Se trata así, de adaptar el esquema abstracto del precepto a la con

creta persona del culpable y al concreto hecho por él realizado. En consecuencia, cabe atribuirles básicamente una encaminada a lograr una mejor individualización de la pena, cumpliendo además una misión, consistente en poner de manifiesto una concepción gradativa del delito, y de la personalidad del sujeto (56). Se logra así, alcanzar importantes resultados no sólo desde un punto de vista de justicia, sino también político-criminal. Pero también, como ha subrayado ORTS BERENGUER, le corresponde a las circunstancias la misión de evitar "los insalvables defectos e injusticias que conduciría/ una inflexible aplicación de los artículos del Código Penal", si éstos no contemplaran la infinidad de matices y el cúmulo de características que en la práctica acompañan a cualquier comportamiento, y que permiten diferenciarlos, por tanto individualizarlo (57).

Quizás lleve razón COCURULLO, al distinguir, / dos vertientes respecto a la función desempeñada / por las circunstancias, la primera en el periodo - de formación de la ley, donde juegan un papel fundamental contribuyendo a especificar el hecho. Y, en segundo lugar, en el momento de aplicar la ley al caso concreto y a un delincuente determinado, / adecuando la pena al delito realizado. Responde -- pues las circunstancias a dos principios contradic

torios: El principio de certeza y el principio de / proporcionalidad (58). Aunque aquí, más que de pro-
porcionalidad, cabría hablar de igualdad.

2.2.- LAS CIRCUNSTANCIAS EN LA DETERMINACION DE LA PENA.

Nuestro sistema sigue un proceso de determina-
ción de la pena eminentemente legal, donde las cir-
cunstancias se inscriben en la segunda fase, conoci-
da como la fijación del "marco penal concreto".

Podría decirse que el sistema de las circunstan-
cias modificativas es sólo posible dentro de un Dere-
cho Penal donde el principio de legalidad, en mate-
ria de medición de la pena, es llevado hasta el lími-
te de lo posible. De suerte, que el legislador res-
pectivo opta por una individualización penal de mar-
cado carácter legal, frente a la otra opción básica,
caracterizada por una mayor concesión al poder dis-
crecional de los jueces. En cualquier caso, como pu-
siera de manifiesto FERNÁNDEZ ALBOR, la cuestión del
arbitrio judicial se plantea con signo distinto en /
cada época, oscilando las legislaciones entre dos ten-
dencias antagónicas: "optima lex quae maximun arbi-
trium judicem reliquit" y "optima lex quae minium ar-
bitrium judicem reliquit" (59).

Ciertamente, nuestro Código Penal cumple fielmente las exigencias dimanantes del principio de legalidad en materia de determinación de la pena (60). Ello es debido sin duda, a que su más cualificado antecedente, el texto punitivo de 1848, y al igual que el resto de las legislaciones decimonónicas, un tanto obsesionadas en abolir el excesivo poder con que habian contado hasta entonces los jueces, instaura un férreo sistema de legalidad.

Sin embargo, como destacara COBO DEL ROSAL, un arbitrio prudente y razonable es el mejor complemento de la legalidad (61). Pero además, como exponen las modernas corrientes político-criminales, y así lo recogen ya gran parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (62), quizás en esta materia consagrada a la determinación de la pena exacta que debe imponerse a un sujeto concreto por un hecho específico, sea donde mayores márgenes de arbitrio judicial se requiera (63).

En suma, la teoría general de las circunstancias modificativas se inscribe en el largo y difícil camino que el Derecho Penal recorre desde tiempos inmemoriales, buscando una solución lo más justa y práctica posible, al problema de adecuar proporcionalmente la pena al delito cometido y al autor concreto que lo realizó.

Las circunstancias remiten así a la teoría de la pena, donde encuentran su auténtico sentido y finalidad, como ya expusiera DEL ROSAL (64), y siguiendo la terminología legal, deben ser entendidas como causas que "modifican la responsabilidad criminal", esto es, como causas modificativas de la pena, y más concretamente, como causas de medición de la / misma (65).

Así pues, la función característica que desempeñan las mismas a la luz de las disposiciones contenidas en nuestro texto punitivo, artículo 58 y siguientes, debe verse como instrumentos de medición de la / pena, y más específicamente, como aquellos elementos ofrecidos por el legislador que posibilitan la fijación del llamado "marco legal concreto" de la pena.

En nuestro sistema, hasta la imposición concreta de la pena, se pueden distinguir, gráficamente, / dos grandes fases:

a).- Concreción legal de la pena. A su vez, es / necesario la realización de dos operaciones.

a.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 del hecho y la culpabilidad, estableciendo en atención a consideraciones de justicia, orientadas por fines casi exclusivamente de prevención general.

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 manera, por / consideraciones de prevención general y es--pecial y 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 en base a la prevención general, como sobre la especial, no pueden nunca rebasar las exigencias constitucionales emanantes -- del principio de proporcionalidad o de prohibición del exceso (66).

b).- 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 (67).

Por tanto, y a modo de conclusión, puede finalizarse señalando que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, desempeñan una función característica, que viene a ser la de fijar el marco penal concreto, o sea, el espacio, cantidad, o grado de pena que el juez ha de imponer. Se trata en definitiva, de causas legales de medición de la pena. Y si su función genérica como instrumentos aptos para adecuar la pena al caso concreto y al sujeto que lo realizó es clara, también lo es, que su función específica en nuestro Código Penal está condicionada por el complejo juego de las escalas y los marcos penales (68).

2.3.- CIRCUNSTANCIAS E INDIVIDUALIZACION JUDICIAL.

Se ha dicho que la individualización penal no es propiamente tal, pues siempre encuentra un límite en la idea de la generalidad (69). Sin embargo, VIVES -- ANTÓN, preciso que en cualquier caso, "la generalización jurídica ha de estar orientada a la individuali-

zación . Se generaliza para individualizar" (70).

Pues bien, la individualización a que aquí se hace referencia, es, como destaca SALEILLES y ANCEL, la que lleva a cabo el juez (71). En este proceso de adaptar aún más la pena al caso concreto y al individuo, no tienen cabida las circunstancias modificativas tal y como hoy aparecen en nuestro sistema legal. 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 y taxativa. En nuestro modelo legal, esta labor judicial queda reducida casi por entero, a los supuestos en que -- precisamente no concurren circunstancias modificativas, según se desprenden de la regla 4ª del artículo 61. Y también, a los casos un tanto marginales que puedan tener cabida en el campo de aplicación del artículo 2,2º del Código Penal (72).

Las circunstancias modificativas son, según nuestro Código Penal, causas legales de modificación de la pena, y quedan al margen de la discrecionalidad de los Tribunales (73). En este orden de cosas, nuestro sistema se aleja del alemán y del italiano, donde el legislador sí ofrece criterios generales para que los jueces se orienten en la determinación judicial de la pe-

na (parágrafo y artículo 133, respectivamente).

Curiosamente, llama la atención el modelo italiano, pues además de contemplar como sucede en el nuestro, catálogos de circunstancias comunes o generales, también incluye las denominadas "circunstancias innominadas o genéricas", que ningún autor reconoce como circunstancias propias o en sentido estricto, sino precisamente como criterios que la ley da al juez para orientar su tarea individualizadora (74).

En definitiva, debe subrayarse que estas circunstancias "innominadas", o lo que es lo mismo, los criterios que el legislador ofrece al juez para orientarle en su labor individualizadora, cumplen una función distinta al de las circunstancias en sentido estricto, y así, sus regímenes jurídicos son por completo diferentes. A pesar de que ambas persiguen un objetivo común, como es la mayor proporcionalidad posible entre la pena y el delito, responden a momentos y a técnicas distintas. Unas vienen impuestas por la ley para acotar el espacio de pena que el juez podrá recorrer, mientras que la individualización en sentido estricto, o sea, la judicial busca fundamentalmente su adaptación al individuo concreto, basándose exclusivamente en consideraciones de prevención especial.

Desde luego, no cabe duda que esta última faceta de la determinación de la pena está bastante olvidada en nuestro actual sistema legal, como también lo está un claro criterio político-criminal (75).

2.4.- CONSIDERACIONES CRITICAS AL SISTEMA ESPAÑOL.

No pretendemos ni mucho menos abordar la problemática de la determinación de la pena desde una panorámica global. Tan sólo nos vamos a limitar, muy brevemente, a plasmar algunas observaciones básicas en relación al problema planteado por el juego de las -- circunstancias modificativas.

Quizás la primera cuestión que más llama la atención es la suscitada en torno a la conveniencia o no/ de que los textos legales contemplen cuadros de circunstancias en su parte general, y por tanto que éstas, en principio tengan vocación de ser aplicadas a/ toda clase de delitos.

En la doctrina española no se ha levantado expresamente ninguna voz en defensa del actual sistema, pero sí a favor de su desaparición, en el sentido de que las circunstancias vengán descritas junto al delito -- que puedan modificar. Es decir, se ha roto una lanza / para abandonar el sistema del catálogo circunstancias descritas en la parte general, y sustitución por otro

en el que, al igual que el modelo alemán, contemple únicamente circunstancias especiales o específicas (76).

A nuestro juicio no están faltos de razón quienes así opinan, pero tampoco la tienen toda. Es --- cierto que el actual catálogo de circunstancias agravantes deja mucho que desear, no sólo desde una perspectiva político-criminal y dogmática, sino también desde otra de estricto carácter técnico-jurídico. Todo lo cual produce las muy conocidas contradicciones en su aplicación práctica. Por eso sería aconsejable una limpieza a fondo del artículo 10, y un reenvío, cuando realmente mereciera la pena, de muchas de esas causas de agravación, a la parte especial -- del Código Penal.

Además, como ya habíamos advertido, la generalidad atribuida a las agravantes -y en menor medida a las atenuantes- es completamente falsa, pues luego la mayoría de ellas tienen un muy acotado campo de juego en relación a los delitos a los que efectivamente pueden ser aplicadas. Pero en definitiva, la mayor repulsa cabe realizarla no a la sistemática adoptada por / el legislador de la misma. Porque lo que si es absolutamente insatisfactorio es la cantidad y "calidad" de las agravantes comunes -y también de las especiales,/ no debe olvidarse-, construidas todas sobre una absur

da concepción de castigar más claramente al delito "bien hecho", o simplemente al delito realizado -- normalmente, es decir asegurando unas mínimas posibilidades de éxito. Porque desde luego, lo que no es de recibo es pretender que el delincuente lleve a cabo la infracción posibilitando su fracaso y -- dando ventajas a la víctima y a la administración / de justicia. Evidentemente tal planteamiento responde no sólo a una ideología defensista, sino lo que es más anacrónico, a una concepción caballeresca -- que entiende el delito según las reglas de los exquisitos duelos y torneos medievales.

Es por todo ello, por lo que resulta difícil -- explicar en la actualidad las causas de agravación, y más todavía justificarlas. Por ello llama poderosamente la atención, la postura de quienes, acogiendo a las más vanguardistas configuraciones dogmáticas, se empeñan en integrar tan disparatados institutos, en las categorías centrales del delito, hoy felizmente despojadas casi por completo de las eskorias morales y religiosas.

Por eso decíamos, que estas posturas partidarias de conectar las agravantes con injusto y culpabilidad, son reflejo más bien de un deseo de futuro, que de una construcción anclada en la realidad positiva. Con ello quizás más que adelantar, se retroce-

'de, porque para dar cabida a estas agravantes se --
tiene forzosamente que ensanchar peligrosamente los
conceptos de antijuricidad y culpabilidad.

De "lege ferenda", quizás sea preferible su re-
envío a la parte especial de las agravantes que racio-
nalmente merezcan estar en un Código Penal del siglo
XXI, y en todo caso, ello no es incompatible con un /
sistema de agravantes generales, también racionaliza-
do, y por tanto satisfactorio desde la óptica políti-
co-criminal, dogmática y técnica.

Pero para ello, es preciso emprender una reforma
en profundidad de todo el sistema español de determi-
nación de la pena, que debería sostenerse en una re-
ducción de los marcos penales, hoy excesivamente am-
plios. Con unos "marcos legales abstractos" más estre-
chos -lo cual no es en modo alguno contrario ni al --
principio de legalidad, ni a las de culpabilidad, pro-
porcionalidad e igualdad, sino todo lo contrario-, se
evitaría el riesgo de conceder un excesivo arbitrio ju-
dicial, que además saldría ganando, con la introduc-
ción no sólo de causas de agravación y atenuación ra-
cionalizadas, sino también de algún precepto, que co-
mo el 46 o el 133 alemán o italiano, lo orientara ha-
cia una correcta política de prevención especial, y /
donde el juez, dentro de esos márgenes más estrechos
pudiera moverse más libremente.

Todo este planteamiento es igualmente extensible a las atenuantes, aunque en estas su condición de generalidad -como lo muestran los sistemas de Derecho -comparado- es más comprensible que en las agravantes. No obstante, también el catálogo de atenuantes debería someterse a una profunda revisión, que incluyera/altas y bajas en el actual listado.

Por último, insistiendo en consideraciones de --"lege ferunda", no parece que nuestro legislador, a / la vista de los artículos 27 y 28 y 29 del P.L.O.C.P. de 1980, y de los artículos 23, 24 y 25 de la P.A.N.-C.P. de 1983, tenga intención de variar este panorama, insistiendo en la aceptación como causas de agravación de circunstancias que escapan a toda comprensión racional de la materia (78).

NOTAS: CAPITULO IV

=====

- (1).- LARENZ, K.: "Metodología de la Ciencia - del Derecho" (trad. M. Rodriguez Moline-ro), 2ª ed. Barcelona 1980, pág. 274.
- (2).- LARENZ, K. ob. cit. págs. 272 a 275.
- (3).- ROSS, A.: "Sobre el Derecho y la justi-- cia", (trad. G.R. Carrió). Buenos Aires, 1963, págs. 208-209.
- (4).- ROSS, A. ob. cit. págs. 209 y ss. En el/ mismo sentido HOHFELD, W.N.: "Conceptos jurídicos fundamentales" (trad. G.R. Ca- rrió), Buenos Aires 1968.
- (5).- Según expresión de MARINI, G.: "Le cir-- costanze del reato. Parte Generale", Mi- lano 1965, pág. 1965, pág. 19, también / partidario de la postura adoptada en el texto, en el sentido de mostrar su recha zo a toda postura que trate de explicar el fenómeno de las circunstancias más -- allá de un Derecho positivo concreto.
- (6).- Sobre el tema vid. ampliamente la mono-- grafía de CONTENUTO, G.: "Introduzione --

allo studio delle circostanze del reato", Napoli 1963, la cual está por entero con sagrada a dicha problemática. Principalmente cfr. págs. 4 y ss., y la bibliografía citada en la nota 4 de la pág. 3.

- (7).- Hemos seguido a CONTENTO, G., ob. cit. - págs, 4 y ss., en la exposición general/resumida que hace del problema como se - ha planteado en la doctrina italiana.
- (8).- SANTORO, A.: "Le circostanze del reato", 2ª ed. Torino 1952, págs. 23 y ss. Esta es la posición más extendida en la doctrina italiana.
- (9).- COSTA, S.: "Circostanze oggettive e soggettive del reato" (Nuovo Digesto Italiano, vo. III.). Torino 1938, págs. 164 y ss.
- (10).- FROSALI, R.A.: "Sistema penale italiano", vol. I. Torino 1958, págs. 345 y ss.
- (11).- GALLO, M.: "Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata" (Rivista italiana di Diritto e procedura penale), 1949, págs. 560 y ss.

- (12).- Sobre el tema vid. ALONSO ALAMO, M.: -
"El sistema de las circunstancias del
delito. Estudio general", Valladolid/
1981, págs. 313 y ss.
- (12).- bis. Lo que determina la aparición de/
un delito "sui generis" o "autónomo" es
la variación del tipo de injusto. Sobre
la problemática, en la que obviamente /
no vamos a entrar, vid. por todos CUELLO
CONTRERAS, M.: "La frontera entre el con-
curso de leyes y el concurso ideal de de-
litos:"el delito sui generis" (A.D.P.C.P)
nº 1, 1978, págs. 71 y ss.
- (13).- MARINI, G.: "Le circostanze.....", cit., -
págs. 41. y ss.
- (14).- Vid. por todos, COBO DEL ROSAL, M. y VI--
VES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal. Parte Ge-
neral", Valencia 1984, págs. 748 y 749.
- (15).- A este respecto conviene recordar como la
doctrina mayoritaria ha tratado de expli-
car el fenómeno circunstancias mediante /
su conexión con los elementos del delito.
Aunque nosotros hayamos rechazado tal vin-
culación por las razones ya apuntadas, no

significa que también valoremos negativamente el intento de aproximación a -- una sistemática ya consagrada como es / la del delito, sino todo lo contrario. En este sentido debe juzgarse nuestra - propuesta, es decir, como un nuevo puente tendido entre la teoría jurídica del delito y la de las circunstancias.

- (16).- Vid. por todos, COBO DEL ROSAL, M.: "Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español" (Homenaje al prof. L. Jiménez de Asúa), Buenos Aires 1970, págs. 433 y ss.; y, SOLA DUEÑAS, A. DE : "Lo subjetivo y lo objetivo en la cir--cunstancia atenuante de arrepentimiento" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIV, 1971), págs. 417 y ss.
- (17).- En el sentido del texto, BAIGÚN, D.: "Naturaleza de las circunstancias agravanantes", Buenos Aires 1970, pág. 23.
- (18).- Sobre el complejo problema del binomio -objetivo-subjetivo en el tema de las circunstancias, cfr. ampliamente BAIGÚN D.: "Naturaleza", cit. págs. 13 y ss.

- (19).- En este sentido, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal...", cit. págs. 746, nota 28 y 749, nota 39; y ALONSO ALAMO, M.: "El sistema....", - cit, págs. 353 y ss.
- (20).- En el mismo sentido, BAIGÚN, D.: "Naturaleza....", cit. págs. 14 y ss.
- (21).- Cfr. en este sentido, sentencias de 2 - Julio 1975 (3053) y 5 Mayo 1981 (2120), ambas en R.A.
- (22).- En este sentido vid. ampliamente COBO - DEL ROSAL, M.: "Atenuante de minoría de edad.....", cit., pág. 84
- (23).- Cfr. BAIGÚN, D.: "Naturaleza", cit. págs. 17 y ss.
- (24).- La importancia del elemento subjetivo / con respecto a la alevosía ha sido desta cada por ALTES MARTI, M.A.: "La alevosía" (Colección de Estudios del Departamento/ de Derecho Penal de la Universidad de Va lencia, nº 10) Valencia 1982, págs. 147 y ss.

- (25).- Vid. por todos, con relación al arrepentimiento espontáneo, BAEZA AVALLONE, V.: "El arrepentimiento espontáneo" (C.P.C.), nº 9, 1979, págs. 24 y ss.
- (26).- Hemos de advertir que, como no podía ser de otro modo, nos limitaremos en el presente epígrafe, a abordar la problemática del error únicamente en relación a -- las circunstancias modificativas, y no / entramos por consiguiente en las múlti-- ples cuestiones planteadas por el error que han dado lugar a una viva polémica / en nuestra doctrina en los últimos años.
- (27).- Cfr. MIR PUIG, S.: "Lecciones de Derecho Penal"., Barcelona 1983, págs. 63 y ss. En general, sobre el entendimiento del artículo 60, vid. por todos, CÓRDOBA -- RODA, J., RODRIGUEZ MOURULLO, G., CASABÓ RUIZ, J.R., y TORO MARZAL, A., DEL: "Comentarios al Código Penal". Tomo II, Barcelona 1972, págs. 251 y ss.
- (28).- Vid. la bibliografía citada en la nota / anterior, y también, MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a) del Código Penal (C.P.C. nº 21), 1983

págs. 699 y ss.

(29).- Al valorar positivamente la nueva regulación legal del error en materia de -- circunstancias, lo hacemos en la medida en que creemos preferible ésta a la anterior situación en la que nada se decía expresamente al respecto. También, debe tenerse en cuenta el carácter de / la ley que la ha introducido, esto es, urgente y parcial. Sin embargo, no desconocemos la existencia de numerosos in convenientes, y sobre todo, la escasa - atención prestada por el legislador a / otras alternativas mucho más satisfactorias que ésta, copia casi absoluta del artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980. Véase en es te sentido, MIR PUIG, S.: "Derecho Penal (Parte General)". Barcelona 1984, págs. 210 y ss.

(30).- Vid. concretamente, MIR PUIG, S.: "Adi-- ciones al Tratado de Derecho Penal de -- JESCHECK", Barcelona 1981, pág. 426, res pecto al artículo 20 del P.L.O.C.P. de / 1980, y también, COBO DEL ROSAL, M. y -- VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal....", cit. págs. 558; OCTAVIO DE TOLEDO, E.: -

"Sobre el concepto de Derecho Penal". Madrid 1981; HUERTA TOCILDO, S.: "El error vencible de prohibición en el P.L.O.C.P. de 1980" (C.P.C. nº 12, -- 1980, págs. 35 y ss); y, MAQUEDA ABREU M.L.: "El error", cit. pág. 703.

- (31).- Vid. MIR PUIG, S.: "Derecho Penal ..." cit., pág. 210, y MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error", cit., pág. 703.
- (32).- Vid. COBO DEL ROSAL., y VIVES ANTÓN:- "Derecho penal...", cit., pág. 559 y, / MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error....", cit. pág. 703.
- (33).- MIR PUIG, S. : "Derecho Penal...", cit. pág. 211.
- (34).- Un intento global de diferenciación de/ circunstancias en sentido estricto, elementos accidentales típicos, y elementos esenciales, ha tratado de articular lo ALONSO ALAMO, M.: "El sistema...", - cit., págs. 330 y ss. y 756 y ss., sobre una doble consideración de índole / valorativa, basada en primer término en la naturaleza esencial o accidental del elemento en relación al delito, y en se

gundo lugar, en base a si tal caracte--
rística determina o no un cambio en la
clase de pena. De ahí, que con la doc--
trina mayoritaria niegue la aplicación
de los artículos 58 y siguientes a los
"elementos esenciales" y la restrinja/
notablemente respecto a las "circunstan--
cias especiales", sobre todo en materia
de compensación. Contrariamente a esta
tesis, y la doctrina mayoritaria, MAQUE--
DA ABREU, M.L.: "El error", cit. -
págs. 703 y ss., niega toda posibilidad
de diferenciar circunstancias generales
y especiales, por lo que los artículos/
58 y siguientes se deberán aplicar in--
distintamente. Y de igual modo, la dis--
tinción entre elementos esenciales y --
accidentales no podrá tampoco articular--
se sobre criterior "formalistas", valo--
rativos o materiales. En contrapartida,
ofrece como criterio alternativo para/
trazar la separación entre elementos -
esenciales y accidentales, considera--
ciones de justicia material, y así, si
en materia de participación, concurso,
error, etc., una calificación resulta/
más satisfactoria que otra, será ésta -
la que deberá prevalecer. Sin entrar en
el fondo del problema, es obvio, como /

la propia autora recone, que su planteamiento olvida no sólo el Derecho positivo, sino también cualquier intento de -- sistematización y explicación racional / del mismo. A, pesar de que MAQUEDA ABREU se guía por un loable deseo de superar - una desfasada regulación legal, su postura debe ser rechazada porque resulta in-satisfactoria sea cual sea el punto de / vista que se adopte.

- (35).- MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit. pág. 212.
- (36).- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T.S. : "Derecho Penal", cit., pág. 558.
- (37).- En relación a la exigencia de conocimiento para las agravantes de carácter personal, vid. MIR PUIG, S.: "La reincidencia/ en el Código Penal". Barcelona 1974, págs. 294 y 405; del mismo, "Adiciones.....", cit. págs. 431 y ss.; y MAQUEDA ABREU, M.L. : - "El error", cit. pág. 703.
- (38).- Con razón ha lamentado MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit., pág. 212, que el legislador de 1983 haya desaprovechado esta/ oportunidad para solucionar definitivamente

te esta cuestión.

- (40).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M, y VIVES ANTÓN, T.S. : "Derecho Penal ..." cit. pág./ 559. Debe precisarse que los autores citados distinguen entre las circunstancias de carácter personal, entre -- aquellas atinentes a la imputabilidad, en las que el error es irrelevante, y entre las que afectan al proceso de -- "motivación", en las cuales, el desconocimiento de los presupuestos de la / circunstancia respectiva, impedirá la aplicación de la atenuante respectiva. Sin embargo, esta última categoría es hoy inexistente en nuestro derecho positivo, al haberse eliminado en la reforma de 1983, circunstancias como la de haber provocación o amenaza adecuada, haber ejecutado el hecho en vindicación de una ofensa grave, o la de / obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos. Por ello, aunque la distinción sea plenamente válida, hoy no/ tiene relevancia alguna en nuestro sistema, al menos respecto a las atenuantes generales.

- (41).- Vid. por todos MIR PUIG, S.: "Derecho Penal", cit., pág. 213.
- (42).- Cfr. capítulo I, apartado I.
- (43).- Así, se dijo que "la arbitrariedad de las penas es un mal gravísimo que debe evitarse en toda buena legislación hasta donde/ sea posible" (GARCIA GOYENA, F.: "Código criminal español según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el Código Penal de 1822, el francés y el inglés". Tomo I. Madrid 1843, pág. 65).
- (44).- LARDIZABAL Y URIBE, M. DE: "Discurso sobre las penas". Madrid 1872, pág. 71.
- (45).- Ya subrayaba MARAT, J.P.: "Principios de / Legislación Penal" (trad. A.E.L., Madrid, 1891, págs. 30 y ss.), la necesidad de que las penas fuesen proporcionales a los delitos realizados.
- (46).- Es interesante destacar como la gran mayoría de los autores decimonónicos se hacen eco de esta necesidad, y al mismo tiempo, subrayan que la misma constituye una obsesión desde los tiempos más remotos del De

- recho Penal. Vid. por todos, SEIJAS LOZANO, M. DE: "Teoría de las Instituciones jurídicas". Tomo II. Madrid 1842,-- págs. 463 y ss.
- (47).- GALILEA, A.: "Exámen filosófico-legal / de los delitos". Tomo I. Madrid 1846,- pág. 55.
- (48).- PACHECO, J.F.: "Código Penal concordado y comentado"., Tomo I, 4ª ed. Madrid -- 1870, pág. 182.
- (49).- SALEILLES, R.: "La individualización de la pena", 2ª ed. (trad. J. de Hinojosa), Madrid 1914, pág. 46.
- (50).- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: "El - Código Penal de 1870 concordado y comen- tado", 2ª ed., Tomo I., Madrid 1902, -- págs. 337 y ss.
- (51).- En nuestra doctrina, un fiel exponente/ de esta línea argumental, es DEL ROSAL, J.: "Tratado de Derecho Penal (Parte - General)". Vol. II, Madrid 1972, pág. - 491, quién afirma textualmente que "las circunstancias agravantes y atenuantes/ nacen como asideros en los que se apoya,

de un lado, el juicio de individualización de la pena. Pero, de otro, cumplen un objetivo de más largo alcance, porque patentizan a las claras una concepción / gradativa del delito con la que ya cabe medir la pena, puesto que la responsabilidad criminal es un entramado de difícil discriminación de referencias al hecho y a la persona, que sólo mediante el análisis cabe aprehenderla en sus múltiples expresiones".

- (52).- Sobre la evolución histórica y los distintos sistemas seguidos en la determinación de la pena, vid. ampliamente, GALLEGO DÍAZ M.: "El sistema español de determinación / legal de la pena". Madrid 1985, págs. 18 y ss.
- (53).- Como ha dicho ORTS BERENGUER, E.: "La atenuante de análoga significación", cit. pág. 28, es por tanto "la necesidad de acomodar la ley al caso concreto, la pena aplicable al delincuente, la que da origen a la existencia de las circunstancias, quedándoles atribuida de esta forma la misión o función de conseguir la más adecuada individualización, siempre que se trate de imponer una /

sanción penal a un sujeto, atendiendo a la presencia de aquellas, individualización que no es otra cosa que un postulado prístino de la equidad".

- (54).- Como ha señalado ENGISCH, K.: "La idea de concreción en el Derecho y en las -- Ciencias jurídicas" (trad. J.L. Gil Cremades). Pamplona 1968, pág. 299.
- (55).- SANTORO A, : "Manuale di Diritto Penale" Tomo I., Torino 1958, págs. 466-467.
- (56).- En el mismo sentido COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal...", - cit. p^áh. 739.
- (57).- ORTS BERENGUER, E.: "La atenuante....", - cit. pág. 30.
- (58).- COCURULLO, B.: "Le circostanze del reato" Napoli, 1940 págs. 4 y ss.
- (59).- FERNÁNDEZ ALBOR, A.: "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales" (Homenaje al prof. J. Pereda), Bilbao 1965, pág. 369.

- (60).- En este sentido, vi. por todos, MIR PUIG, S.: "Introducción a las bases del Derecho Penal. (Concepto y método)". Barcelona -- 1982, pág. 148, al decir que "el Código Penal español respeta, tal vez más que -- ningún otro, la exigencia material, derivada del principio de legalidad, de la -- precisión legal (lex stricta) de la pena".
- (61).- COBO DEL ROSAL, M.: "El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870" (Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial y el Código de 1870), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1970, págs. 69 y ss.
- (62).- Cfr. MIR PUIG, S.: "Introducción...", cit. pág. 148.
- (63).- Así se expresa también, entre otros muchos, GALLEGO DÍAZ, M. : "El sistema español de / determinación.....", cit. pág. 218.
- (64).- DEL ROSAL, J.: "Tratado...", cit. pág. 489.
- (65).- Vease en este sentido COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal...", cit. pág. 739.

- (66).- Según el criterio expuesto, a nuestro juicio acertadamente, por COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal", cit. págs. 791 y ss. Puede verse sobre el tema, GARCÍA ARÁN, M.: "Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español". Universidad de Barcelona 1982; -- GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español de determinación", cit.; MIR PUIG, C.: "El sistema de penas y su medición en la reforma penal". Barcelona 1986; y LLORCA ORTEGA, J.: "Manual de determinación de la pena", (Serie "Papeles de práctica forense" nº 1). Valencia 1986.
- (67).- Cfr. SALEILLES, R.: "La individualización de la pena", cit., págs. 46 y ss.
- (68).- En el capítulo siguiente analizaremos los específicos efectos de las circunstancias a la hora de su aplicación.
- (69).- Cfr. GARCÍA MAYNEZ, E.: "Lógica del concepto jurídico", México - Buenos Aires -- 1969, págs. 54 y ss.; también RODRÍGUEZ / MOURULLO, G.: "Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal" (III Jornadas de Profesores de Derecho Penal). Santiago 1976, --

págs. 301 y ss.

- (70).- VIVES ANTÓN, T.S.: "Dos problemas del positivismo jurídico" (en Escritos Penales. Colección de Estudios..., cit. nº 8). Valencia 1979, pág. 359.
- (71).- SALEILLES, R.: "La individualización ...", cit.; ANGEL M.: "Tendencias actuales de la individualización de la pena" (trad. A. Torio., Publicaciones Seminarios de la Facultad de Valladolid), 1955.
- (72).- Vease BACIGALUPO, E.: "La individualización de la pena en la reforma penal".(R.F. D.U.C., monográfico nº 3). Madrid 1980, - pág. 56.
- (73).- En este sentido se pronuncia expresamente, DOLCINI, E.: "La commisurazione della pena" Pádova 1979, pág. 6., y como él la totalidad de la doctrina italiana.
- (74).- Vid. al respecto, BRICOLA, F.: "La discrezionalità nel Diritto Penale", Vol. I., Milano 1965; del mismo, "Le aggravanti indefinite (Legalità e discrezionalità in tema di circostanza del reato" (Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale), 1964, -

págs. 1019 y ss.; DOLCINI, E.: "La commisurazione", cit; del mismo, "In tema de non menzione della condena, sospensione condizionale della pena e attenuanti / generiche: discrezionalità vincolata o -- graziosa indulgenza" (Rivista Italiana .. cit., 1975), pág. 326 y ss.; LATAGLIATA, A.R.: "Circunstancias discrecionales y -- prescripción del delito" (trad. A. Fratarcangelli Cabo). Madrid 1973; GIULIANI, V.: "Aspetti normativi delle attenuanti generiche" (La Scuola Positiva, 1965), págs. 245 y ss.; y TRASIMENI, R.: "Le circostanze attenuanti generiche" (Il Foro Penale, 1950), págs. 16 y ss. y 131 y ss.

(75).- Vid. por todos, BACIGALUPO, E.: "La individualización", cit. págs. 66 y ss.

(76).- En este sentido, se han pronunciado entre otros, BERNALDO DE QUIRÓS, C.: "Derecho Penal. (Parte General)". Puebla 1948, pág. 144; BACIGALUPO, E.: "La individualización" cit. pág. 66; y MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error", cit. pág. 711.

(77).- Sobre el sistema de los marcos penales en nuestro Código, vid. por todos, GALLEGO -

DÍAZ, M.: "El sistema español", cit.
págs. 237 y ss.

(78).- Cfr. los artículos citados en el ANEXO de
legislación.

CAPÍTULO V

ÁMBITO DE APLICACIÓN

=====

CAPÍTULO V

ÁMBITO DE APLICACIÓN

SUMARIO

=====

- 1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.
- 2.- INEFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: ARTÍCULO 59.
- 3.- COMUNICABILIDAD O TRANSMISIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 60.
 - 3.1.- Párrafo primero.
 - 3.2.- Párrafo segundo.
- 4.- EFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 61
 - 4.1.- Reglas generales.
 - 4.1.1.- Concurrencias de una atenuante (61,1º).
 - 4.1.2.- Concurrencias de una agravante (61,2º).
 - 4.2.- Concurso de varias circunstancias.
 - 4.2.1.- Compatibilidad e incompatibilidad de las circunstancias.
 - 4.2.2.- Compensación de atenuantes y agravantes (61,3º).
 - 4.2.3.- La compensación de circunstancias generales o genéricas con especiales o específicas.
 - 4.3.- Virtualidad excepcional de las atenuantes.
 - 4.3.1.- Artículo 61, 5, supuestos:
 - a).- Varias atenuantes.
 - b).- Una sola muy cualificada.

- 4.3.2.- Minoría de edad: Artículo 65.
- 4.3.3.- Eximentes incompletas: Artículo 66.
- 4.4.- Inexistencia de circunstancias: Artículo -
61,4º.
- 4.5.- Supuestos especiales de aplicación de las/
circunstancias:
 - 4.5.1.- La regla 7ª del artículo 61.
 - 4.5.2.- Artículo 62: Penas no divisibles.
 - 4.5.3.- Artículo 63: Multas.
 - 4.5.4.- En la imprudencia: Artículo 565.
 - 4.5.5.- En el Libro III: Las faltas.

CAPÍTULO V
ÁMBITO DE APLICACIÓN

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

En este capítulo que, en cuanto perteneciente a/ la teoría general de las circunstancias, no debe ni/ puede entrar a considerar cuestiones puntuales y con- cretas de la aplicación de cada una de las circunstan- cias. Por el contrario, su finalidad remite a plantear los problemas de índole general, comunes a todas ellas referentes a su ámbito de aplicación, y por tanto, a/ la formulación de criterios, también de orden genérico, para ofrecer soluciones.

Un estudio en profundidad y detallado de toda la problemática que sugiere la aplicación de atenuantes/ y agravantes, exigiría un exhaustivo estudio de cada - una de ellas, lo que vendría a consistir en algo así - como una "parte especial" de las mismas, y que por tan- to queda al margen de nuestro propósito. Como también/ queda fuera del mismo, un análisis minucioso y exhaus- tivo de la multitud de conflictos que la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 58 y siguientes del Código Penal presentan. Tal tarea, por su amplitud, es propia de trabajos exclusivamente consagrados a la/ temática de la determinación de la pena, y aunque po- sean ambas un punto de conexión -determinación de la -

pena y teoría general de las circunstancias- se trata de cuestiones bien distintas, y revisten sustantividad propia para ser estudiadas por separado (1).

Aquí pues, no vamos a limitar a analizar los problemas atinentes a la aplicación de las circunstancias en conjunto, propios de una teoría general de las mismas.

El punto de partida lo constituye el artículo 58, en el que se advierte que "las circunstancias atenuantes y agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a / las reglas que se prescriben en esta sección". Este precepto, transcrito de su homólogo del Código Penal/ de 1848, debe entenderse como la inequívoca voluntad del legislador de que también en materia de circunstancias, sus efectos estén determinados en la ley, y no queden al arbitrio de los jueces (2). Se delimita así, la función próxima de las circunstancias, así como su eficacia, en el marco de nuestro derecho positivo, en referencia a los artículos 9,10 y 11 del Código Penal.

De este modo, como ya comprobamos (3) se consagra un sistema de medición de la pena en exceso rigorista, en el que se exacerba hasta sus últimas consecuencias la vigencia del principio de legalidad, y en

el que en ocasiones, la labor del intérprete se acomoda más bien a la aritmética que a la estrictamente jurídica (4).

De lo que no cabe duda alguna, tras una lectura de los artículos 58 y siguientes, es que la apreciación de las circunstancias no es una potestad facultativa de los Tribunales, sino una obligación a éstos (bis). Estudiaremos pues en este capítulo, --- principalmente, la aplicación de las circunstancias, y las reglas para determinar éstas, a excepción de la problemática del error, ya analizada, y a la cual nos remitimos, en los supuestos en que por existencia de un conocimiento erróneo del sujeto, no se tenga en cuenta la agravación o atenuación respectiva (5).

Por último, ha de hacerse aquí referencia, aún --- muy brevemente, al llamado "elemento procesal o probatorio", consistente en que las circunstancias han de estar tan probadas como el hecho mismo (6). Si bien --- estamos por completo de acuerdo con el contenido material de dicha exigencia jurisprudencial, no podemos --- resistirnos a realizar una serie de matizaciones.

En primer lugar, el término "hecho", constituye una expresión un tanto equívoca, pues puede referirse tanto al sustrato real de la valoración, como a la "imagen de la realidad ofrecida por los términos

· típicos" (7), que es su sentido correcto en la teoría jurídica del delito.

Sin embargo, la jurisprudencia utiliza el término "hecho" en un sentido más amplio, porque resulta comprensivo de ambos sentidos. Así, "Hecho" lo refiere a hechos probados, -pues no debe olvidarse/ que se trata de un elemento meramente procesal-, es decir, que las circunstancias han de estar igual de probadas que el resto de los elementos de la infracción. Pero, además, al contraponer hecho y circunstancias, -la jurisprudencia habla de tan probadas como el hecho-, parece dar a entender que las mismas / no pertenecen al hecho. Y tal afirmación es válida - sólo en parte. Porque es cierta si se utiliza en su acepción correcta dentro de la terminología jurídico-penal, esto es, como la parte de realidad captada / por el tipo de injusto, puesto que como vimos, las circunstancias no pertenecen a él (8). Pero no lo / es, si se emplea en referencia al sustrato de la valoración, pues obviamente, las circunstancias también forman parte del hecho -hecho total, en su conjunto- que interesa al Derecho Penal, aunque tenga / una valoración distinta que los elementos esenciales.

Constituye pues, una expresión un tanto desafortunada porque pudiera conducir a una cierta confusión.

Es significativo también, que el Tribunal Supremo, muestre un mayor rigor en la comprobación de la existencia de la circunstancia, cuando se trata de eximentes incompletas o de circunstancias especiales o específicas, por tratarse precisamente de circunstancias con efectos privilegiados (9).

2.- INEFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: ARTÍCULO 59.

El artículo 59 del Código Penal regula tres supuestos distintos en los cuales, las circunstancias/ agravantes principalmente, y en algún caso también - las atenuantes, no producen el efecto que le es característico, es decir, agravar o atenuar la pena. Se trata pues, de casos de ineficacia de las circunstancias por imperativo legal. Pueden distinguirse -- tres clases; siempre referidas, como se deduce de la lectura del precepto, a los artículos 10 y 11 del Código Penal:

a).- En aquellas ocasiones en que la causa de - agravación constituya por sí misma un delito especialmente castigado por la ley. Según CÓRDOBA RODA (10), este precepto ha de ser interpretado, no como que la ley admite que existen circunstancias que por sí mismas, como tales categorías jurídicas, pues ello supondría reconocer que exis-

ten circunstancias carentes de toda razón de ser, pues siempre y en todo caso serían delito. Por lo contrario propone como alternativa, entender que el primer inciso del artículo 59 se refiere a los supuestos en que un mismo hecho/ sea a la vez constitutivo de una circunstancia agravante y de un delito. Cita como ejemplo, en los delitos de atentado y desacato, la agravante número 16 del artículo 10, de ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad.

Sin embargo, a continuación reconoce expresamente la dificultad de aplicación de la agravante de incendio (extensible por lo demás a todas las actividades descritas en el número 3º del artículo 10), pues carece "de una propia esfera de aplicación respecto a un determinado delito, es decir, aquellas cuya realización debe implicar, siempre y en todo caso, la comisión de una cierta figura de infracción" (11).

Con este último comentario, CORDOBA RODA, parece aceptar la postura de la doctrina mayoritaria que tradicionalmente ha venido entendiendo que la agravante 10,3, nunca podía aplicarse por constituir siempre y en todo caso, un auténtico delito (12).

Sin embargo, al estudiar el incendio, trata de darle sustantividad propia, en base a una con

sideración de índole formal y de otra de contenido material. Así dirá, que "puesto que todo precepto legal responde antes que nada a una voluntad de vigencia, debe tratar de indagarse si existe algún ámbito del 'incendio' del número 3º del artículo 10, que no se encuentre comprendido en la esfera de las conductas tipificadas especialmente en los Libros II y III del Código Penal" (13). Para el autor citado si existe este ámbito propio del "incendio" como agravante. Se produciría en los casos en que éste no afectase a una cosa material, sino cuando se emplease como medio de lesión a la vida o la integridad física (14).

La interpretación de CORDOBA RODA, es elogiada desde una perspectiva formal, pues trata de salvar la vigencia de un precepto legal ciertamente desafortunado. Ahora bien, desde una óptica material, y sin pretender entrar en detalles, su configuración del incendio como agravante -y por extensión del resto de conductas descritas en el artículo 10,3º-, entraría en colisión con otras causas de agravación, caso de la alevosía y el ensañamiento, porque cabe preguntarse si no resulta alevoso un ataque contra las personas mediante el uso del fuego.

En cualquier caso, esta cuestión remite a un

estudio detenido de cada paso concreto. Y ello, permite conceder un cierto margen de posibilidad a esta posición minoritaria. No obstante, a nuestro juicio, parece más acertada la línea mayoritaria, y esto precisamente, no supone un motivo de elogio para la redacción del número 3 - del artículo 10.

b).- El segundo de los supuestos de ineficacia / recogidos en el artículo 59, se refiere a aquellas circunstancias que expresadas en la ley al describirlo o sancionarlo. Los ejemplos característicos son los de la alevosía; premeditación; precio, promesa, recompensa; veneno y envenenamiento, respecto al homicidio y lesiones con relación al asesinato; el parentesco en el parricidio; el abuso de confianza en el hurto del 516, etc. Se trata de una expresa prohibición legal de vulnerar el principio de "ne bis in idem" sustancial, cuando las circunstancias comunes o generales pasan a desempeñar una función de elementos / de la figura delictiva, o ambas, circunstancias generales o especiales, se funden en una misma valoración. (16).

c).- El último inciso del artículo 59, hace mención a aquellos casos en los que las circunstancias agravantes sean de tal manera inherentes al/

delito, que sin su concurrencia, no hubieran podido cometerse. Esta regla está también basada en el principio de "ne bis in idem", y comporta propiamente una "inherencia tácita o propiamente dicha" (17), cuando una determinada figura, a pesar de que expresamente no requiera la presencia de ninguna agravante genérica, no puede ser realizada sin su concurso. Sucede así, en la astucia (10,7), en el delito de estafa; la publicidad (10,4) en la calumnia; el carácter público (10,10) en los delitos de los funcionarios públicos (Títulos VII, Libro II), y en general, cualquiera que sea necesario para cometer el delito.

Se ha discutido, si el juicio negativo que había de determinar su ineficacia por cuanto sin su concurrencia nunca se hubiera podido realizar el delito, debe interpretarse como inherencia referida a la figura legal del delito, o por lo contrario, referida al hecho concreto realizado (o sea, al modo concreto de realización del delito elegido por el sujeto). Como ha resuelto unánimemente la doctrina (18), ha de interpretarse en el primer sentido, esto es, abstractamente, pues la ley se refiere a una inherencia que "a priori" pueda determinarse, y ello no puede depender del específico plan que cada autor elija. Es decir, /

que tal circunstancia sea imprescindible de modo absoluto para la realización de ese delito en -- cualquiera de sus formas. La segunda postura lle varía, como ha destacado CÓRDOBA RODA, a una infundada desestimación de varias circunstancias -- agravantes (19).

Para finalizar, debe señalarse, que aún cuando el artículo 59 se refiera de manera expresa só lo a las agravantes, como quiera que descansa en/ la vigencia del principio de "ne bis in idem", cabría extenderlo a los supuestos en que fuera una / circunstancia atenuante la que estuviera especialmente recogida en una figura de delito, o que fuera de tal manera inherente a ésta, que sin su concurrencia no pudiera cometerse. Obviamente nunca sería posible aplicarles el primer inciso del artículo 59, pues no cabe la existencia de atenuantes/ constitutivas de delito (20).

3.- COMUNICABILIDAD O TRANSMISIBILIDAD DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 60.

El artículo 60, como ya destacamos coincidiendo con el sentir de buena parte de nuestra doctrina, (21) es un precepto destinado a regular la comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes de un delito, y como se desprende de su tenor, no hace sino proclamar

la vigencia del principio de culpabilidad (23).

La aplicación del artículo 60, está destinada - propiamente, al juego de las circunstancias en sentido estricto, esto es, a las reguladas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal. No obstante la doctrina mayoritaria viene extendiendo su eficacia hasta alcanzar a las circunstancias especiales y a toda suerte de caracterizaciones contenidas en la parte especial (23). A pesar de que también es ésta la corriente jurisprudencial dominante (24), dicha interpretación debe acogerse con ciertas reservas, pues insistimos, que su destino son las circunstancias modificativas, esto es, los elementos accidentales del delito, y aún cuando también los hay en la parte especial, y para los cuales no existiría problema alguno de aplicación, la cuestión se complica al extender -- sus reglas a elementos esenciales del delito, lo que podría dar lugar a ciertos absurdos lógicos. En cualquier caso, si hasta ellas se quiere alargar su operatividad, por razones de justicia material, nada parece impedirlo, salvo que la misma figura delictiva lo imposibilite (24 bis).

El precepto clasifica las circunstancias agravantes y atenuantes, a efectos de su transmisibilidad, en dos grupos distintos correspondientes a sus dos párrafos (25).

3.1.- Párrafo primero:

Dispone este párrafo, que las circunstancias -- agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, só lo podrán agravar o atenuar en aquellos culpables en quienes concurren.

Por disposición moral del delincuente habrá que entender "la postura o actitud del sujeto en relación a los valores éticos" (26). En esta modalidad, pudie ran tener cabida la agravante 2ª del artículo 10, de precio, promesa o recompensa. Las relaciones persona les del ofendido se refieren a los vínculos existentes entre sujeto-activo o pasivo, v. gr. el abuso de confianza y el parentesco. Por último, el citado precepto, a modo de cláusula residual, recoge aquellas/ otras fundadas en otra causa personal, o sea, las basadas en una cualidad o estado del sujeto (por ejemplo, la embriaguez, la reincidencia, la minoría de / edad, el carácter público, etc.) (27).

Pues bien, en todos estos casos, las circunstancias correspondientes limitan su eficacia al sujeto / en quien efectivamente concurren, impidiéndose su -- transmisibilidad a los otros partícipes en el delito.

3.2.- Párrafo segundo:

Se incluyen las circunstancias que consistieren en la ejecución material del hecho, o sea en su realización, y también las que se caracterizan por los medios empleados para llevarlo a cabo, esto es, en los instrumentos y mecanismos utilizados para cometer el delito. Ejemplo de la primera modalidad serían las agravantes números 5 y 16. De la segunda clase, la número 1 es el mejor ejemplo. De todas formas, como ha subrayado CÓRDOBA RODA, esta distinción es un tanto artificial, por cuanto ambas se refieren a la modalidad ejecutiva, o sea, a la especial forma de realización del hecho típico (28).

Debe insistirse asimismo, en que siempre y en todo caso, dichas modalidades ejecutivas deberán estar captadas por la voluntad del sujeto, es decir, se requerirá que el sujeto tuviera conocimiento de las mismas, que no es otra cosa que el contenido del elemento subjetivo.

De igual forma, el conocimiento a que se refiere este párrafo, consiste siempre en un conocimiento actual, no potencial, de los presupuestos y contenidos de la circunstancia correspondiente. Equivale pues, a la conciencia o representación de la concurrencia efectiva de una determinada circunstancia, que comprenda los hechos que la integran, no la significación, de los mismos ante el Derecho. El momento de conocer la /

modalidad ejecutiva, corresponde al instante en que se lleva a cabo la acción típica (29).

Respecto a los sujetos que cabe extender la -- aplicación de la circunstancia respectiva, el pre-- cepto señala que aquellos que tuvieran conocimiento de la misma en el momento de la acción --e sea, a -- quienes realizan la acción típica--, o en el de su / cooperación para el delito --es decir, los que llevan a cabo cualquier acto de participación anterior o si multáneo-. Por tanto se circunscribe a los autores y cómplices del delito (30).

Así pues, las circunstancias que caigan en el - campo de juego de este párrafo segundo del artículo 60, pueden comunicarse o transmitirse a los otros -- partícipes del delito. Siempre que exista conocimien to, atenuando o agravando sus responsabilidad crimi- nal, aunque ellos no las hubieran realizado directa y personalmente (31).

4.- EFICACIA DE LAS CIRCUNSTANCIAS: ARTÍCULO 61

La eficacia característica de las circunstancias modificativas consiste en atenuar o agravar la pena - abstractamente señalada en cada figura delictiva, de- terminando el grado de la pena a imponer. Excepcional mente, la concurrencia de ciertas atenuantes produci-

rá una rebaja de la clase de pena.

El complicado juego que en ocasiones plantea la aplicación de las circunstancias, se resuelve, principalmente, en atención a las reglas contenidas en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, según el sistema de los llamados "marcos penales", el cual es abandonado parcialmente tanto en el P.L.O.P.C. de -- 1980, como en la P.A.N.C.P. de 1983 (32).

La principal cuestión que se plantea en relación a este precepto, es si pueden considerarse sujetas a sus reglas las circunstancias especiales, así/ como el resto de elementos y características descritas en la parte especial (33).

Como quiera que un exhaustivo análisis del problema nos llevaría necesariamente a un estudio de cada una de las figuras de la parte especial, nos tenemos que contentar con una aproximación de carácter general, que es lo que nos interesa.

La doctrina mayoritaria, y también la jurisprudencia (34), vienen admitiendo la posibilidad de aplicar la totalidad de reglas contenidas en el artículo 61 a determinados supuestos de la parte especial. Se ha negado siempre tal posibilidad, cuando los efectos de las "circunstancias especiales" sea superior a la/

ordinaria, esto es, rebase la eficacia normal de atenuantes y agravantes, conllevando una variación en / la clase de pena. Igual suerte correrían la minoría de edad, las eximentes incompletas, y las atenuantes muy cualificadas, pero este grupo por imperativo legal (artículo 65, 66 y 61,5º) (36).

El tema no puede plantearse respecto a la totalidad de las reglas hoy vigentes contenidas en el citado precepto. Así, respecto a las reglas 1ª, 2ª, 4ª, 5ª y 7ª, parece claro que se refiere única y exclusivamente a las circunstancias en sentido estricto (artículos 9, 10 y 11). Y ello es así, al menos de momento, porque el Derecho positivo asigna a éstas, y sólo a éstas, la función de determinar el grado de la pena -salvo los casos ya vistos de virtualidad excepcional-, mientras/ que a las circunstancias de la parte especial les otorga otra finalidad, que es la de posibilitar la existencia de una concreta figura de delito. Y ello desde luego, no puede combatirse con el simple argumento de que es ésta una interpretación puramente formalista. Porque en cualquier caso el Derecho es una ciencia de "formalidades" que no han de verse como un obstáculo, sino como algo sustancial a su estatuto epistemológico, y / en definitiva, como garantías de la seguridad jurídica.

Pero además, el criterio de la diversa función que desempeñan no puede verse sin más como algo "formalista"

pues al contrario representa la adopción de consideraciones materiales, esto es, de fondo, y en tal sentido, traspada ya el denostado para algunos mundo de las "formas", entrando de pleno en el de las valoraciones (37).

Por último, respecto a la aplicación de la regla 3ª de este precepto, reservaremos su análisis a su lugar correspondiente,

4.1.- Reglas generales.

Entendemos por ellas, a efectos expositivos, la 1ª y 2ª del artículo 61, al no plantear conflicto alguno en orden a su eficacia.

4.1.1.- Concurso de una atenuante (61.1).

Según dispone esta regla, cuando concorra una / sólo atenuante (artículo 9, y en su caso 11), y ésta no sea la minoría de edad, o una eximente incompleta, o se entienda como muy cualificada, se aplicará la - pena en grado mínimo.

4.1.2.- Concurrencia de una agravante (61,2º).

Contiene esta regla dos supuestos distintos: -- Cuando concorra una sólo agravante (artículo 10, y /

en su caso 11), se impondrá la pena en su grado medio o máximo. La posibilidad dada al Tribunal de elección entre uno y otro grado, constituye una facultad discrecional. Ahora bien, ésta, en este como en los demás casos de este artículo, no debe entenderse como un poder absoluto, sino por el contrario, sujeto a los principios de legalidad, igualdad, y también a las más elementales exigencias de racionalidad. Por ello, deberá entenderse como susceptible de casación, como también debiera exigirse que la elección entre uno y otro fuera motivada en la sentencia. Todas estas exigencias no deben verse como gratuitas o como ataques velados a la individualización judicial, sino como necesarias consecuencias de un sistema penal inscrito en un Estado democrático. Tampoco debe olvidarse fácilmente, que de imponer el grado medio a imponer el máximo, dista un buen puñado de años (38). No obstante no parece entenderlo así el Tribunal Supremo (39).

El segundo supuesto, es cuando concurren varias agravantes, o sea, dos o más, y entonces se impondrá / necesariamente en su grado máximo. No plantea esta regla problemas de aplicación, pero si suscita ciertos / inconvenientes desde una óptica político-criminal (39 bis).

4.2.- Concurso de varias circunstancias.

La posibilidad de que en un mismo hecho concurren

varias circunstancias, atenuantes o agravantes, viene reconocida expresamente por la Ley, según se desprende de las reglas 3ª, 5ª y 7ª. Es por tanto necesario ofrecer un tratamiento a tales casos.

4.2.1.- Compatibilidad e incompatibilidad.

La jurisprudencia española ha venido señalando - que de un mismo hecho no pueden derivarse varias circunstancias, ni tampoco pueden apreciarse como tales, aquellas que se hallen ligadas a otra, de forma tal / que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras (40).

Acertadamente, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, han señalado que este criterio jurisprudencial puede ser / asumido en sus líneas generales, si bien, está necesitado de unas ciertas precisiones. Así, el término "hecho", proponen entenderlo "de forma más amplia y omnicomprendiva como 'objeto de la valoración', que comprende no sólo los hechos en sentido estricto, sino - también aquellos móviles, efectos, características, / situaciones, datos, etc., de orden psicológico y subjetivo que puedan constituir la génesis de una agravante o atenuante" (41).

Aceptando, como hacemos, la matización de los autores citados, el criterio general para determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre dos circuns-

tancias, sería el siguiente: Un "objeto de valoración solamente puede ser valorado una vez, y por tanto, -- únicamente podrá fundamentar una circunstancia. Se / consagra nuevamente el principio de "ne bis in idem", en el sentido que una misma realidad no puede ser te nida en cuenta, esto es valorada, más que una vez (42).

La aplicación de este criterio general deberá / resolver los múltiples y en ocasiones complejas cues tiones, que el concurso de circunstancias plantea. - Sin embargo, la solución definitiva no podrá lograr se sin un estudio detenido de las concretas circuns-- tancias. Sólo así, determinando su fundamento próximo concepto y requisitos, podrá decidirse si es o no una realidad distinta a la de otra circunstancia.

Desde luego, para establecer si dos circunstan-- cias son compatibles o incompatibles entre sí, es in-- diferente que se trate de agravantes o atenuantes, o si éstos poseen eficacia excepcional, al menos, des-- de la óptica general en la que nosotros operamos.

4.2.2.- Compensación de atenuantes y agravan-- tes: Artículo 61,3º.

Esta regla 3ª del artículo 61 prescribe que cuan do en un mismo hecho coinciden agravantes y atenuan-- tes, el Tribunal las "compensará racionalmente"... gra duando el valor de unas y otras.

Se parte obviamente, de la base de que las circunstancias concurrentes no sean incompatibles. Sentado ello, el precepto otorga nuevamente discrecionalidad al juez para que efectue tal compensación. Ahora bien, ésta, deberá ser "racional", y como ha destacado CORDOBA RODA, dicha razón, no ha de entenderse como propia o personal del juez, sino referida a una racionalidad impersonal, en el sentido que deberá quedar -valorar- el significado, sentido, e incidencia de unas y otras en el concreto hecho delictivo (43).

Por todo lo cual, como ya apuntábamos al inicio de este capítulo, dicha compensación, deberá ajustarse a un correcto uso del arbitrio judicial, que deberá ser motivado en la sentencia. Si esta compensación no fuese "racional", no vemos impedimento alguno para que fuese susceptible de impugnarse en casación.

En tales supuestos, el Tribunal está capacitado para recorrer toda la extensión de la pena, imponiéndola en el grado que estime oportuno según la compensación racional de unas y otras.

En cualquier caso, están fuera del ámbito de esta regla, las eximentes incompletas y la minoría de edad, por cuanto éstas poseen una eficacia excepcional difícilmente compensable con circunstancias ordinarias, y además, porque como se desprende de los --

artículos 65 y 66 -como luego veremos- su aplicación excluye el juego del 61. Además, como ha advertido -CÓRDOBA RODA, esta regla 3ª viene referida únicamente a las dos anteriores, esto es, a las circunstancias de efectos ordinarios (44).

4.2.3.- Compensación de circunstancias generales o comunes con especiales o específicas.

El tema ya ha sido planteado al inicio de este epígrafe, por lo que corresponde ahora únicamente exponer nuestra postura.

Pues bien, como también adelantábamos allí, no / cabe de modo alguno aceptar tal posibilidad respecto a las circunstancias especiales que determinan un cam bio en la clase de pena, o que en cualquier caso supo nen efectos extraordinarios. Y ello, por las mismas / razones que no se admite la compensación de eximentes incompletas, minoría de edad o atenuantes muy qualifi cados con circunstancias de eficacia ordinaria (45).

Por tanto la polémica queda reducida a los casos en que las circunstancias especiales sólo determinen la imposición de un grado determinado, esto es, que / no rebasen el marco legal abstracto. Pero como a destacado CÓRDOBA RODA, aún en estos supuestos, tales -- "circunstancias" no pueden ser consideradas agravan-- tes o atenuantes en sentido estricto, tal y como lo /

hace el artículo 61, 3º, en relación al 61, 1º y 2º y al 59 del Código Penal (46).

Y es que además, tales circunstancias específicas, son elementos integrantes de una figura delictiva, y su valor respectivo viene determinado por la ley en el sentido de delimitar la pena abstracta de una infracción, pero no le corresponde la misión de operar como una causa de medición de la pena, y menos todavía, de entrar en comparaciones con las que así expresamente ha regulado la ley. Así pues, es ésta y sólo a ésta, a quien corresponde fijar la eficacia y el ámbito de unas y otras. Si la ley impone tal distinción deberemos respetarla, pues ha de entenderse que no lo hace caprichosamente, sino porque las valora desigualmente, y en consecuencia, les confiere, mediante una distinta técnica legislativa, funciones diversas.

No cabe a nuestro juicio, extrapolar la regla 3ª del artículo 61, haciendo posible tal compensación. Así pues, una vez fijado el marco legal abstracto, que es el lugar apropiado para la operatividad de las circunstancias especiales -sea cual sea la extensión que resulte-, podría acudirse a las circunstancias propias para determinar el grado de la pena.

4.3.- Virtualidad excepcional de las atenuantes.

Analizaremos aquí los supuestos en los que por disposición expresa de la ley, algunas circunstancias atenuantes cobran una eficacia extraordinaria, que posibilita la rebaja en uno o dos grados.

4.3.1.- Artículo 61-1º: supuestos.

La regla 5ª del artículo 61, posibilita la rebaja en uno o dos grados de la clase de pena, en dos supuestos fijados de modo alternativo: Presencia de dos o más atenuantes, o concurrencia de una sólo pero --- "muy cualificada". Además exige que no se haya apreciado ninguna circunstancia agravante. Dicha regulación, con independencia del análisis de ambos supuestos, que luego veremos, suscita varios interrogantes de carácter general.

I).- El primero se refiere a sí la facultad de rebajar la pena que el texto concede a los Tribunales al decir que "podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados", ha de entenderse de un modo absoluto o relativo. Es decir, a si éstos están obligados en cualquier caso a imponer una pena inferior, o simplemente pueden hacerlo o no, según su arbitrio, y en este último caso, / aún concurriendo dos o más atenuantes o una sólo "muy cualificada", únicamente procederán a señalar el grado mínimo de la pena.

No cabe duda alguna, que esta segunda lectura del precepto ha de estar totalmente descartada. Y no sólo a cuasa de una interpretación histórica, semejante a la formulada por CÓRDOBA RODA (47), sino también por consideraciones de índole material. Así, sería absurdo aplicar los efectos del artículo 61,1º, en el caso de que concurrieran los presupuestos del 61,5, porque entonces no se sabría para qué existe esta regla. En cualquier caso, supone una especialidad respecto a la regla 1ª, y también es una norma principal respecto de aquella. Existe, pues obligatoriedad de rebajar uno o dos grados la clase de pena.

II).- La segunda cuestión gira entorno nuevamente a las circunstancias especiales. Al decir el Código que no concorra ninguna agravante, cabe preguntarse si se refiere únicamente a las comunes o generales, o también incluye a las especiales. Para GALLEGO DÍAZ la respuesta debe ser positiva, pues si se ha admitido la compensación (regla 3ª) nada impide hacerlo ahora. Además, -- afirma que lo "que pretende el legislador ante la presencia de una agravante es neutralizar los efectos excepcionales de la atenuación" (48).

Nosotros, con CÓRDOBA RODA, entendemos que

sólo se refiere a las agravantes en sentido estricto (artículos 10 y 11), (49). Y ello no sólo por las razones anteriormente expuestas, sino / que además en este caso habría que sumarles con sideraciones de justicia material: la lectura / que propone GALLEGO DÍAZ, es inaceptable a to-- das luces, pues supone una interpretación extensiva en contra del reo. Esta última razón basta ría para desecharla, así como todo intento de / extrapolar las reglas del artículo 61, a supuestos para lo que el precepto no ha sido creado.

III).- Tanto la facultad de rebajar uno o dos / grados, como la de apreciar una atenuante como "muy cualificada", queda dejada al arbitrio judicial. Sin embargo, como vinimos insistiendo, éste nunca puede entenderse en modo absoluto, / sino como una potestad cuyo desarrollo está sujeta a limitaciones, Si éstas se rebasan, ca-- bría su impugnación en via casacional. Por eso mismo, es imprescindible que aparezca razonada en el fallo.

IV).- Por último, cabe plantearse de qué modo / cabe entender el requisito negativo de esta regla, consistente en la concurrencia de circunstancias agravantes. Concretamente nos referimos al supuesto de que en un mismo delito aparecie-

ra alguna circunstancia agravante y varias circunstancias atenuantes, siempre como es obvio, / en un número mayor. Pensamos que entonces por / razones de justicia material, cabría la posibilidad de acudir en primer término a la regla 3ª, compensado las agravantes concurrentes con algunas de las atenuantes. Entonces, sobrarían, por decirlo de alguna forma, varias atenuantes, entendiendo que la compensación antes realizada / se han hecho "desaparecer" las agravantes. Podría en ese instante pensarse -no sin cierta -- ficción- que no concurren agravantes, pasándose a aplicar la regla 5ª del artículo 61, reduciendo la pena en uno o dos grados, al quedar únicamente con vida dos o más atenuantes, u una sola muy cualificada. Es ésta una posibilidad que, - insistimos, queda aquí únicamente apuntada. En / cualquier caso, habría que atender también al - fundamento de las agravantes y atenuantes concurrentes y a su incidencia en el caso concreto. De todas formas, la tesis aquí esbozada adquiere más fuerza en el supuesto de las atenuantes "muy cualificadas", pues éstas poseen una naturaleza semejante a las eximentes incompletas y a la minoría de edad -si no se entiende el / por qué de su eficacia extraordinaria- por lo - que para despejar su virtualidad excepcional no parece tener mucho sentido que se tenga en cuen

ta la concurrencia de agravantes.

Pasemos ahora a analizar los dos supuestos previstos en esta regla:

a).- Varias atenuantes. No plantea dificultad / alguna: Basta con la concurrencia de dos atenuantes del artículo 9, y en su caso el 11. Es decir, que aparezca una atenuante más que lo exigido por la regla 1ª del artículo 61.

b).- Una sólo cualificada: Como ha destacado CORDOBA RODA, la ley no define lo que por ésto debe entenderse. Pero como el mismo apunta, así habrá de entenderse las que supongan "una intensidad - claramente superior a la normal de la respectiva atenuante" (50). En este sentido, como ha reconocido la propia jurisprudencia, la apreciación de una atenuante como "muy cualificada" no es un hecho sin más, sino que requiere un juicio de valor (51). Por tanto, está sometida esta apreciación a ser revisada en casación, como ya decíamos anteriormente (52).

Obviamente, no puede entenderse como "muy - cualificadas" ni las eximentes incompletas ni la minoría de edad, porque éstas, ya han sido estimadas por la propia ley como superprivilegiadas.

4.3.2.- Minoría de edad: Artículo 65.

En el artículo 65 del Código Penal se regula la atenuante de minoría de edad o edad juvenil, por la cual, los mayores de dieciseis años y menores de dieciocho obtienen un tratamiento excepcional en orden a la imposición de las penas.

Así, el precepto dispone que a los jóvenes comprendidos entre dichas edades, los tribunales les -- aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, pudiendo, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en una institución especial. Esta consideración especial de la minoría de / edad, no representa una novedad en nuestro Derecho, sino que por el contrario constituye el seguimiento/ de una larguísima tradición histórica (53).

Todo ello hace que la atenuante de minoría de - edad, posea una virtualidad extraordinaria y excep-- cional respecto no sólo a las otras atenuantes, in-- cluso las muy cualificadas, sino en relación al resto de las circunstancias. Por eso, el artículo 65, se ñala que el Tribunal "aplicará la pena inferior en - uno o dos grados a la señalada por la ley", con lo - cual esta rebaja no la entiende como ejercicio de una facultad discrecional, sino como una obligación del /

juzgador, que, comprobada la edad del sujeto, procederá inexorablemente ha reducir la pena (54). Quedando eso sí, a su prudente arbitrio, si lo hace en uno o dos grados.

No existe acuerdo sin embargo, acerca de si una vez reducida en uno o dos grados la clase de pena, / el Tribunal debería acudir a las reglas del artículo 61 para determinar el grado de la pena, o por el contrario, con independencia de si concurren o no más / circunstancias ordinarias, fijará éste según su prudente arbitrio.

En favor de la primera solución -acudir al artículo 61- se han barajado no sólo argumentos de índole -histórico, sino también que cuando el legislador ha -querido desvincular al juez de este artículo, lo ha / hecho expresamente -por ejemplo artículos 61,5º y 66- (55).

Más lógica y satisfactoria parece la segunda interpretación, favorable a conceder libertad al Tribunal para elegir el grado de la pena a imponer, pues como ha señalado GALLEGO DÍAZ, desde el punto de vista/ del fundamento del precepto, lo decisivo es la personalidad del menor (56). Además, si se concede el mismo margen de arbitrio que en los artículos 61,5º y 66, parece una desnaturalización de sus efectos, el tratar de limitar éste en lo menos -determinar el grado-,

mientras que el legislador lo permite utilizarlo en lo más -la elección de la clase de pena-. Quizás por todo ello sea más razonable pensar que lo decisivo / para determinar el grado de la pena es la personalidad del menor, y no el resto de circunstancias modificativas, por lo que el artículo 61, debe quedar al margen (57). Otra cosa es que estas otras circunstancias modificativas concurrentes, sean tenidas en cuenta por el juez para orientar el ejercicio de su facultad discrecional, pero desde luego no operarán de forma obligatoria (58).

Ni que decir tiene, que para la aplicación de ésta atenuante privilegiada, es indiferente, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 61,5º, que concurren o no circunstancias agravantes.

4.3.3.- Eximentes incompletas: Artículo 66.

Nuevamente nos encontramos ante un supuesto excepcional y extraordinario en orden a la determinación de la pena en materia de circunstancias atenuantes. - El artículo 66 señala que "se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley --- cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos/ de que se trata en el artículo 8º, imponiéndola en -

el grado que los tribunales estimaren conveniente, -
atendiendo el número y entidad de los requisitos que
faltaren o concurrieren" (59).

Tampoco cabe aquí duda alguna acerca de la obli-
gatoriedad de rebajar la pena en uno o dos grados, al
haber empleado el texto el término "se aplicará". En
cambio, si gozan los Tribunales de amplia discreciona-
lidad para reducir la pena en uno o dos grados (60).

Sin embargo, la doctrina discute el significado/
que cabe atribuirle a la última referencia que el pre-
cepto hace al término "grado" (61). Para unos ha de -
entenderse como sinónimo de grado de la escala de pe-
na, y por tanto, cuando el precepto habla de que los/
Tribunales la impondrán en el grado que estimaren con-
veniente, ello significaría que son libres para reba-
jar uno o dos grados, y una vez hecho ésto, acudirán/
al artículo 61 para determinar el grado de la pena --
(62). Otro sector doctrinal, a nuestro juicio más ---
acertadamente, entiende que la anterior interpreta---
ción del artículo 66, es insostenible, tanto desde --
una óptica literal, porque haría caer al legislador /
en una absurda repetición del término grado de la es-
cala, en abierta oposición al principio de vigencia,/
como desde una perspectiva teleológica, pues no tiene
sentido dejar el arbitrio judicial lo más -rebajar la
clase de pena- y limitarle en lo menos -la determina-

ción del grado de la pena ya dentro del marco penal-
(63).

Parece pues que el legislador, otorga un régimen excepcional en materia de determinación de la pena -- tanto a las atenuantes de edad juvenil como a las exi-
mientes incompletas, y por ello, no sólo les confiere/
una virtualidad extraordinaria y privilegiada, sino -
también, las aparta del artículo 61, dando entrada a/
otros criterios, como la personalidad del menor, o los
requisitos que faltaren o concurrieren del artículo 8º,
para fijar la pena exacta a imponer. Desde luego, el -
resto de circunstancias modificativas que pudieran pre-
sentarse junto a éstas atenuantes privilegiadas, podrá
ser tomada en cuenta por los Tribunales para modular -
su arbitrio (64).

En conclusión, cabe decir que, en virtud de la --
eficacia extraordinaria conferida por los artículos 65
y 66 a la minoría de edad y a las eximentes incomple--
tas, éstas poseen un régimen diferente al resto de las
circunstancias modificativas.

4.4.- Inexistencia de circunstancias: Artículo 61 4º.

En los supuestos en los que no concurren ni cir--
cunstancias agravantes ni tampoco atenuantes, dispone/

la regla 4ª del artículo 61, que los Tribunales, en atención a la mayor o menor gravedad del hecho y a la personalidad del delincuente, impondrán la pena - en el grado medio o mínimo (64 bis).

Se trata más que de un criterio de individualización judicial de la pena, de una regla mixta de - determinación legal y de determinación judicial de/ la pena (65). Antes de la reforma de 1983 se posibilitaba a los Tribunales para recorrer toda la extensión del marco penal, sin embargo tras ésta, se ha/ reducido a la elección entre el grado medio o mínimo (66). Con ello se recorta aún más si cabe el ya/ de por sí limitado arbitrio judicial, que nuestro - sistema otorga a los jueces (67).

Por otra parte, es claro, que cuando el Código Penal habla de no concurrencia de circunstancias -- agravantes y atenuantes, se refiere exclusivamente/ a las comprendidas en los artículos 9, 10 y 11. Por ello, si concurren circunstancias especiales -aún / cuando coincidan con las generales, como pudiera su/ ceder en las descritas en el artículo 406- u otra / clase de atenuantes o agravaciones específicas, ha- brá que atenerse a lo dispuesto en este precepto -- (68).

Del mismo modo, cuando exista alguna atenuante

*legalmente privilegiada, (eximentes incompletas y edad juvenil), el Tribunal quedará desvinculado de esta regla, pudiendo recorrer todo el margen del marco legal (máximo, medio y mínimo), por constituir los artículos 65 y 66 normas especiales respecto al 61. En cualquier caso, deberán orientarse también, para la fijación del grado correspondiente, en la gravedad del hecho y en la personalidad del delincuente.

Ambas consideraciones vienen a confirmar la tesis aquí expuesta de estimar como circunstancia en sentido estricto, únicamente a las contenidas en los artículos 9, 10 y 11, y, mostrando además ciertas reservas respecto a la calificación que merece las atenuantes privilegiadas.

El Tribunal Supremo ha venido entendiendo que / la posibilidad de imponer la pena en grado medio o mínimo constituye una facultad absoluta concedida al juzgador, y por tanto no susceptible de ser revisada en casación (69). Sin embargo, a ello debe objetarse que el arbitrio judicial supone el ejercicio de una facultad discrecional siempre vinculada a la ley, y a los principios de igualdad, proporcionalidad y no indefensión, y que por tanto no puede entenderse de forma tan absoluta. Por eso, dentro de la regla 4ª del artículo 61, el juez está obligado a operar con

los criterios que le ofrece el legislador -gravedad del hecho y personalidad del autor- y si no lo hace así, o lo hace incorrectamente, su decisión será injusta, y en consecuencia revisable en casación. De ahí, que sea necesaria la motivación en el fallo, - explicando las causas que han originado la imposición de uno u otro grado (70).

Por último, respecto al sentido de la expresión "gravedad del hecho", ésta parece que "ha de entenderse modulada por el contenido del párrafo segundo del artículo 2º y en consecuencia se basa en la retribución proporcional al injusto culpable, -- orientada por criterios de prevención general" (71). De igual forma, la referencia a la "personalidad del delincuente", apunta, según doctrina mayoritaria, a consideraciones prevenivo-especiales, integradas por una referencia a elementos psicológicos y por un examen de su proyección social.

4.5.- Supuestos especiales de aplicación de las circunstancias:

Muy brevemente, abordamos los casos en los que o bien el juego de las circunstancias modificativas no es preceptivo, o bien, los supuestos de penas indivisibles (artículo 62) y en los que una vez fijado el grado de la pena, ha de imponerse la extensión exacta de la misma (61,7ª).

4.5.1.- La regla 7ª del artículo 61.

Después de este precepto que "dentro de los límites de cada grado, los Tribunales determinarán la extensión de la pena en consideración al número o entidad de las circunstancias agravantes o atenuantes/ y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito".

Mediante esta regla se concede a los Tribunales facultad para imponer la pena.

Mediante esta regla se concede a los Tribunales la facultad de fijar la extensión de la pena a imponer dentro de cada grado. Para ello deberán tomar en consideración la entidad y número de las circunstancias, así como la gravedad del mal producido. Si lo/ hicieran así, su decisión no podrá ser revisada en - casación, pero si no tuvieran en cuenta estos criterios que la ley señala, si será susceptible de ser - revisada (72).

Nuevamente hay que insistir que se refiere a -- circunstancias agravantes y atenuantes en sentido es tricto, y que la referencia, al número y entidad co- rresponde con la contenida en la regla 5ª del mismo artículo. Desde luego, poseen una unidad superior a/ la normal, las eximentes incompletas, la edad juvenil.

y las que sean estimadas como muy cualificadas. Respecto a las otras, la valoración de su entidad corresponderá hacerla al juez en atención al caso concreto.

La referencia al "malcausado" es sumamente amplia como facilitar la labor individualizadora, y en su significado no sólo tiene cabida la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, sino también otro / tipo de consideraciones que determinan la mayor o menor gravedad de un hecho, como por ejemplo, la mayor / necesidad de tutela de un específico bien jurídico.

4.5.2.- Penas no divisibles: Artículo 62.

Cuando la pena no se componga de tres grados "Los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior, dividiendo en tres periodos iguales el tiempo que comprenda la pena compuesta, formando un grado de cada uno de los tres periodos". Este artículo debe entenderse necesariamente a la luz de los artículos 61, 78 y 79.

El artículo 62 entrará en juego en los casos en que bien por la disposición de determinado delitos, o bien en virtud, del artículo 71, la pena no venga impuesta en toda su extensión, sino sólo en un grado concreto. Entonces, operará dicho precepto, realizándose la división prescrita que no ofrece dificultad alguna/ (73).

4.5.3.- Artículo 63: En la pena de multa.

Respecto a la determinación de la pena de multa, cuando ésta venga impuesta entre un máximo y un mínimo, el artículo 63 dispone que "Los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable".

Obviamente se refiere a circunstancias en sentido estricto que en estos supuestos quedan relegadas a un segundo plano, en beneficio del caudal económico / del reo, factor determinante en estos casos de pena de multa, que queda así desvinculada de las reglas del artículo 61.

Los Tribunales pueden recorrer toda la extensión de la pena, la que fijarán según los criterios citados, si no se hiciera en atención a éstos, se infringiría la ley, y por tanto, podría ser revisada en casación (74).

4.5.4.- Las circunstancias en la imprudencia punible: Artículo 565.

Dispone este precepto que "en la aplicación de /

estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61". Semejante redacción ha sido interpretada en ocasiones por la jurisprudencia como una carta en blanco otorgada a los jueces para fijar la pena en supuestos de imprudencia (75).

Sin embargo, la doctrina ha tratado de corregir un excesivo y desmesurado uso del arbitrio concedido. Así, VIVES ANTÓN, sostiene que si bien se excluye la aplicación obligatoria del artículo 61, ello no significa que los Tribunales no "puedan" tener en cuenta sus reglas para poder orientarse. En este sentido, el artículo 565, no contiene ninguna prohibición al respecto. Igualmente, cabe la aplicación de la regla 5ª del citado precepto, esto es, cuando concurran varias atenuantes, o una sólo muy cualificada (76). Y desde luego no se excluye ni mucho menos la operatividad de los artículos 65 y 66, que para nada cita / el mencionado artículo 565, y que por tanto son de aplicación obligatoria (77).

4.5.5.- Aplicación de las circunstancias en las faltas (Libro III): Artículo 601.

El artículo 601 del Código Penal, señala que en la aplicación de las penas de este Libro procederán - los Tribunales según su prudente arbitrio, dentro de/

los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68". Se desvincula así a los jueces y tribunales de todas las reglas prescritas por el Código Penal en materia de circunstancias. No obstante, no están sujetos a la observancia, podrán ser tenidas en cuenta para formar y orientar su arbitrio (78).

NOTAS: CAPITULO V.

=====

- (1).- Sin pretender ser exhaustivos, ofrecemos la relación de algunas monografías sobre determinación de la pena surgidas en nuestro país recientemente: QUINTERO OLIVARES G.: "Determinación de la pena y política criminal" (C.P.C., nº 4, 1978, págs. 49 y ss.); LUZÓN PENA, D.: "Medición de la pena y sustitutivos penales", Madrid.1979; del mismo, : "Antinomias penales y medición de la pena" (Doctrina Penal, 1979, - págs. 587 y ss.); BACIGALUPO, E.: "La individualización de la pena en la reforma penal" (R.F.D.U.C., nº 3, Madrid 1980, - págs. 55 y ss.); GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: -- "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena; estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en/ la reforma penal española (Proyecto de Código Penal)" (R.F.D.U.C., nº 3. Madrid - 1980, págs. 129 y ss.); GARCÍA ARÁN, M.: "Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español", Barcelona 1982; GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español de/ determinación legal de la pena", Madrid - 1985; MIR PUIG, C.: "El sistema de penas y su medición en la reforma penal"., Bar-

celona 1986; LLORCA ORTEGA, J.: "Manual de determinación de la pena" (Serie Papeles de práctica jurídica, nº 1), Valencia 1986; y BOIX REIG, J.: "Reglas / de determinación de la pena" (Comentarios a la legislación Penal, Tomo V, vol. 2º. Madrid 1985, págs. 431. y ss.).

- (2).- Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; CASABÓ RUIZ, J.R.; y DEL TORO MARZAL, A.: "Comentarios al Código Penal", Tomo II. Barcelona 1972, págs. 245. En general sobre el origen de los preceptos 58 y siguientes, puede verse CASTEJON, F.: "Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944" (Revista General / de Legislación y Jurisprudencia, nº 177). Madrid 1945.
- (3).- Vid. infra. capítulo IV, apartado 2,4
- (4).- Vid. por todos, GALLEGO DÍAZ, M. : "El sistema español págs. 235 y ss., y 416 y ss.
- (4).- (bis). En este sentido, vid. por todos, / QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal.- Parte General", Barcelona 1986, pág. 586.

- (5).- Vid. infra. capítulo IV, apartado 1.3.
- (6).- Esta exigencia responde a una larga tradición jurisprudencial. Véase al respecto, a título meramente ejemplarizador, las sentencias de 1 Febrero 1871, nº 113 Tomo 2; 11 Enero 1873, nº 1472, Tomo 3; 1 Marzo 1873, nº 1571, Tomo 3 (todas en J.C.); 11 Abril 1984, nº 2351; 3 Noviembre 1984, nº 5930; 18 Abril 1985, nº 2102 30 Abril 1984, nº 2154; y 18 Enero 1986, nº 150 (todas ellas en R.A.).
- (7).- Cfr. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S.: "Derecho Penal. Parte General". Valencia 1984, pág. 297.
- (8).- Vid. infra. capítulo IV., apartado 1,1
- (9).- Vid. sentencias de 10 Febrero 1986, nº 586, y 20 Octubre de 1981, nº 3931, ambas en R. A.
- (10).- CÓRDOBA RODA, J., con otros autores: "Comentarios", tomo II, cit. pág. 246.
- (11).- CÓRDOBA RODA, J., ob. cit., págs. 246 y 247.

- (12).- Vid. por todos, como representación de la línea doctrinal mayoritaria, FERRER SAMA, A. : "Comentarios al Código Penal" Tomo I, pág. 350 y Tomo II, págs. 252 y ss. Murcia 1946.
- (13).- CÓRDOBA RODA, J., con otros autores, ob. cit. Tomo I. págs. 569 y ss.
- (14).- Ob. y loc. cit.
- (15).- En el sentido del texto, GALLEGO DÍAZ, M. : "El sistema español ...", cit. pág. 373.
- (16).- Cfr. CÓRDOBA RODA, J. y otros autores, - ob. cit., Tomo II, pág. 247. También RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "Compendio de Derecho Penal (Parte General)", 2ª ed. Madrid -- 1985, págs. 271 y 272.
- (17).- GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español...", cit. pág. 374.
- (18).- Vid. por todos, CÓRDOBA RODA, J., y --- otros autores: "Comentarios....", cit., Tomo II, págs. 247 y ss. También, QUINTERO OLIVARES, G.: "Derecho Penal",

cit. págs. 593 y 594.

(19).- Ob. loc. cit.

(20).- En el mismo sentido del texto, GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español", cit., pág. 374.

(21).- Cfr. infra. capítulo III, apartado 2º.

(22).- FERRER SAMA, A.: "Comentarios ...", cit. Tomo II, pág. 256.

(23).- Críticamente hacia esta actitud, DEL ROSAL, J.; COBO DEL ROSAL, M., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: "Derecho Penal español (parte especial)", Madrid 1962, pág. 182.

(24).- Vid. por todas las sentencias de 7 Febrero de 1986, nº 572; 7 Febrero nº 577, 1986; 30 Enero 1986, nº 201 y 28 Junio 1986, nº 3083, todas en R.A.

(24).- (bis). Como señalará CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios....", cit. págs. 251 y ss.. la / posibilidad de aplicar el artículo 60 a -- circunstancias contenidas en la parte es-- pecial, debe admitirse siempre y cuando és

tas posean el mismo valor que las generales, esto es, cuando su concurrencia determine un delito agravado o atenuado (v. gr. 516 en relación al 514). Ahora bien, esta posibilidad debe descartarse totalmente respecto a aquellos elementos que desempeñen / una función superior a la simple cualificadora, dando lugar a un "tipo independiente de infracción" (v. gr. 410 en relación al 407, 405, y 406). En parecidos términos puede cifrarse la posición de GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Autor y cómplice en Derecho Penal", Madrid 1966, págs. 273 y ss.. Contrariamente se ha pronunciado MAQUEDA ABREU, M.L.: "El error", cit. págs. 716 y ss.. Hemos de insistir en que el artículo 60 está destinado a regular la transmisibilidad de las circunstancias generales a los participes. Ahora bien, es difícil concebir la aplicación de cualquier circunstancia de la parte especial a un copartícipe que no hubiera tenido conocimiento de ella, o que en él, no -- concurriera la requerida relación personal. Por ello, si se quiere, pueden limitarse -- los absurdos en que una concepción así entendida conduciría, apoyándose en una interpretación extensiva del artículo 60, incluso a supuestos como los del artículo 406 ó 410 del Código Penal.

- (25).- Sobre la doctrina general establecida - por el Tribunal Supremo en relación a / este precepto, vid. sentencias de 12 Julio 1983, nº 4148; 19 Julio 1983, nº4145 11 Octubre 1983, nº 4732; y 13 Octubre - 1983, nº 4736, todas en R.A.
- (26).- CORDOBA RODA, J. con otros autores: "Comentarios...." cit., Tomo II, pág. 253.
- (27).- Vid. CORDOBA RODA, J., ob. cit. y loc. - cit.
- (28).- Ob. cit. pág. 253.
- (29).- En este sentido, ampliamente, CORDOBA - RODA, J., ob. cit. págs. 257 y ss.
- (30).- Cfr. CORDOBA RODA, J., ob. cit. pág. 256.
- (31).- Puede verse jurisprudencia sobre la aplicación de los párrafos del artículo 60, / en supra., capítulo VII, apartado 2, "Comunicabilidad".
- (32).- Cfr. Anexo, B) y C).
- (33).- Vid. ampliamente ALONSO ALAMO, M.: "La - compensación de circunstancias generales .

y especiales ante la reforma, del Derecho Penal" (C.P.C., nº 19, 1983, págs.5 y ss.).

- (34).- Vid. por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal ...", cit., págs. 946 y ss.. Otros autores admiten tal posibilidad abiertamente, vid. RUIZ ANTÓN, L. F.: "Los robos con fuerza en las cosas: Nuevos módulos para determinar la pena" (Comentarios a la legislación Penal, Tomo V., vol. II, Madrid 1985, pág. 1111).
- (35).- Cfr. ALONSO ALAMO, M., ob. cit. págs. 8 y ss.
- (36).- En este sentido, CÓRDOBA RODA, J., y -- otros autores: "Comentarios...", cit. - págs. 263 y ss.
- (37).- Es el legislador quien ha querido conferir a las circunstancias comunes la facultad de determinar el grado de la pena, y para ello las regula en su parte general, y cuando no lo ha querido así, las ha descrito junto a tipos concretos, con otro significado, como sucede, v.gr. con el artículo 406.

- (38).- Sobre el arbitrio judicial, basta ahora remitirse a la obra de COBO DEL ROSAL, M.: "El sistema de penas y el arbitrio judicial en el Código Penal de 1870". (Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y el Código Penal. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1970, págs. 69 y ss.
- (39).- Vid. por todas, sentencia de 8 Abril de 1986, nº 1944 (R.A.).
- (39).- (bis). Sobre esta regla vid. BOIX REIG, J. : "Reglas de determinación...", cit. págs. 438 y ss.
- (40).- Cfr. supra capítulo VII, apartado 2º -- "Compatibilidad", e "Incompatibilidad".
- (41).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal ...", cit., págs. 750 y 751.
- (42).- (En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M. -- "El parentesco en Derecho Penal". Barcelona, 1976, págs. 205 y 206. Véase también la sentencia de 23 Junio 1982, nú-

mero 3575 (R.A.) que aplica este criterio con indiferencia de que sean genéricas o específicas.)

- (43).- CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios...", cit. Tomo II, pág. 268. El entendimiento jurisprudencial de esta facultad puede verse en la sentencia de 28 Enero 1985, nº. 365, (R.A.).
- (44).- Ob. cit., pág. 271.
- (45).- En el sentido del texto, ALONSO ALAMO, N.: "La compensación...", cit. págs. 8 y ss.
- (46).- CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios...", cit., tomo II, pág. 270.
- (47).- Ob. cit., pág. 276. En contra RODRÍGUEZ -- DEVESA, J.M.: "Derecho Penal...", cit. pág. 950.
- (48).- GALLEGO DÍAZ, N.: "El sistema español...", cit., pág. 396.
- (49).- ob. cit. pág. 275.
- (50).- ob. cit., págs. 274 y 275. Así también --

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal."
cit., pág. 950

- (51).- Véanse sentencias de 28 Enero 1985, nº. 366, y 2 Diciembre 1985, nº 5972, ambas en R.A.
- (52).- En este sentido CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios...", cit., pág. 275; y RODRÍGUEZ - DEVESA, J.M.: "Derecho Penal...", cit. -- pág. 950.
- (53).- A este respecto puede verse, COBO DEL ROSAL, M.: "Atenuantes de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español". (Homenaje al prof. L. Jiménez Asúa), Buenos-Aires 1970, págs. 433 y ss.; CASABÓ RUIS, J.R., con otros autores: "Comentarios al Código Penal" , Tomo II, Barcelona 1972, pág. 288; y GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español", cit. págs. 398 y ss.
- (54).- En este sentido vid. sentencias 20 Marzo 1979, nº 1305; 20 Febrero 1981, nº 765; 13 Julio 1983, nº 4161; 27 Diciembre 1984 nº 6662; y 9 Abril 1986, nº 1949, todas/ en R.A.

- (55).- Vid. CASABÓ RUIZ, J.R.: "Comentarios..",
cit. pág. 293.
- (56).- GALLEGO DÍAZ, M. "El sistema español.."
cit., pág. 402.
- (57).- Vid. sentencia de 13 Diciembre 1979, nú
mero 4605 (R.A.).
- (58).- En este sentido RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.:
"Derecho Penal...", cit., pág. 951.
- (59).- Cfr. ampliamente CÓRDOBA RODA, J.: "Las
eximentes incompletas en el Código Pe--
nal".., Oviedo 1966.
- (60).- Vid. GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema espá
ñol ...", cit. págs. 402 y 403.
- (61).- Sobre las distintas posiciones doctrina
les al respecto, puede verse GALLEGO --
DÍAZ, M.: "El sistema español...", cit.,
págs. 403 y ss.
- (62).- En este sentido, vid. por todos CÓRDOBA
RODA, J.: "Comentarios.....", cit., págs.
299 y ss.

- (63).- En esta línea, vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal..", cit., pág. 743; GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español ...", cit., págs. 403 y ss.
- (64).- En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.: "Derecho Penal...", cit. pág. 951.
- (64).- (bis). Dado el sistema español de determinación de la pena, decididamente legalista, de lo que constituye buena muestra la técnica de las circunstancias generales, queda considerablemente desplazado el problema de la división del proceso penal en dos fases, por lo que no / hemos creído oportuno detenernos en tal problemática. Al respecto puede verse,- BARBERO SANTOS, M.: "La división en dos fases del proceso penal" (Estudios de Criminología y Derecho Penal, Valladolid 1972, págs. 193 y ss.); y HASSEMER, W.: "Fundamentos del Derecho Penal" (trad. y notas F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapate ro, Barcelona 1984, págs. 130 y ss.
- (65).- En este sentido, GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español...", cit. pág. 393.

- (66).- Cfr. BOIX REIG, J.: "Reglas de determinación", cit. págs. 431. y ss.
- (67).- Vid. al respecto: COBO DEL ROSAL, M.: "El sistema de penas y el arbitrio judicial.." cit., págs. 69 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G. "Determinación de la pena y política criminal" (C.P.C., nº 4, 1978, págs. 49 y ss. BELTRÁN BALLESTER, E.: "El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo 61" (Escritos Penales. Colección de/ Estudios. Universidad de Valencia, nº 8, 1979, págs. 61 y ss.); BACIGALUPO, E.: "La individualización ...", cit., págs. 55 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: "La prevención general en la individualización judicial de la pena" (A.D.P.C.P., 1981, -- págs. 869 y ss.); GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena...", cit., pág. 129 y ss.; GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español.....", cit., págs. 390 y ss.; GARCÍA/ARÁN, M.: "Los criterios de determinación" cit. págs. 210 y ss.; CÓRDOBA RODA, J., y otros autores: "Comentarios...", cit., -- págs. 273 y ss.; MIR PUIG, C.: "El sistema de penas...", cit., págs. 273 y ss.;

y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Arbitrio judicial y artículo 61, 4 del Código Penal" (Poder Judicial, nº 4 págs. 141 y ss.

- (68).- En el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios ...", pág. 273.; y GALLEGU DÍAZ, M. : "El sistema español....", cit., págs. 393 y 394.
- (69).- Vid. sentencias de 16 Enero 1985, nº - 309; 29 Junio 1985, nº 3090; 8 Mayo de 1985, nº 2449; 14 Enero 1986, nº 127; 20 Marzo 1986, nº 1670, y 5 Abril 1986, nº 1939, todas en R.A.
- (70).- Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Arbitrio judicial y", cit., págs. 147 y ss.
- (71).- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S.: "Derecho Penal....", cit., págs. 736-752 y 783-798.
- (72).- En este sentido, CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios", cit., pág. 280.
- (73).- Cfr. CÓRDOBA RODA, J.: "Comentarios..." cit., págs. 281 y ss.; y GALLEGU DÍAZ, M.: "El sistema español...", cit., pág.

288 y ss.

- (74).- Vid. CORDOBA RODA, J.: "Comentarios.." cit., págs. 283.
- (75).- Vid. por todas, sentencia de 6 de Marzo de 1948, nº 379 (R.A.).
- (76).- VIVES ANTÓN, T.S.: "La determinación de la pena en la imprudencia punible". (C.P.C.nº 3, 1977, pág. 200).
- (77).- Así también, GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español ...", cit., pág. 453.
- (78).- Cfr. GALLEGO DÍAZ, M.: "El sistema español", cit., pág. 458.

.....

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

=====

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES.

PRIMERA: Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen su origen, con el sentido y significado con que hoy las conocemos, en el movimiento codificador nacido tras la revolución francesa, siendo su primer exponente el Código Penal francés de 1810. En él ya se contenía catálogos de circunstancias atenuantes que posibilitaban al juez una mejor adaptación de la ley al hecho concreto, así como una más exacta proporcionalidad entre el delito y pena. En suma, nacen como instrumentos idóneos para lograr una más apropiada individualización de la pena, situándose así, entre un sistema de absoluto arbitrio judicial, propio del Antiguo Régimen, y otro contrario, encarnado en el Código Penal francés de 1791, en el que las penas venían fijadas inexorablemente en la ley, sin ninguna posibilidad de ser modificadas en atención de cada caso concreto (sistema de las penas fijas).

SEGUNDA: Aunque hasta ahora no haya sido quizás convenientemente destacado, el nacimiento de las circunstancias está estrechamente ligado a la proclamación del principio de igualdad en materia pena. Claro es, que éste en un primer momento fue concebido a imagen y semejanza del principio de legalidad según lo formulara

ROUSSEAU, es decir, como igualdad "paritaria", como/ generalidad. De modo que debía cumplir sobre todo una función esencial: la generalidad, contemplando a todos los individuos en abstracto, fueran cual fueran / las concretas características que les acompañaran. De ahí que fuera la ley quien recogiera causas "generales" de modificación de la pena.

TERCERA: Desde un principio, nuestros Códigos Penales dispusieron de amplios listados de circunstancias, -- agravantes y atenuantes, en sus correspondientes disposiciones generales contenidas en el libro I. Ya el Código Penal de 1822 inició esta larga tradición jurídica de nuestro país, que ha llegado hasta nuestros días, pasando por todos los textos que han estado en vigor, así como en la gran mayoría de Proyectos habidos. Dicha tradición no parece que vaya a romperse en un futuro inmediato, pues tanto el P.L.O.C.P. de 1980, como la P.A.N.C.P. de 1983, continúan disciplinando -- las circunstancias en muy parecidos términos.

CUARTA: En el Derecho comparado podemos distinguir, según se trate de disciplinar las circunstancias atenuantes o agravantes, los siguientes sistemas:

A). ATENUANTES: Se han seguido hasta cinco sistemas diferentes:

a.1.).- Sistemas de configuración genérica o

de atenuantes genéricas (sistema francés). No vienen fijadas en la ley, quedando su aplicación dejada a la libre apreciación de los jueces y tribunales.

a.2.).- Sistema de determinación específica o taxativa. Se fijan por la ley de un modo taxativo, mediante una cláusula cerrada -"numerus clausus"-, negándose toda posibilidad de aplicación de las que allí no vengan expresamente reconocidas. Ha sido escasamente seguido por las legislaciones (viejo Código Penas austriaco de 1852).

a.3.).- Sistema mixto. Junto a una enumeración taxativa de las mismas situada en la parte general, se coloca una cláusula general, que permite la apreciación de los jueces de otras atenuantes no prescritas / en el texto, por vía de una interpretación analógica de las existencias. (Códigos españoles, llamado sistema hispánico).

a.4.).- Sistema de atenuantes especiales. Se sitúan en la parte especial junto al delito o delitos que puedan modificar. Desconoce por completo la técnica de las atenuantes generales o genéricas. (sistema alemán actual, entre otros).

a.5.).- También, como hipótesis, cabría la posibilidad de algún sistema en el que no se contemplaran ni atenuantes comunes, ni especiales, concediéndose en su lugar a -- los jueces amplias facultades discrecionales en materia de determinación de la pena.

B). AGRAVANTES: Pueden señalarse cuatro grandes/grupos:

b.1.- Sistema de agravantes genéricas, comunes o generales. Se describen expresamente en la parte general. No excluye la posibilidad de circunstancias especiales. (sistema hispánico).

b.2.- Sistema de agravantes relativamente indeterminadas, también ubicadas en la parte general, pero no de modo tan detallado como el / anterior, sino limitándose únicamente a recoger los grandes criterios que el juez habrá de seguir para individualizar la pena. (Proyecto alemán de 1927).

b.3.- Sistema de circunstancias agravantes especiales o específicas. Desconocen la mecánica de disciplinarlas en la parte general, limitándose a señalar junto a cada infracción aquellas que pueden modificarla (sistema alemán vigente).

b.4.- También aquí, como hipótesis, cabría / la posibilidad de un sistema en el que no se contemplaran ni agravantes comunes ni especiales, otorgando amplios poderes al juez para medir la pena.

QUINTA: A la hora de hallar un concepto de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, válido para operar en el marco de nuestro Derecho positivo, tanto desde una perspectiva dogmática como práctica, hemos creído oportuno acudir a la categoría de los conceptos jurídicos definidos por su función. En modo alguno creemos que ésta sea la única posibilidad de esclarecimiento y sistematización de los preceptos del / Código Penal español, pero sí que constituye una vía apropiada para lograrlo de una forma satisfactoria. -- Tampoco deja de ser cierto que la mayoría de los institutos jurídicos existentes en un sistema determinado / se caracterizan precisamente por la función que en él desempeñan. Pero, de igual modo, no debe olvidarse que uno de los rasgos característicos de los institutos jurídicos lo constituye su capacidad de relación con --- otros institutos jurídicos dados en un ordenamiento concreto. Por ello, los conceptos jurídicos, que tratan de reflejar y captar a dichos institutos jurídicos, vienen determinados no sólo por sus notas características sino también por el grado de relación con los otros conceptos jurídicos. Y este grado de relación, conexión o

vinculación, con los otros conceptos viene en el Derecho positivo principalmente estipulado en base a / la función que éste atribuye a los institutos jurídicos que los conceptos pretenden captar.

SEXTA: Aplicando en nuestro Código Penal las anteriores premisas, y mediante una interpretación gramatical, histórica, teleológica y funcional de las circunstancias, podemos conceptualizarlas como aquellos elementos accidentales de la infracción, no necesarios / para la existencia de cualquier delito, de los que depende la mayor o menor gravedad del hecho, y a los / que el Código Penal, disciplinándolos en sus artículos 9, 10 y 11, otorga en principio una virtualidad, y le asigna una específica función en orden a la determinación de la pena, según rezan los artículos 58 y siguientes del mismo. De ahí, que pueda distinguirse / entre concepto legal propio y otro impropio, en atención a si la ley confiere un sentido estricto al término circunstancia o, por el contrario, si lo hace excesivamente amplio, omnicomprendivo de otras categorías que no responden propiamente a su significado técnico-jurídico, como sucede con las eximentes incompletas del artículo 8º.

SÉPTIMA: A pesar de que se han efectuado multitud de clasificaciones de las circunstancias, somos de la opinión, no obstante, que clasificar por clasificar /

no tiene sentido alguno, no siendo además, como no/lo es, ni preceptivo ni necesario hacerlo siempre y en todo caso. Por ello nos limitaremos a reseñar únicamente las principales clasificaciones que con repercusión práctica aparecen nítidamente en nuestro sistema legal:

a).- Según sus efectos se distinguen en atenuantes y agravantes.

b).- En atención a su virtualidad, encontramos las privilegiadas o extraordinarias (rebajan la clase de pena a imponer) y las ordinarias (determinan el grado de la pena).

c).- La efectuada en virtud del artículo 60, según se trate de circunstancias comunicables o / incomunicables a los otros partícipes del delito. Como a continuación veremos en la Conclusión novena, de dicho precepto no puede derivarse su clasificación en objetivas y subjetivas, pues carece de todo sentido.

d).- También podría articularse la distinción en "nominadas" e "innominadas" (según su mayor o menor concreción en la ley), y en "obligatorias" y "facultativas" (en atención a si su apreciación viene impuesta en la norma o por el contrario se

deja al arbitrio del juez). En realidad, nuestro sistema legal no prevee ni la categoría de las circunstancias "innominadas", ni tampoco la de las "facultativas", pues siempre y en todo caso vienen taxativamente descritas en la ley, y su estimación es obligatoria (artículo 58 del Código Penal).

e).- En orden al régimen atribuido por el Código Penal, adquiere importancia la diferenciación entre circunstancias "especiales" o "específicas" (parte especial) y "comunes" o "generales" (parte general).

f).- Cobra asimismo interés la división entre circunstancias compatibles e incompatibles entre sí.

OCTAVA: En orden a su fundamento, se ha de distinguir entre uno de carácter próximo o inmediato, que cabe -- descubrir tras una interpretación de cada una de ellas, de otro categorial y común a todas. Respecto de este último, dada la concepción sistemática de la que partimos, rechazamos los planteamientos que acuden a su vinculación con las categorías esenciales de la teoría jurídica del delito, para entender que se justifican en base, principalmente, a consideraciones de índole político-criminal. Así, en la mayor o menor necesidad de la tutela y por consiguiente de necesidad de pena, situamos la fundamentación categorial de las circunstan-

cias en nuestro actual Ordenamiento jurídico.

NOVENA: En la búsqueda de su naturaleza jurídica ha - de insistirse con la doctrina mayoritaria en la necesidad de superar la vigencia de la distinción en "objetivas" y "subjetivas", pues además de utilizarse ambos términos de una forma impropia e inadecuada, ya / no es posible, como antaño, equiparar objetivo con injusto, y subjetivo con culpabilidad. Del mismo modo, tampoco es correcto identificar objetivo con impersonal y subjetivo con personal. porque en cualquier caso, desde la óptica del sujeto cognoscente, todas las circunstancias son osbjetivas en tanto en cuanto tienen que ser captadas por él. Y, a su vez, todo estado psíquico del individuo constituye una entidad objetiva pues debe estar captada por la conciencia social, o sea, valorado por la norma. De ahí que en todo caso -- únicamente puede hablarse de circunstancias formadas/ con datos objetivos y también subjetivos.

Por todo lo cual, ha de concluirse que la dicotomía entre circunstancias objetivas y subjetivas resulta impracticable, y más aún, a la luz de su configuración positiva derivada del artículo 60. Por ello, en/ aras de encontrar una naturaleza jurídica común a todas ellas, parece más adecuado su entendimiento como - causas de medición de la pena puramente accidentales, / de las cuales no depende ni la existencia del delito -

ni la imposición de la pena, sino tan sólo, una modificación de ésta. En consecuencia corresponde su tratamiento y sistematización en la teoría de la pena.

DÉCIMA: En su estructura, como regla general, que desde luego admite numerosas excepciones, sobre todo en materia de atenuantes, pueden distinguirse elementos/objetivos y elementos subjetivos. En los primeros se incluirán toda suerte de datos, factores, características, referencias o acontecimientos referidos al objeto, esto es, situados fuera de la conciencia del sujeto. Pero también, como una parte del mismo, habrá de tenerse en cuenta el denominado "elemento material-final o teleológico", consistente en la exigencia de que la circunstancia haya efectivamente influido en la comisión de un delito determinado. Respecto al segundo, el elemento subjetivo, viene integrado por el conjunto de situaciones, procesos, datos o referencias situados en la propia conciencia del sujeto, esto es, a las motivaciones y procesos psíquicos no relacionados directamente con el objeto. Dicho elemento cobra singular / relevancia en orden a las circunstancias agravantes, - pues para su concurrencia será siempre necesario que - el culpable las haya buscado intencionadamente o que / al menos se haya aprovechado conscientemente de las -- mismas.

UNDÉCIMA: La función que desempeñan las circunstancias

estriba fundamentalmente en servir una mejor adaptación de la ley al caso concreto, y por ende, de mayor proporcionalidad entre delito y pena. Su misión consiste, pues, en un intento de lograr acercar el caso concreto a la ley, esto es, una individualización legal de la pena. Podría decirse simplemente que su función es la de modificar la pena, lo que le otorga en nuestro sistema positivo un papel en orden a la determinación de la pena.

DECIMOTERCERA: La eficacia concreta de la que gozan - atenuantes y agravantes en el Derecho español, viene señalada en los artículos 58 y siguientes del Código Penal. En ellos se les atribuye una especial relevancia en la fijación del grado de la pena, convirtiéndose así en instrumentos básicos dentro de nuestro peculiar régimen de dosimetría punitiva, pues de ellas, - casi en exclusiva, depende la fijación de la extensión en la cual podrán los jueces operar dentro de un determinado marco legal abstracto.

DECIMOCUARTA: El actual sistema español de determinación de la pena presenta serios inconvenientes de orden técnico y también político-criminal. En primer término, resulta enormemente complejo al basarse en unas reglas de medición en exceso mecanicistas y aritméticas. De otra parte, reduce la individualización judicial -que es la auténtica individualización-, a márgenes

nes extraordinariamente angostos. Y, por último, la gran mayoría de las agravantes, así como también alguna de las atenuantes, se apoya en una concepción defensiva de la sociedad más propia del pasado siglo que del actual. Tal concepción abona la idea de castigar más severamente el delito cometido con normalidad. Esto es, aquél en cuya realización el delincuente busca ciertas garantías de éxito. Como resulta lógico suponer incluso desde la mera óptica del sentido común, / lo que de ninguna manera puede exigirse a quien va a ejecutar una acción criminal es que lo haga sin tomar precauciones y dando todo tipo de facilidades a la -- justicia y a la víctima. De ahí que, con acierto, se / haya destacado como buena parte de nuestras circunstancias conservan un significado caballeresco y medieval, donde se valora más la infracción de las normas rectoras de un torneo basado en cierta noción del honor, -- que en la misma necesidad de protección de bienes jurídicos. Se conforma de este modo un sistema de circunstancias poco acorde con las necesidades de un Estado / social y democrático de Derecho, así como con las exigencias de un Derecho Penal moderno.

DECIMOQUINTA: De "lege ferenda" sería deseable que, -- junto a una reducción y racionalización del elenco de / agravantes y atenuantes -cuya existencia por otra parte viene a confirmar una larga tradición jurídica en / nuestro país-, se procediera a una notable simplifica-

ción del proceso de determinación de la pena. Quizás ello pudiera lograrse desde una concepción más actualizada del principio de igualdad, como igualdad valorativa, si los actuales márgenes penales, muy extensos, se redujeran entre sus máximos y mínimos, dotando paralelamente a jueces y tribunales de un mayor / arbitrio, para que dentro de los límites de estos -- marcos punitivos, y en atención principalmente a consideraciones de prevención especial, actuarán con -- más libertad a la hora de fijar la pena exacta a imponer.

CAPITULO VII

BIBLIOGRAFIA Y JURISPRUDENCIA CONSULTADAS

=====

1- BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- ALIMENA, F. : " Appunti di Teoria generale del reato". Milano 1938.
- ALONSO ALAMO, M. : "El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general". Valladolid 1981.
- ALONSO ALAMO, M. : "La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal". (Cuadernos de Política Criminal, nº 19). Madrid 1983.
- ALTES MARTI, M. A. : "La alevosía" (Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y el Instituto de Criminología, nº 10). 1982.
- ALVAREZ CID, J. y
ALVAREZ CID, T. : "El Código Penal de 1870 - Tomo I. Córdoba 1908.
- AMOR RUIBAL, A. : "Derecho Penal de la Iglesia católica". Tomo I. S.F.

- ANGEL, M. : "Tendencias actuales de la individualización de la pena" (Trad. A. Torio, Publicaciones seminarios de la Facultad de Derecho de Valladolid), 1955.
- ANCEL, M. : "Les codes pénaux européens" Tomos I, II, III, IV, y V. Paris 1958-1971-1981.
- DELL'ANDRO, R. : "La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale". Milano 1956.
- ANTOLISEI, F. : "Manuale di Diritto Penale (Parte generale)". 2ª ed.. Milano 1975.
- ANTÓN ONECA, J. : "Derecho Penal". Madrid 1922
- ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A. : "Derecho Penal" . Tomo I. Parte General. Madrid 1949
- ANTÓN ONECA, J. : "Prevención general y prevención especial en la Teoría de la pena". Universidad de Salamanca 1944.

- ANTÓN ONECA, J. y
DE MIGUEL GARCÍ LÓPEZ, A. : "Derecho Penal. Parte General" 1ª ed. Madrid 1940.
- ARDIZZONE, S. : "I reati aggravati dall'evento. Profili di Teoría - Generale" Milano 1984.
- ARROYO DE LA HERAS, A. : "Manual de Derecho Penal. El delito". Pamplona 1985.
- ASUA BATARRITA, A. : "La reincidencia. Su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos Penales españoles del siglo XIX". (Publicaciones Universidad de Deusto). Bilbao 1982.
- AUSTIN, J.L. : "Alegato en pro de las excusas". (en el "Lenguaje común, de V. C. Chappel . Trad. J. R. Capella). Madrid 1971.
- AZCUTIA, M. : "La ley penal" Madrid 1876
- BACIGALUPO, E. : "El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición". (Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V vol. 2º, Madrid 1985, págs. 53 y ss.).

- BACIGALUPO, E. : "Evolución de los métodos y medios del Derecho Penal" (Nuevo Pensamiento Penal) 1973.
- BACIGALUPO, E. : "La individualización de la pena en la reforma penal". (Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, monográfico, nº 3), Madrid 1980.
- BACIGALUPO, E. : "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano" (Estudio preliminar, en "El futuro del -- principio jurídico penal de culpabilidad" de G. Stratenwert). Madrid 1980.
- BACIGALUPO, E. : "Delito y punibilidad". 1ª ed. Madrid 1983.
- BAEZA AVALLONE, V. : "El arrepentimiento espontáneo". (Cuadernos de política Criminal, nº 9). Madrid 1979.

- 'BAEZA AVALLONE, V. : "La Rehabilitación". Madrid 1983.
- BAIGÚN, D. : "Les circonstances aggravantes et leur nature en droit argentin". (R.Int. de Droit Pénal) 1965.
- BAIGÚN, D. : "Naturaleza de las circunstancias agravantes". Buenos Aires. 1970.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. : "Relación de afectividad análoga a la de parentesco". (Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V, vol. 2º, Madrid 1985, págs. 307 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. : "El parentesco en Derecho Penal." Barcelona 1973.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. : "Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos contra las personas". Madrid 1986.
- BARBERO SANTOS, M. : "Política y Derecho Penal en España". 1ª ed. Madrid. 1977.
- BARBERO SANTOS, M. : "La división en dos frases - del proceso Penal". (Estudios de Criminología y Derecho Penal). Valladolid, 1972, págs. 193 y ss.
- BARLETTA CALDERERA, G. : "Les circonstances aggravantes et, CUCHIARA, D. autres que le concours d'infractions et la récidive en droit italien".

(Revue Internationale de
Droit Pénal) 1965.

- BATTAGLINI, G. : "Diritto Penale (parte generale)". 3ª ed. Padova 1949.
- BECCARIA, C. : "Tratado de los delitos y de las penas". Madrid 1820.
- BECCARIA, C. : "De los delitos y de las penas" (Trad. F. Tomás y Valiente). Madrid 1969.
- BELLAVISTA, G. : "L'interpretazione della legge penale". Milano 1975.
- BELTRAN BALLESTER, E. : "El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno" (en "Escritos Penales", Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia). 1979.
- BENTHAM, J. : "Tratados de Legislación -- civil y penal" (edición ---

preparada por M. Rodriguez Gil). Madrid 1981.

- BERGALLI, R. : "La recaída en el delito : Modos de reaccionar contra ella". Barcelona 1980.
- BERNALDO DE QUIRO'S, C. : "Derecho Penal (parte General)" Puebla 1948.
- BERNALDO DE QUIRO'S, C. : "Lecciones de Legislación Penal comparada". Ciudad - Trujillo 1944.
- BERNALDO DE QUIRO'S, C. : "Alrededor del delito y de la pena" Madrid. 1904.
- BETTIOL, G. : "Derecho Penal (parte general) Bogotá 1965.
- BETTIOL, G. : "Instituciones de Derecho Penal y Procesal" (Trad. F. Gutierrez Alviz y Conradi). Barcelona 1977.
- BINDING, C. : "Compendio di diritto penale (parte generale)". (prefazione, note e traduzione di A. Boretini) 8ª ed. Roma - 1927.

- BOBBIO, N. : "Teoria della scienza ju
ridica". Torino 1950.
- BOBBIO, N. : "Giusnaturalismo e positi
vismo giuridico". Milano
1965.
- BOBBIO, N. : "Contribución a la Teoría
del Derecho" (trad. A. Ruiz
Miguel). Valencia 1980.
- BOIX REIG, J. : "Significación jurídico-
penal del artículo 25-2º
de la Constitución (La -
reeducación y reinserción
social del condenado)" --
(en "Escritos Penales", -
colección de Estudios del
Departamento de Derecho -
Penal y del Instituto de
Criminología de la Univers
idad de Valencia) 1979.
- BOIX REIG, J. : "El principio de legali-
dad en la Constitución".
(Repercusiones de la Constitu
ción en el Derecho Pe
nal. En memoria del prof.
J. Pereda. Universidad de -
Deusto 1983.
- BOIX REIG, J. : "Reglas de determinación de
la pena" (Comentarios a la -
Legislación Penal, Tomo V,
vol. 2º. Madrid 1985, págs.
431 y ss.

- BONINI, G. : "I limiti di applicabilità dell'aggravante nº 2 dell'articolo 61 rispetto al reato mezzo" (Rivista Penale, vol. VI, parte - prima) 1935.
- BOSCARELLI, M. : "Elementi di diritto penale" Vol. II. Milano 1967.
- BOSCARELLI, M. : "Compendi di diritto penale (parte generale)" 2ª ed.. Milano 1976.
- BOUZAT, P. et PINATEL, J. : "Traité de Droit Pénal et de Criminologie". Tome I. Droit Pénal generale. Deuxième édition. Paris 1970.
- BRICOLA, F. : "Le aggravanti indefinite (Legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penales 1964.
- BRICOLA, F. : "La discrezionalità nel - Diritto penale" Vol.5 . - Milano 1965.

- BUENAVENTURA SELVA, V. : "Comentarios al Código Pe
nal reformado". Madrid --
1870.
- BUSTOS RAMIREZ, J. : "Manual de Derecho penal
español. Parte General".
Barcelona 1984.
- BUSTOS RAMIREZ, J. : "Manual de Derecho Penal
Parte Especial". Barcelo-
na 1986.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. : "La alevosía" Barcelona
1958.
- CAMARGO HERNÁNDEZ, C. : "La premeditación". Barce-
lona 1958.
- CAPALOZZA, E, : "I rapporti tra la dimi--
nuenti generica dei motivi
moralis o sociali e l'aggra-
vante specifico della pre-
meditazione" . Pádova 1962
- CARBONELL MATEU, J.C. : "La justificación penal. -
Fundamento, naturaleza y -
Fuentes". Madrid 1982.

- CÁRDENA, F. de : "Comentarios y observaciones sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias atenuantes" (El Derecho Moderno-Revista de Jurisprudencia y Administración, Tomo VI). Madrid 1849.
- CÁRDENAS, F. de : "Observaciones y comentarios sobre los artículos del Código Penal que tratan de las circunstancias agravantes" (El Derecho Moderno. Revista de Jurisprudencia y Administración, Tomo VI) Madrid 1849.
- CARMONA SALGADO, C. : "Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales) 1981.

- CARMONA SALGADO, C. : "La circunstancia atenuante de arrebato u obcecación" (Colección de Estudios Penales, nº 5). Granada 1983.
- CARNELUTTI, F. : "Teoría general del delito" (Trad. Victor Conde). Madrid 1941.
- CARNELUTTI, F. : "El problema de la pena" - (Trad. S. Sentis). Buenos Aires 1956.
- CARRARA, F. : "Programa del Corso di Diritto Criminale". Vol. I . Undécima edizione. Firenze 1924.
- CARRARA, F. : "Programa de Derecho Criminal (parte general)". Tomo II. Bogotá 1957.
- CARRARA, F. : "Il carcere preventivo e - l'applicazione della pena" (Opuscoli di Diritto Criminale, vol. II), Firenze . 1908.

- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El parentesco adoptivo en el Código Penal español". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXV). 1972.
- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El Proyecto de Código Criminal de 1830". Universidad de Murcia 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El proyecto de Código Criminal de 1831 de Sainz Andino". Universidad de Murcia 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El Proyecto de Código Criminal de 1834". Universidad de Murcia 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El anteproyecto de Código Penal de 1938 de F. E. T. y de las J. O. N. S. ". Universidad de Murcia 1978.
- CASABÓ RUIZ, J. R. : "El Proyecto de Código Penal de 1939". Universidad de Murcia 1978.

- CASTEJÓN, F. : "Comentarios científico-prácticos al Código Penal de 1870" Vol. II. Madrid 1926.
- CASTEJÓN, F. : "Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944" (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 177). Madrid 1945.
- CASTRO Y OROZCO, J. de
ORTÍZ DE ZÚÑIGA, M. : "Código Penal explicado - para la común inteligencia y fácil aplicación de sus disposiciones". Tomo Primero. Granada 1848.
- CAVALLO, V. : "Diritto Penale (parte generale)". vols. II y III. Nápoli 1955-1959.
- CEREZO MIR, J. : "Problemas fundamentales - del Derecho Penal". Madrid 1982.
- CEREZO MIR, J. : "Curso de Derecho Penal español. Parte General I ". 3ª ed. Madrid 1985.

- CHAVANNE, A. : "Les circonstances aggravantes en droit francais" (Revue Internationale de Droit Pénal). 1965.
- CICALA, S. : "Interpretazione sistematica della circostanza: aver commesso ζ ! (Annali di Diritto e Procedura Penale), 1935.
- CICALA, S. : "Studi e questioni di diritto penale". Roma 1939.
- CLERC, F. : "Les circonstances aggravantes en droit suisse" (Revue Internationale de Droit Pénal). 1965.
- COBO DEL ROSAL, M. : "Prater intentionem y principio de culpabilidad" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XVIII), 1965.
- COBO DEL ROSAL, M. : "Consideraciones sobre las atenuantes de arrebato u - obcecación y provocación y amenaza adecuada" (Anales de

la Universidad de la Laguna)
La Laguna 1968.

- COBO DEL ROSAL, M. : "Atenuante de minoría de --
edad y sustitución de pena
por medida en el artículo/
65 del Código Penal español"
(en "Homenaje al prof. L. Ji
menez de Asúa). Buenos Aires
1970.
- COBO DEL ROSAL, M. : "El sistema de penas y el ar
bitrio judicial en el Código
Penal de 1870" (Conmemoración
del Centenario de la ley Pro
visional sobre organización
del Poder Judicial y el Códig
o Penal de 1870. Real Acade
mia de Jurisprudencia y Le
gislación). Madrid 1970.
- COBO DEL ROSAL, M. y
BOIX REIG, J. : "Garantías constitucionales
del derecho sancionador" (co
mentarios a la legislación -
Penal, Tomo I). Madrid 1982.

- COBO DEL ROSAL, M. y
BOIX REIG, J. : "Derechos Fundamentales del
condenado. Reeduación y --
reinscripción social". (Comen-
tarios a la Legislación Pe-
nal, Tomo I) Madrid 1982.
- COBO DEL ROSAL, M. y
VIVES ANTON, T.S. : "Derecho Penal. Parte Gene-
ral". Valencia 1984.
- COCURULLO, B. : "Le circostanze del reato".
Napoli. 1940
- CÓDIGO PENAL DEL
REINO DE BAVIERA : Trad. del alemán, por Ch.
Vatel. Paris 1852.
- CONCAS, L. : "Circostanze del reato ed
elementi specializzanti cos-
titutivi" (Archivio Penale,
vol. XXX). 1974.
- CONSTANT, J. : "Précis de Droit Pénal".
Lieja 1967.
- CONTENTO, G. : "Introduzione allo studio
delle circostanze del rea-
to". Napoli 1963.

- CONTI, U. : "La commisurazione della pena" (Enciclopedia del Diritto penale italiano, a cura di E. Pessina, vol. IV) . Milano 1910.
- CONTI, U. : "Cause escludenti e diminuenti, giustificanti e --scusanti" (Il Digesto Italiano, vol. VII, Parte 1ª). Torino 1896.
- CÓRDOBA RODA, J. : "Las eximentes incompletas en el Código Penal". Oviedo 1966.
- CÓRDOBA RODA, J. : "El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal" (Anuario de - Derecho Penal y Ciencias/ Penales, Tomo XX). 1967.
- CÓRDOBA RODA, J.; RODRIGUEZ MOURULLO, G. ; CASA BÓ RUIZ, J. R.; y TORO MARZAL, A. DEL : "Comentarios al Código Penal". Tomos I y II. Barcelona 1972.
- CÓRDOBA RODA, J. : "Culpabilidad y pena" . Barcelona 1977.

- CÓRDOBA RODA, J. : "La pena y sus fines en la Constitución" (Doctrina Penal, nº7). 1979.
- CORZO, A. : "Código Penal reformado". - Madrid 1850.
- COSTA, S. : "Circostanze oggettive e - soggettive del reato" (Nuovo Digesto Italiano, vol. III), Torino 1938.
- CRIVELLARI, G. : "Concetti fondamentali di diritto penale". Torino -- 1888.
- CUELLO CALÓN, E. : "El nuevo Código Penal (Exposición y comentario)". - Libro I. Barcelona 1929.
- CUELLO CALÓN, E. : "Código Penal reformado de 27 de Octubre de 1932". 2ª ed. Barcelona 1933.
- CUELLO CALÓN, E. : "Derecho Penal" (Revisado - por C. Camargo Hernández, - Tomo I, Parte General, vol. II). Decimoséptima edición, Barcelona 1975.
- CUELLO CONTRERAS, J. : "La frontera entre el concurso de Ley y el concurso ideal de delitos : el delito sui generis" (A.D.P.C.D.) Enero, Abril, 1978, págs. 70 y ss.)

- DELITALA, G. : "Diritto Penale". Vols. I y II. Milano 1976.
- DELITALA, G. : "Il fatto nella teoria generale del reato". Pádova 1930.
- DIEZ PICAZO, L. : "La interpretación de la ley". Valencia 1970.
- DIEZ PICAZO, L. : "Experiencias jurídicas y teoría del Derecho". Barcelona 1983.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. : "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal - español". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXX). 1977.
- DIEZ RIPOLLÉS, J.L. : "La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XXXII). 1979.

- DOHNA, A. GRAF ZU. : "La estructura de la teoría del delito" (Trad. C. Fontán Balestra). Buenos Aires 1958.
- DOLCINI, E. : "Note sui profili costituzionali della commisurazione della pena" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale). 1974.
- DOLCINI, E. : "Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale). 1975.
- DOLCINI, E. : "In tema di non menzione della condanna, sospensione -- condizionale della pena e -- attenuanti generiche: discrezionalità vincolata o -- graziosa indulgenza?" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale), 1975.
- DOLCINI, E. : "La commisurazione della pena". Pádova 1979.

- DOLCINI, E. : "Discrezionalità del giudice e diritto penale" (en Diritto penale in trasformazione", a cura di G. Marinucci e E. Dolcini). Milano 1985.
- DONDINA, M. : "Circostanze aggravanti comuni. Reato commesso per -- eseguirne un altro. Articolo 61, nº 2. Código Penale. Estremi. Diversa configurazione dell'articolo 366, nº 5" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, - vol. VII), 1935.
- DONNEDIEU DE VABRES, H. : "Précis de Droit Criminel". Paris 1946.
- DORADO MONTERO, P. : "Contribución al estudio - de la Historia primitiva de España (El Derecho Penal en Iberia)". Madrid 1901.
- DORADO MONTERO, P. : "El Derecho protector de los criminales". Madrid 1915.

- DREHER, E. : "La notion et le système -
des circonstances aggravan-
tes en droit allemand".
(Revue Internationale de -
Droit Pénal). 1965.
- DURIGATO, L. : "Rilievi sul reato plurio-
ffensivo". Pádova 1972.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA
ESPAÑOLA (SEIX) : voz "circunstancias". Tomo
V. Barcelona 1910.
- THE ENCYCLOPEDIA OF
PHILOSOPHY : voz "Definition", por Ra--
ziel Abelson. vol. II. New
York 1967.
- THE ENCYCLOPEDIA OF
PHILISOPHY : voz "concept", por P.L. -
Heath, vol. I. New York
1967.
- ENGLISCH, K. : "Introducción al pensamieno
to jurídico". (Trad. E. Garz
zón Valdés). Madrid 1967.

- ENGLISCH, K. : "La idea de concreción en el Derecho y en las ciencias jurídicas actuales". (trad. J.L. Gil Cremades). Pamplona 1968.
- ESCRICHE, J. : "Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia". Tomo II. Madrid 1874.
- ESPINOLA, J.C. : "Código Penal Alemán. Parte General". Trad. y notas. Buenos Aires. 1976.
- FERNÁNDEZ ALBOR, A. : "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales". (Homenaje al prof. J. Pereda.) Bilbao -- 1965.
- FERNÁNDEZ MONTES, M. : "Estructuras de responsabilidad punible". Madrid 1957
- FERRER SAMA, A. : "Comentarios al Código Penal". Tomos I y II. 1ª ed. Murcia 1946.

- FERRI, E. : "Principios de Derecho Criminal". (Trad. J.A. Rodriguez Muñoz). Madrid 1933.
- FERRINI, C. : "Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano" (Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, a cura di E. Pessina, vol. I) Milano 1905.
- FILANGIERI, C. : "La Ciencia de la Legislación" (Trad. J. Rubio, 3ª ed. Tomo VI). Madrid 1822.
- FITZGERALD, P. J. : "Criminal Law and Punishment". Oxford 1962.
- FLORIAN, E. : "Elementos de derecho procesal penal". (trad. L. Prieto Castro). Barcelona 1934.
- FLORIAN, E. : "Trattato di diritto penale (parte generale)". Tomos I y II. Milano 1934.

- FONTÁN BALESTRA, C. : "Tratado de Derecho Penal". Tomo III. Parte - General. 2ª ed. Buenos Aires. 1970.
- FROSALI, R.A. : "Sistema penale italiano". Vol. I. Torino 1958
- GALILEA, A. : "Exámen filosófico-legal de los delitos". Tomo I. Madrid 1846.
- GALLAS, W. : "La teoría del delito en su momento actual" (trad. J. Córdoba Roda). Universidad de Barcelona 1959.
- GALLEGO DÍAZ, M. : "El sistema español de - determinación legal de - la pena". (I.C.A.I.) Madrid 1985.
- GARCÍA ARÁN, M. : "Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español". Universidad de Barcelona 1982.
- GARCÍA GALLO, A. : "Manual de Historia del Derecho español". Tomos I y II. Madrid. 1964.

- GARCÍA GONZÁLEZ, J. : "Traición y alevosía en la Alta Edad Media" (Anuario de Historia del Derecho español). Madrid 1965.
- GARCÍA GOYENA, F. : "Código criminal español - según las leyes y prácticas vigentes, comentado y comparado con el Código Penal de 1822, el francés y el inglés". Tomo I. Madrid 1843.
- GARCÍA MAYNEZ, E. : "Lógica del concepto jurídico". México- Buenos Aires 1959.
- GARÓFALO, R. : "Criminología. Torino 1885
- GARRAUD, R. : "Traité théorique et pratique du Droit Pénal Française". Tome Deuxième -- Troisième édition. Paris 1914.
- GERNET, L. : "Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce". Paris 1917.

- GIBERT, R. : "Elementos formativos del Derecho en Europa. Germánico, romano, canónico". Madrid 1982.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. : "Introducción a la Parte - General del Derecho Penal español". Universidad Complutense. Madrid 1979.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. : "Estudios de Derecho Penal" 2ª ed. Madrid 1981.
- GIUDICE, P. DEL : "Diritto penale germanico - rispetto all'Italia" (Enciclopedia del Diritto Penale Italiano, a cura di E. Pessina. Vol. I). Milano 1905.
- GIULIANI, V. : "Aspetti normativi delle - attenuanti generiche" (La Scuola Positiva) 1965.
- GÓMEZ BENITEZ, J.M. : "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto de -

- : 1980 de Código Penal)" (Revista de la Facultad de la Universidad Complutense, - monográfico, nº 3) Madrid 1980.
- GÓMEZ BENITEZ, J.M. : "Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte - General". Madrid 1984.
- GÓMEZ PAVÓN, P. : "La embriaguez en el Código Penal" (Cuadernos de Política Criminal, nº 28). Madrid 1986.
- GONZÁLEZ CUELLAR, A. : "La reincidencia" (Comentarios a la legislación Penal tomo II). Madrid 1983.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. : "La circunstancia agravante de nocturnidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Cuadernos de Políticas Criminal, nº 26 y 27. Madrid 1985.
- GONZÁLEZ RUS, J.L. : "La embriaguez como causa - de exención o atenuación de la responsabilidad criminal
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCIA, A.: "La reincidencia". (Comentarios a la Legislación Penal Tomo V, vol. 2º. Madrid 1985 págs. 281 y ss.

: en el Código vigente y en el Proyecto de 1980" (Cuadernos de Política Criminal, nº 18) Madrid 1982.

GRISPIGNI, F.

: "Diritto penale italiano". Vol. II. Milano 1952.

GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.

: "El Código Penal de 1870 - concordado y comentado". 2ª ed. Tomo I. Madrid 1902

HART, H.H.

: "Punishment and Responsibility". Oxford 1968.

HASSEMER, W.

: "Fundamentos del Derecho Penal". (trad. y notas de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero). Barcelona 1984.

HATTENHAVER, H.

: "Los fundamentos histórico-ideológicos del Derecho alemán" (2ª ed. trad. Mª Izquierdo Macías-Picavea). Madrid 1981.

- HIDALGO GARCÍA, J.A. : "Interpretación usual de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal". Lugo 1902.
- HIDALGO GARCÍA, J.A. : "El Código Penal conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo". Tomo I. Madrid - 1908.
- HOHFELD, W.N. : "Conceptos jurídicos fundamentales" (trad. G.R. - Carrió) . Buenos Aires 1968
- HUERTA TOCILDO, S. : "¿ Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno". (Cuadernos de Política Criminal, nº 2). Madrid 1977.
- JARAMILLO GARCÍA, A. : "Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870". Vol. I Libro I. Salamanca 1928.

- JESCHECK, H.- H. : "Tratado de Derecho Penal".
(Trad. y adiciones S. Mir -
Puig y F. Muñoz Conde, Tomos
I y II). Barcelona 1981.
- JIMENEZ ASENJO, E. : "El elemento psicológico en
la alevosía". (Anuario de
Derecho Penal y Ciencias Pe
nales), 1954.
- JIMENEZ ASENJO, E. : "Estragos" (Nueva Enciclope
dia Jurídica, Seix. Tomo IX)
- JIMENEZ DE ASÚA, L. : "Tratado de Derecho Penal".
Tomo I 4ª ed. Buenos Aires
1964.
- JIMENEZ DE ASÚA, L. : "La ley y el delito. Princi
pios de Derecho Penal".
Quinta edición. Buenos Ai--
res 1967.
- JONES, P.A. and CARD, R : "Introduction to criminal -
law". London 1976.
- KANT, E. : "Sur l'expression courante:
Il se peut que ce soit juste
en théorie, mais en practi-
que cela ne vaut rien".

- : (Trad. L. Guillermit, quatrième édition). Paris 1980
- KANT, E. : "Introducción a la teoría - del Derecho". (Trad. F. González Vicen). Madrid 1978.
- KELSEN, H. : "Teoría general del Derecho y del Estado". (trad. E. García Maynez). México 1979.
- KELSEN, H. : "¿ Qué es la justicia? " - (trad. L. Calvera). Buenos Aires 1981.
- KELSEN, H. : "¿Qué es justicia?" (trad. A. Calsamiglia. 1ª ed.). Barcelona 1982.
- LAGET, L. et LAGET-VALDESON, J. : "Théorie du Code Pénal espagnol comparé avec la législation française". 2ª - ed. Parid 1881.
- LALINDE ABADIA, J. : "Iniciación histórica al - Derecho español". 2ª ed. Barcelona 1978.

- LAMARCA PÉREZ, C. : "La publicidad en Derecho Penal: Una aproximación - conceptual e histórica". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XXXIV), 1981
- LAMARCA PÉREZ, C. : "Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXXV), 1982.
- LANDROVE DÍAZ, G. : "Las consecuencias jurídicas del delito". Madrid , 1985.
- LARDIZABAL Y URIBE, M. DE : "Discurso sobre las penas". Madrid 1782.
- LARENZ, K. : "Metodología de la Ciencia del Derecho" (trad. M. Rodríguez Molinero, 2ª ed.). Barcelona 1980.
- LARENZ, K. : "Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica". (trad. L. Díez Picazo, 1ª ed.). Madrid 1985.

- LATAGLIATA, A. R. : "Contribución al estudio de la reincidencia" (trad. C.A. Tozzini). Buenos Aires 1963.
- LATAGLIATA, A.R. : "Circunstancias discrecionales y prescripción del delito" (trad. A. Fratarcangeli Cabo). Madrid 1973.
- LERNELL, L. : "Aggravating circumstances other than concurrent offences and recidivism" (Ninth international congress on penal law). The Hague 1964.
- LEVI, N. : "Diritto penale internazionale". Milano 1949.
- LISZT, F. VON : "Tratado de Derecho Penal" (trad. L. Jimenez de Asúa) Tomos I, II y III 3ª ed. - Madrid. 1916 y 1929.
- LISZT, F. VON : "La legislación penal comparada". Tomo I. (trad. A. Posada). Madrid-Berlin 1896
- LLOPIS Y DOMÍNGUEZ, J.M. : "Apuntes de Derecho Penal" Primera Parte. Valencia 1886

- LOMBROSO, C. : "El delito sus causas y remedios". (trad. C. Bernaldo de Quirós). Madrid 1902.
- LOMBROSO, C. : "Escritos de polémica" - (trad. A. Guerra. Madrid 1893.
- LÓPEZ-REY Y ARROJO, M.
y ALVAREZ VALDÉS, F. : "El nuevo Código Penal". Madrid 1933.
- LÓPEZ REY, M. : "Atenuantes: Naturaleza y elementos - Atenuantes análogas" (Revista de Derecho Público), 1936.
- LUCHINI, L. : "Aggravanti (cause) e attenuanti (cause)" (Il Digesto Italiano. Vol II. Parte 2ª). Torino 1893.
- LUZÓN DOMINGO, M. : "Derecho Penal del Tribunal Supremo". Tomos I y II. Parte General. Barcelona 1964.
- LUZÓN PEÑA, D.M. : "Antinomias penales y mediación de la pena" (Doctrina Penal), 1979.

- LUZÓN PEÑA, D.M. : "Mediccción de la pena y -
sustitutivos penales". Ma
drid 1979.
- MAGGIORE, G. : "Derecho Penal". Bogotá
1972.
- MALINVERNI, A. : "Per una teoria generale
della circostanze aventi
a fondamento la persona-
lità del soggetto attivo
del reato" (La Scuola Po-
sitiva), 1965.
- MANTOVANI, F. : "Diritto Penale. Parte Ge-
nerale". Pádova 1979.
- MANZINI, V. : "Trattato di Diritto pena-
le italiano", vol. II 5ª -
ed. Torino 1981.
- MAQUEDA ABREU, M.L. : "El error sobre las circuns-
tancias. Consideracione en
torno al artículo 6 bis a)
del Código Penal" (Cuader-
nos de Política Criminal, -
nº 21. Madrid 1983.

- MARAT, J.P. : "Principios de legislación penal". (trad. A.E. L.). Madrid 1891.
- MARCIANO, G. : "Delle circostanze del reato nel Progetto italiano di Codice Penale". (en "Il Progetto Rocco nel pensiero guridico contemporaneo", VIII). Roma 1930
- MARINI, G. : "Le circostanze del reato. Parte Generale". Milano - 1965.
- MARINUCCI, G., e,
DOLCINI, E. : "Diritto Penale in trasformazione". Milano 1985.
- MARSICO, A. DE : "Diritto Penale (parte generale)". Napoli 1969.
- MARTIN LOSANTOS, P. : "Prolegómenos de Derecho Penal". Palma de Mallorca 1871.
- MARTIN MANRIQUE, R. : "El artículo 10 del Código Penal español" (Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, nº 50,)1949.

- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.J. : "La minoría de edad penal" (Cuadernos de Política Criminal, nº 20) Madrid 1983.
- MARTÍNEZ PÉREZ, C. : "La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa" (Cuadernos de Política Criminal, nº 19) Madrid 1983.
- MARTÍNEZ VAL, J.M. : "El arrepentimiento espontáneo" (Revista General de Legislación y Jurisprudencia), 1957.
- MARTÍNEZ DE ZAMORA, A. : "La reincidencia". Universidad de Murcia 1971.
- MAURACH, R. : "Tratado de Derecho Penal". Tomo II (trad. J. Córdoba - Roda). Barcelona 1962.
- MELE, V. : "Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel D.L. 11 -- Aprile 1974" (La Giustizia Penale) 1975.

- MERKEL, A. : "Derecho Penal". Tomos I y II. (trad. P. Dorado). Madrid s.f.
- MERLE, R. et, VITU, A. : "Traité de Droit Criminel". Deuxième édition. Paris - 1973.
- MEZGER, E. : "Tratado de Derecho Penal". Tomo II. (trad. J. A. Rodríguez Muñoz) Madrid 1935.
- MILITELLO, V. : "Prevenzione generale e commisurazione della pena". Milano 1982.
- MIR PUIG, C. : "El sistema de penas y su medición en la reforma penal". Barcelona 1986.
- MIR PUIG, S. : "La reincidencia en el Código Penal". Barcelona 1974.
- MIR PUIG, S. : "Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito" (Doctrina Penal, nº 7) 1979.

- MIR PUIG, S. : "Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método". Barcelona -- 1982.
- MIR PUIG, S. : "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho" 2ª ed. Barcelona 1982.
- MIR PUIG, S. : "Lecciones de Derecho Penal" Barcelona 1983.
- MIR PUIG, S. : "Derecho Penal. Parte General". Barcelona 1984.
- MONTES, J. : "Derecho Penal español". - Parte General. vol. I. Madrid 1917.
- MONTES, J. : "Derecho Penal español", 2ª ed. vol. II. Parte General. San Lorenzo de El Escorial, 1929.
- MULLIERI, G. : "La recidiva nel giudizio di bilanciamento delle circostanze in senso tecnico" (Ri-

- : -vista italiana di Diritto e Procedura Penale) 1975.
- MUÑOZ CONDE, F. : "Introducción al Derecho Penal". Barcelona 1975.
- MUÑOZ CONDE, F. : "La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito". (Doctrina Penal), 1979.
- MUÑOZ CONDE, F. : "Teoría General del delito". Bogotá 1984.
- MUÑOZ CONDE, F. : "Derecho Penal. Parte Especial." 6ª ed. Sevilla 1985.
- MUSOTTO, G. : "Corso di Diritto Penale". Vol. I. Parte Generale. Palumbo 1964.
- NINO, C.S. : "Introducción al análisis del Derecho". Barcelona 1983
- NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA (SEIX) : voz "Circunstancias modificativas". Tomo IV. Barcelona 1952.

- (72)
- NUÑEZ DE CEPEDA, H. : "1870- Código Penal 1932" ,
La Coruña 1932.
- NUVOLONE, P. : "Les circonstances aggra--
vantes en droit italien".
(Revue Internationale de
Droit Pénal), 1965.
- NUVOLONE, P. : "Il sistema del Diritto -
Penale". Pádova 1975.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y
UBIETO, E. : "Sobre el concepto del De
recho Penal". Madrid 1981.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y
UBIETO, E. y, HUERTA
TOCILDO, S. : "Derecho Penal. Parte Gene
ral. Teoría jurídica de de
lito (1ª)". Madrid 1983.
- OLESA MUÑIDO, F.F. : "La cuadrilla como unidad
delincuente en el vigente/
Código Penal español" (anua
rio de Derecho Penal y Cien
cias Penals). 1957.
- ORLANDIS, J. : "Sobre el concepto del de
lito en el Derecho de la -
alta Edad Media (Anuario de
Historia del Derecho espa
ñol, Tomo XVI). Madrid --
1945.

- .ORLANDIS, J. : "Las consecuencias del delito en el Derecho de la Alta Edad Media". - (Anuario de Historia del Derecho español, Tomo - XVIII). Madrid. 1947.
- ORTOLAN, J. : "Elements de Droit Pénal". Quatriéme édition. Tome - Deuxiéme. Paris 1875.
- ORTS BERENGUER, E. : "La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas" (Comentarios a la Legislación - Penal, Tomo V, vol. 2º. - Madrid, 1985 págs. 271 y ss.
- ORTS BERENGUER, E. : "La atenuante de estado - pasional" (Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V, vol. 2º. Madrid 1985 págs. 275 y ss.
- ORTS BERENGUER, E.: : "Agravante de desprecio y morada" (Comentarios a la Legislación Penal, Tomo V vol, 2º. Madrid 1985, pág. 305 y ss.

- ORTS BERENGUER, E. : "La atenuante de análoga significación" (Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia) 1978.
- ORTS BERENGUER, E. : "Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980" (Cuaderno de Política criminal, nº 14) Madrid 1981.
- PACHECO, J.F. : "Código Penal concordado y comentado". 4ª ed. Tomo I. Madrid 1870.
- PACHECO, J.F. : "Apéndice a los comentarios del Código Penal, o sea, el nuevo Código Penal" (comentado por J. González Serrano). Madrid 1870.
- PAGLIARO, A. : Principi di Diritto penale (parte generale) Milano -- 1972.

- PALAZZO, D. : "Circostanze del reato. - Attenuanti comuni. Riparazione del danno. Natura - dell'attenuante. Fattispecie (C.P. art. 62, n° 6)". (La Giustizia Penale), 1972
- PANNAIN, R. : "Manuale di diritto penale (parte generale)". Vol. I 3ª ed. Torino 1962.
- PAOLI, G. : "Le circostanze di reato - nel Progetto definitivo di Codice Penale" (en "Il Progetto Rocco nel pensiero - giuridico contemporaneo, - VIII) Roma 1930.
- PAOLI, G. : "Le singole aggravanti comuni dell'articolo 61 Codice Penale" (Rivista Penale) 1939.
- PAOLI, G. : "Le singole attenuanti comuni dell'articolo 62 Codice penale" (Rivista Penale) 1939.

- PATTARO, E. : "Elementos para una teoría del Derecho". (trad. I. Ara Pinilla). Madrid, 1986.
- PEDRAZZI, C. : "L'aggravante della connessione nella luce dell'oggettività giuridica". (Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale), 1956
- PESSINA, E. : "Elementos de derecho Penal" (vol I. trad. H. González del Castillo). Madrid 1892.
- PESSINA, E. : "Enciclopedia del Diritto Penale italiano". Vols.IV y V. Milano 1904.
- PETROCELLI, B. : "Pene, misure di sicurezza ed esame della personalità" (Saggi di Diritto Penale). Padova 1952.
- PETROCELLI, B. : "Delito y punibilidad" (Homenaje a L. Jimenez de Asúa) Buenos Aires 1964.

- PETROCELLI, B. : "Principi di Diritto Penale". Vol. I. 2ª ed. Napoli 1964.
- PETROCELLI, B. : "Riesame degli elementi del reato". (studi in onore di F. Antolisei, vol III,). - Milano 1965.
- PFANDER, A. : "Lógica" (trad. J. Pérez - Bances. Revista de Occidente.). Madrid 1933.
- PISAPIA, G.D. : "Reflexiones sobre la reincidencia" (Homenaje L. Jiménez de Asúa). Buenos Aires, 1964.
- POLAINO NAVARRETE, M. : "Derecho Penal. Parte General" (I). Barcelona. 1984.
- POPPER, K.P. : "La lógica de la investigación científica" (trad. V. Sánchez de Zavala). Madrid 1971.
- PUIG PEÑA, F. : "Alevosía" (Nueva Enciclopedia Jurídica. Seix. Tomo II). Barcelona 1952.
- PUIG PEÑA, F. : "Derecho Penal. Parte General. Tomos I y II. Sexta edición. Madrid 1969.

- QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "Compendio de Derecho Penal". Vol. I. Madrid 1958.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "Curso de Derecho Penal". Tomo I. Madrid 1963.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "Comentarios al Código Penal". 2ª ed. Madrid 1966.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. : "La influencia del Derecho Penal español en las legislaciones Hispanoamericanas". Madrid 1953.
- QUINTERO OLIVARES, G. : "Determinación de la pena y política criminal" (Cuadernos de Política Criminal nº 4). Madrid 1978.
- QUINTERO OLIVARES, G. y, MUÑOZ CONDE, F. : "La reforma penal de 1983". Barcelona 1983.
- QUINTERO OLIVARES, G. : "Derecho Penal. Parte General". Barcelona 1986.
- RADBRUCH, G. : "El espíritu del Derecho inglés". (trad. F. Vela). Madrid 1958.

- RAGNO, G. : "Premeditazione e vizio parziale di mente". Milano 1960
- RAMIRO RUEDA, R. : "Elementos de Derecho Penal" Santiago 1886.
- RANIERI, S. : "Seritti e discorsi varii". Vol. I. Milano 1968.
- RANIERI, S. : "Manuale di Diritti Penale (parte generale)". Tomo I. Padova 1968.
- RANIERI, S. : "Colpovolezza e personalità del reo". Milano 1933.
- RAWLS, J. : "Teoría de la justicia" -- (trad. M.D. González). México 1978.
- RAWLS, J. : "Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia" (trad. M.A. Roldilla). Madrid 1986.
- RIAZA, R. y,
GARCIA GALLO, A. : "Manual de Historia del Derecho español". Madrid 1934

- RODRIGUEZ DEVESA, J. M. : "Derecho Penal español. Parte especial". Madrid 1983.
- RODRIGUEZ DEVESA, J.M. : "Derecho Penal español. Parte general". 9ª edición. Madrid 1985.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "La atenuante de preterintencionalidad" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXII), 1970.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Naturaleza de los conceptos jurídicos y límites de la individualización penal" (III Jornadas de profesores de Derecho Penal). Santiago de Compostela 1976.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. : "Derecho Penal. Parte General". Madrid 1977.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. : "Compendio de Derecho Penal (Parte General)". 2ª ed. Madrid 1985.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. : "Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)". Madrid - 1985.

- ROSAL, J. DEL : "Principios de Derecho Pe
nal español". Tomos I. Va
lladolid 1945.
- ROSAL, J. DEL : "Comentarios a la doctri-
na penal del Tribunal Su-
premo" (Publicaciones de
los Seminarios de la Facu-
lad de Derechom nº 8).
Valladolid 1952.
- ROSAL, J. DEL : "Derecho Penal español" 3ª
ed. Madrid 1960.
- ROSAL, J. DEL; COBO DEL
ROSAL, M.; RODRIGUEZ - : "Código Penal con jurisprud
MOURULLO, G.; CASTRO, B.F. dencia, concordancias y co
mentarios". Madrid 1964.
- ROSAL, J. DEL : "Tratado de Derecho Penal.
Parte General". Vol. II.
Madrid 1972.
- ROSS, A. : "Sobre el Derecho y la jus-
ticia". (trad. G.R. Carrió).
Buenos Aires. 1963.
- ROSSI, M.P. : "Traité de Droit Pénal". To
me Troisième. Paris-Ginebra
1829.

- ROXIN, C. : "Política criminal y sistema del Derecho Penal". (trad. F. Muñoz Conde). Barcelona 1972.
- ROXIN, C. : "Problemas básicos del Derecho Penal" (trad. D.M. Luzón Peña). Madrid 1976.
- ROXIN, C. : "Prevención y determinación de la pena" (Cuadernos de Política Criminal, nº 9) Madrid 1979.
- ROXIN, C. : "Culpabilidad y prevención en Derecho Penal". (trad. F. Muñoz Conde). Madrid -- 1981.
- ROXIN, C. : "Iniciación al Derecho de hoy" (trad. F. Muñoz Conde y D. M. Luzón Peña. Sevilla 1981.
- RUIZ ANTÓN, L. F. : "Los robos con fuerza en -- las cosas: Nuevos módulos -- para determinar la pena". (Comentarios a la legisla-- ción Penal. Tomo V, vol. II) Madrid 1985.

- RUIZ VADILLO, E. : "La atenuante por analogía en el Código Penal - español según la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Información Jurídica nº 310) 1971.
- SABATINI, G. : "Appunti sulle circostanze del reato e sul loro concorso" (Studi in memoria di A. Rocco.) Milano 1952.
- SAINZ CANTERO, J.A. : "Derecho Penal" (U.N.E.D.) Madrid 1974.
- SAINZ CANTERO, J.A. : "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". Tomos I, II y III. Barcelona.1985
- SALEILLES, R. : "La individualización de la pena" 2ª ed. (trad. J. de Hinojosa). Madrid 1914.
- SANTAMARIA DE PAREDES, V. : "Principios del Derecho Penal con aplicación al Código español" 2ª ed. Madrid 1872.

- SANTORO, A. : "Le circostanze del reato".
Seconda edizione. Tomo 1952
- SANTORO, A. : "Circostanze del reato" (No-
vissimo Digesto Italiano, -
vol, III, 3ª ed.) Torino --
1957.
- SANTORO, A. : "Manuale di Diritto Penale"
Tomo I. Torino 1958.
- SAVER, G. : "Derecho Penal (parte gene-
ral)" (trad. J. del Rosal y
J. Cerezo). Barcelona 1956.
- SCHAFFSTEIN, F. : "La Ciencia europea del De-
recho Penal en la época del
humanismo" (trad. J.M. Ro--
driguez Devesa). Madrid 1957
- SCHIAPPOLI, D. : "Diritto penale canónico"
(Enciclopedia del Diritto
Penale Italiano, a cura de
E. Pessina, vol.I). Milano
1905.
- SCHMIDHAUSER, E. : "Sobre la sistemática de la
teoría del delito. Un tema
fundamental de Radbruch ---

desde el punto de vista de la nueva dogmática penal". (Nuevo Pensamiento Penal), 1975.

- SCHUERMANS, G. : "Les principales circonstances aggravantes retenues en droit pénal belge" (Revue - Internationale de Droit Pénal), 1965.
- SEIJAS LOZANO, M. DE : "Teoría de las instituciones jurídicas". Tomo II. Madrid 1842.
- SERRANO GÓMEZ, A. : "La reincidencia en el Código Penal". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo XXIX), 1976.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. : "Preterintencionalidad y -- otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales), 1985.

- SILVELA, L. : "Derecho Penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España". Primera y Segunda Parte. Madrid 1879.
- SMITH, J.C.and, HOGAN B. : "Criminal Law". Second -- edition. London 1969.
- SOLA DUEÑAS, A. DE : "Lo subjetivo y lo objetivo en la circunstancia atenuante de arrepentimiento" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo - XXIV), 1971.
- STEFANI, G. et.
LEVASSEUR, G. : "Droit Pénal général et -- procédure pénale". Tome I. Droit Pénal général. Sixiéme edition. Paris 1972.
- STRATENWERTH, G. : "El futuro del principio - jurídico penal de culpabilidad" (trad. E. Bacigalupo y A. Zugaldia). Madrid 1980.

- STRATENWERTH, G. : "Derecho Penal. Parte General. I. El hecho Punible" Madrid 1982.
- SUAREZ MONTES, R. F. : "La preterintencionalidad en el Proyecto de Código Penal de 1980". (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). 1981.
- TISSOT, J. : "El Derecho Penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo" (trad. J. Ortega Garcia, y notas A. Garcia Moreno, Tomo I). Madrid 1880.
- THERESA BERLIN
- STUCHINER, LL. B. : "Delitos y penas en los EE.UU.". (trad. F. Díaz Palos). Barcelona. 1959.
- TOMÁS y VALIENTE, F. : "El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)". Madrid - 1969.

- TOMÁS y VALIENTE, F. : "Manual de Historia del Derecho español". Madrid 1979.
- TRASIMENI, R. : "Le circostanze attenuanti - generiche". (Il foro Penale) 1950.
- VALDÉS RUBIO, J. : "Programa razonado de un curso de Derecho según los principios y la legislación". Madrid 1889.
- VASSALLI, G. : "Concorso circostanze eterogenee e reati aggravanti -- dell'evento" (Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale). 1975.
- VERO, G. DE : "Circostanze del reato e -- commisurazione della pena". Milano 1983.
- VIADA Y LÓPEZ
PUIGCERVER, C. : "Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo". Madrid 1961.
- VIADA Y VILASECA, S. : "Código Penal reformado de 1870". 4ª ed. Madrid 1904.

- VICENTE Y CARAVANTES, J. : "Código Penal reformado, comentado novísimamente". Madrid 1851.
- VIDAL, G. : "Cours de Droit Criminel et de Science pénitentiaire". Cinquième édition. Paris 1916.
- VIEHWEG, T. : "Tópica y jurisprudencia" (trad. L. Díez Picazo). Madrid 1986.
- VIVES ANTÓN, T.S. : "Sobre la graduación de la pena: Tentativa y --reincidencia múltiple" - (Revista Jurídica de Cataluña, nº 1). 1974.
- VIVES ANTÓN, T.S. : "Métodos de determinación de la peligrosidad" (en - "Peligrosidad y Medidas de Seguridad. Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia), 1974.

- VIVES ANTÓN, T.S. : "La determinación de la pena en la imprudencia - punible" (Cuadernos de - Política Criminal, nº 3). Madrid 1977.
- VIVES ANTÓN, T.S. : "Estado de Derecho y Derecho Penal". (Comentarios a la legislación Penal. Tomo I). Madrid 1982
- VIZMANOS, T.M. DE, y, ALVAREZ MARTINEZ, C. : "Comentarios al Código Penal". Tomo I. Madrid - 1848.
- VOVIN, R., et, LÉAUTÉ, J. : "Droit Pénal et Criminologie". Paris 1956.
- WELZEL, H. : "Derecho Penal (parte general)". (trad. C. Fontán Balestra). Buenos Aires - 1956.
- WELZEL, H. : "Derecho Penal alemán (parte general" (trad. J. Bustos Ramirez y S. Yáñez Pérez) 2ª ed. Santiago de -- Chile 1976.

- WURTENBERGER, T. : "La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania". Milano 1965.
- ZAPATER FERRER, J. : "La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (Colección de Estudios del Departamento de Derecho Penal y del Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, - serie minor, nº 2). 1980.
- ZUGALDIA ESPINAR, J.M. : "La prevención general en la individualización judicial de la pena" (Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales). 1981.

2.- JURISPRUDENCIA CONSULTADA

A continuación exponemos la totalidad de la jurisprudencia utilizada para la elaboración del presente trabajo. No obstante hemos de formular una serie de advertencias:

a).- El presente elenco jurisprudencial no es exhaustivo. Con ello queremos significar que no se ha trabajado con todas las sentencias dictadas en casación por el Tribunal Supremo que de una manera u otra afectaran a las circunstancias, pues ello sería tanto como reproducir la casi totalidad de las sentencias penales. La relación que a continuación se ofrece se ha realizado con carácter selectivo, recogiendo las más significativas de ellas. El criterio empleado para determinar su importancia, ha consistido en la mayor o menor relación con las cuestiones centrales planteadas para la elaboración de la teoría general de las circunstancias modificativas.

b).- De igual manera debe señalarse que la presente exposición jurisprudencial no ha sido ordenada únicamente en base a un orden cronológico, sino que fundamentalmente se ha atendido a sistematizarla en torno a una serie de criterios, que corresponden a su vez a las principales líneas de investigación desarrolladas en este trabajo. La adopción de esta fórmula responde al convencimiento de la mayor utilidad para su consulta.

c).- Los criterios de sistematización con los que se ha ordenado la jurisprudencia son los siguientes:

- 1.- Abuso de confianza.
- 2.- Abuso de superioridad.
- 3.- Alevosía.
- 4.- Análogas.
- 5.- Arbitrio judicial.
- 6.- Arrebato u obcecación.
- 7.- Arrepentimiento espontáneo.
- 8.- Astucia, fraude o disfraz.
- 9.- Auxilio de gente armada.
- 10.- Calamidad o desgracia (con ocasión de)
- 11.- Carácter público del culpable.
- 12.- Clases de circunstancias.
- 13.- Compatibilidad.
- 14.- Comunicabilidad.
- 15.- Concepto.
- 16.- Conexión (antijuricidad, culpabilidad, pena, etc.).
- 17.- Cuadrilla.
- 18.- Despoblado.
- 19.- Desprecio.
- 20.- Embriaguez.
- 21.- Ensañamiento.
- 22.- Evolución histórica.
- 23.- Estructura interna.
- 24.- Eximentes incompletas.
- 25.- Función.

- 26.- Fundamento.
- 27.- Grandes estragos (por medio de)
- 28.- Imprenta, publicidad.
- 29.- Incompatibilidad.
- 30.- Lugar sagrado.
- 31.- Minoría de edad.
- 32.- Morada del ofendido.
- 33.- Motivos morales, patrióticos o altruistas.
- 34.- Naturaleza jurídica.
- 35.- Nocturnidad.
- 36.- Otras circunstancias históricas.
- 37.- Parentesco.
- 38.- Precio, recompensa o promesa.
- 39.- Premeditación.
- 40.- Preterintencionalidad.
- 41.- Provocación o amenaza.
- 42.- Reincidencia, reiteración.
- 43.- Vindicación ofensa grave.

d).- Debe advertirse igualmente, que dichos criterios de sistematización no operan de una forma absoluta y excluyente, en el sentido de que la inclusión de una sentencia en cualquiera de ellos, no impide que a su vez, esté también comprendida en otro u otros criterios. Pues obviamente, en una misma sentencia se pueden abordar distintos planos de la temática con la suficiente significación como para hacerla acreedora de figurar en diversos apartados a la vez.

c).- Las sentencias aquí enumeradas vienen referidas y clasificadas respecto a la "Colección de Jurisprudencia Criminal", excepto las que proceden del "Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi". Para la primera colección se empleará la abreviatura J.C., y para la segunda R.A.

ABUSO DE CONFIANZA

Sentencia de 22 Febrero 1890 (122) J.C.
" " 25 Junio 1890 (389) J.C.
" " 6 Julio 1894 (13) J.C.
" " 31 Marzo 1903 (105) J.C.
" " 19 Diciembre 1953 (3300) R.A.
" " 15 Enero 1955 (171) R.A.
" " 18 Octubre 1955 (2670) R.A.
" " 21 Marzo 1978 (1047) R.A.
" " 19 Mayo 1978 (1974) R.A.
" " 26 Junio 1978 (2653) R.A.
" " 6 Febrero 1979 (369) R.A.
" " 8 Febrero 1979 (415) R.A.
" " 14 Mayo 1979 (2016) R.A.
" " 6 Junio 1979 (2333) R.A.
" " 16 Octubre 1979 (3732) R.A.
" " 13 Diciembre 1979 (4532) R.A.
" " 25 Marzo 1980 (1184) R.A.
" " 17 Junio 1980 (2635) R.A.
" " 18 Junio 1980 (2636) R.A.
" " 24 Junio 1980 (2648) R.A.
" " 25 Noviembre 1980 (4555) R.A.
" " 3 Febrero 1981 (476) R.A.
" " 23 Febrero 1981 (772) R.A.
" " 1 Julio 1981 (3128) R.A.
" " 9 Octubre 1981 (3622) R.A.
" " 20 Octubre 1981 (3857) R.A.
" " 26 Noviembre 1981 (4444) R.A.

Sentencia de 18 Octubre 1982 (5648) R.A.
" " 20 Octubre 1982 (5662) R.A.
" " 2 Julio 1983 (4018) R.A.
" " 16 Junio 1984 (3583) R.A.

ABUSO DE SUPERIORIDAD

Sentencia de 14 Enero 1873 (1478) J.C.
" " 9 Mayo 1893 (181) J.C.
" " 11 Julio 1893 (31) J.C.
" " 18 Diciembre 1894 (251) J.C.
" " 16 Noviembre 1895 (123) J.C.
" " 6 Febrero 1936 (269) R.A.
" " 20 Marzo 1975 (1449) R.A.
" " 17 Enero 1977 (22) R.A.
" " 13 Febrero 1978 (423) R.A.
" " 13 Abril 1978 (1332) R.A.
" " 16 Junio 1978 (2639) R.A.
" " 11 Octubre 1978 (3223) R.A.
" " 23 Octubre 1978 (3293) R.A.
" " 6 Octubre 1979 (3486) R.A.
" " 28 Enero 1980 (252) R.A.
" " 1 Marzo 1980 (913) R.A.
" " 8 Noviembre 1980 (4464) R.A.
" " 23 Diciembre 1980 (5047) R.A.
" " 19 Mayo 1981 (2241) R.A.
" " 8 Junio 1981 (2624) R.A.
" " 30 Noviembre 1981 (4458) R.A.
" " 25 Enero 1982 (139) R.A.

Sentencia de 15 Octubre 1982 (5640) R.A.
 " " 2 Diciembre 1982 (7364) R.A.
 " " 10 Febrero 1983 (748) R.A.
 " " 20 Mayo 1983 (2741) R.A.
 " " 17 Noviembre 1983 (5504) R.A.
 " " 31 Enero 1984 (441) R.A.
 " " 14 Abril 1984 (2362) R.A.
 " " 9 Junio 1984 (3537) R.A.
 " " 16 Octubre 1984 (4846) R.A.
 " " 18 Diciembre 1984 (6575) R.A.
 " " 16 Enero 1985 (310) R.A.
 " " 25 Enero 1985 (355) R.A.
 " " 30 Mayo 1985 (2562) R.A.
 " " 5 Noviembre 1985 (5377) R.A.
 " " 22 Noviembre 1985 (5462) R.A.
 " " 21 Enero 1986 (173) R.A.
 " " 10 Febrero 1986 (584) R.A.
 " " 7 Marzo 1986 (1409) R.A.

ALEVOSÍA

Sentencia de 7 Octubre 1871 (522) J.C.
 " " 5 Julio 1872 (1141) J.C.
 " " 1 Febrero 1887 (82) J.C.
 " " 12 Abril 1889 (306) J.C.
 " " 6 Marzo 1890 (151) J.C.
 " " 14 Junio 1892 (298) J.C.
 " " 8 Julio 1893 (20) J.C.
 " " 10 Julio 1893 (26) J.C.

Sentencia de 11 Julio 1893 (30) J.C.
" " 10 Noviembre 1894 (164) J.C.
" " 14 Noviembre 1894 (176) J.C.
" " 26 Agosto 1899 (431) J.C.
" " 26 Junio 1935 (1408) R.A.
" " 13 Abril 1954 (1130) R.A.
" " 27 Diciembre 1954 (2991) R.A.
" " 30 Junio 1958 (2448) R.A.
" " 14 Diciembre 1959 (4276) R.A.
" " 7 Junio 1960 (2523) R.A.
" " 22 Noviembre 1968 (5052) R.A.
" " 19 Enero 1971 (199) R. A.
" " 10 Mayo 1971 (2231) R. A.
" " 4 Noviembre 1971 (4467) R.A.
" " 28 Febrero 1972 (903) R.A.
" " 3 Abril 1972 (1521) R.A.
" " 19 Abril 1972 (1707) R.A.
" " 2 Marzo 1973 (943) R.A.
" " 29 Octubre 1973 (3590) R.A.
" " 30 Marzo 1974 (1487) R.A.
" " 26 Abril 1974 (1945) R.A.
" " 24 Enero 1975 (201) R.A.
" " 20 Marzo 1975 (1149) R.A.
" " 30 Enero 1976 (243) R.A.
" " 10 Abril 1976 (1592) R.A.
" " 6 Julio 1976 (3287) R.A.
" " 5 Marzo 1977 (947) R.A.
" " 30 Marzo 1977 (1325) R.A.
" " 3 Febrero 1978 (331) R.A.

Sentencia de 18 Marzo 1978 (1043) R.A.
" " 7 Abril 1978 (1295) R.A.
" " 13 Abril 1978 (1332) R.A.
" " 4 Mayo 1978 (1892) R.A.
" " 6 Mayo 1978 (1899) R.A.
" " 22 Junio 1978 (2617) R.A.
" " 23 Octubre 1978 (3293) R.A.
" " 30 Octubre 1978 (3358) R.A.
" " 21 Febrero 1979 (715) R.A.
" " 10 Marzo 1979 (1111) R.A.
" " 4 Abril 1979 (1609) R.A.
" " 30 Abril 1979 (1735) R.A.
" " 6 Junio 1979 (2334) R.A.
" " 10 Octubre 1979 (3572) R.A.
" " 15 Octubre 1979 (3672) R.A.
" " 6 Noviembre 1979 (3537) R.A.
" " 28 Enero 1980 (252) R.A.
" " 1 Marzo 1980 (913) R.A.
" " 5 Marzo 1980 (944) R.A.
" " 21 Abril 1980 (1459) R.A.
" " 30 Abril 1980 (1511) R.A.
" " 12 Mayo 1980 (1909) R.A.
" " 5 Julio 1980 (3131) R.A.
" " 6 Octubre 1980 (3664) R.A.
" " 5 Noviembre 1980 (4425) R.A.
" " 30 Diciembre 1980 (5073) R.A.
" " 5 Febrero 1981 (480) R.A.
" " 12 Febrero 1981 (545) R.A.
" " 27 Marzo 1981 (1228) R.A.

Sentencia de 8 Mayo 1981 (2958) R.A.
" " 8 Mayo 1981 (2159) R.A.
" " 16 Junio 1981 (2747) R.A.
" " 26 Junio 1981 (2799) R.A.
" " 11 Julio 1981 (3219) R.A.
" " 16 Octubre 1981 (3663) R.A.
" " 5 Noviembre 1981 (4296) R.A.
" " 12 Marzo 1982 (2005) R.A.
" " 3 Mayo 1982 (2622) R.A.
" " 24 Mayo 1982 (2707) R.A.
" " 31 Mayo 1982 (2739) R.A.
" " 6 Julio 1982 (4481) R.A.
" " 7 Julio 1982 (4490) R.A.
" " 11 Noviembre 1982 (7079) R.A.
" " 23 Noviembre 1982 (7183) R.A.
" " 10 Febrero 1983 (748) R.A.
" " 5 Mayo 1983 (2644) R.A.
" " 16 Mayo 1983 (2710) R.A.
" " 1 Junio 1983 (3076) R.A.
" " 8 Junio 1983 (3099) R.A.
" " 4 Julio 1983 (4020) R.A.
" " 2 Noviembre 1983 (5444) R.A.
" " 19 Diciembre 1983 (6582) R.A.
" " 20 Diciembre 1983 (6704) R. A.
" " 13 Marzo 1984 (1815) R.A.
" " 21 Marzo 1984 (2292) R.A.
" " 7 Abril 1984 (2332) R.A.
" " 10 Mayo 1984 (2596) R.A.
" " 28 Mayo 1984 (2693) R.A.

Sentencia de 19 Junio 1984 (3593) R.A.
" " 25 Junio 1984 (3680) R.A.
" " 16 Octubre 1984 (4846) R.A.
" " 23 Octubre 1984 (5060) R.A.
" " 27 Noviembre 1984 (6002) R.A.
" " 13 Diciembre 1984 (6278) R.A.
" " 25 Enero 1985 (355) R.A.
" " 31 Enero 1985 (383)R.A.
" " 16 Marzo 1985 (1659) R.A.
" " 25 Abril 1985 (2134) R.A.
" " 16 Mayo 1985 (2499) R.A.
" " 23 Mayo 1985 (2526) R.A.
" " 7 Junio 1985 (2974) R.A.
" " 13 Junio 1985 (3005) R.A.
" " 28 Septiembre 1985 (4578) R.A.
" " 5 Octubre 1985 (4622) R.A.
" " 11 Octubre 1985 (4972) R.A.
" " 16 Octubre 1985 (4996) R.A.
" " 17 Octubre 1985 (4998) R.A.
" " 21 Octubre 1985 (5035) R.A.
" " 19 Noviembre 1985 (5429) R.A.
" " 20 Noviembre 1985 (5434) R.A.
" " 2 Diciembre 1985 (5972) R.A.
" " 10 Diciembre 1985 (6015) R.A.
" " 23 Diciembre 1985 (6452) R.A.
" " 31 Enero 1986 (210) R.A.
" " 3 Marzo 1986 (1106) R.A.

ANALOGAS

Sentencia de 26 Diciembre 1870 (61) J.C.
 " " 14 Febrero 1871 (146) J.C.
 " " 19 Enero 1872 (762) J.C.
 " " 4 Noviembre 1872 (1330) J.C.
 " " 13 Enero 1873 (1473) J.C.
 " " 14 Enero 1873 (1475) J.C.
 " " 3 Mayo 1873 (1693) J.C.
 " " 22 Abril 1874 (2181) J.C.
 " " 6 Octubre 1874 (2415) J.C.
 " " 5 Enero 1876 (3099) J.C.
 " " 28 Enero 1876 (3154) J.C.
 " " 10 Mayo 1879 (5013) J.C.
 " " 9 Julio 1879 (5113) J.C.
 " " 17 Diciembre 1880 (5755) J.C.
 " " 10 Octubre 1881 (6163) J.C.
 " " 18 Enero 1887 (54) J.C.
 " " 8 Marzo 1889 (205) J.C.
 " " 2 Diciembre 1889 (343) J.C.
 " " 23 Diciembre 1891 (267) J.C.
 " " 20 Mayo 1893 (206) J.C.
 " " 28 Julio 1893 (42) J.C.
 " " 25 Enero 1900 (44) J.C.
 " " 31 Marzo 1903 (105) J.C.
 " " 11 Noviembre 1935 (2095) R.A.
 " " 16 Junio 1966 (3119) R.A.
 " " 22 Noviembre 1968 (5052) R.A.
 " " 16 Noviembre 1970 (4663) R.A.

Sentencia de 19 Abril 1972 (1742) R.A.
" " 4 Mayo 1972 (2030) R.A.
" " 9 Junio 1975 (2847) R.A.
" " 17 Octubre 1975 (3643) R.A.
" " 4 Marzo 1977 (939) R.A.
" " 4 Marzo 1977 (943) R.A.
" " 6 Junio 1978 (2310) R.A.
" " 25 Octubre 1978 (3313) R.A.
" " 4 Noviembre 1978 (3375) R.A.
" " 21 Noviembre 1978 (3732) R.A.
" " 25 Noviembre 1978 (4116) R.A.
" " 24 Enero 1979 (168) R.A.
" " 8 Febrero 1979 (414) R.A.
" " 26 Febrero 1979 (737) R.A.
" " 14 Diciembre 1979 (589) R.A.
" " 11 Febrero 1980 (466) R.A.
" " 20 Marzo 1980 (1168) R.A.
" " 18 Abril 1980 (1537) R.A.
" " 12 Mayo 1980 (1910) R.A.
" " 14 Julio 1980 (3152) R.A.
" " 12 Febrero 1981 (543) R.A.
" " 11 Marzo 1981 (1108) R.A.
" " 24 Noviembre 1981 (4545) R.A.
" " 10 Marzo 1982 (1601) R.A.
" " 25 Mayo 1982 (2715) R.A.
" " 14 Julio 1982 (4664) R.A.
" " 22 Noviembre 1982 (7175) R.A.
" " 18 Febrero 1983 (1700) R.A.
" " 12 Mayo 1983 (2701) R.A.

Sentencia de 16 Mayo 1983 (2710) R.A.
" " 26 Mayo 1983 (2786) R.A.
" " 7 Junio 1983 (3088) R.A.
" " 13 Junio 1983 (3126) R.A.
" " 15 Octubre 1983 (4748) R.A.
" " 2 Enero 1984 (nº 1) R.A.
" " 18 Enero 1984 (nº 32) R.A.
" " 10 Octubre 1984 (4825) R.A.
" " 24 Octubre 1984 (5063) R.A.
" " 15 Noviembre 1984 (5494) R.A.
" " 16 Noviembre 1984 (5496) R.A.
" " 28 Noviembre 1984 (6006) R.A.
" " 27 Marzo 1985 (2035) R.A.
" " 23 Abril 1985 (2125) R.A.
" " 26 Junio 1985 (3066) R.A.
" " 4 Noviembre 1985 (5375) R.A.
" " 25 Noviembre 1985 (5475) R.A.
" " 15 Enero 1986 (131) R.A.
" " 23 Enero 1986 (173) R.A.
" " 29 Marzo 1986 (1709) R.A.
" " 30 Abril 1986 (2124) R.A.

ARBITRIO JUDICIAL

Sentencia de 16 Enero 1985 (309) R.A.
" " 28 Enero 1985 (365) R.A.
" " 28 Enero 1985 (366) R.A.
" " 2 Abril 1985 (2061) R.A.
" " 25 Abril 1985 (2134) R.A.

Sentencia de 8 Mayo 1985 (2449) R.A.
 " " 29 Junio 1985 (3090) R.A.
 " " 2 Diciembre 1985 (5972) R.A.
 " " 14 Enero 1986 (127) R.A.
 " " 20 Marzo 1986 (1670) R.A.
 " " 5 Abril 1986 (1939) R.A.
 " " 8 Abril 1986 (1944) R.A.

ARREBATO U OBCECACION

Sentencia de 19 Junio 1872 (1096) J.C.
 " " 7 Junio 1873 (1745) J.C.
 " " 22 Abril 1874 (2182) J.C.
 " " 20 Noviembre 1883 (7412) J.C.
 " " 19 Diciembre 1883 (7525) J.C.
 " " 24 Marzo 1885 (8795) J.C.
 " " 20 Agosto 1885 (218) J.C.
 " " 30 Octubre 1894 (141) J.C.
 " " 20 Noviembre 1894 (189) J.C.
 " " 22 Noviembre 1894 (201) J.C.
 " " 5 Diciembre 1894 (222) J.C.
 " " 7 Diciembre 1894 (227) J.C.
 " " 12 Diciembre 1894 (235) J.C.
 " " 14 Diciembre 1894 (245) J.C.
 " " 22 Marzo 1905 (164) J.C.
 " " 24 Mayo 1905 (285) J.C.
 " " 26 Junio 1935 (1408) R.A.
 " " 21 Noviembre 1941 (1815) R.A.
 " " 19 Diciembre 1941 (1875) R.A.

Sentencia de 3 Octubre 1947 (1129) R.A.
" " 13 Abril 1954 (1130) R.A.
" " 27 Diciembre 1954 (2991) R.A.
" " 14 Febrero 1957 (574) R.A.
" " 14 Diciembre 1959 (4276) R.A.
" " 7 Junio 1960 (2523) R.A.
" " 15 Marzo 1963 (1135) R.A.
" " 22 Octubre 1963 (4166) R.A.
" " 28 Febrero 1972 (903) R.A.
" " 3 Abril 1972 (1521) R.A.
" " 24 Enero 1974 (272) R.A.
" " 24 Enero 1975 (201) R.A.
" " 10 Diciembre 1975 (4773) R.A.
" " 20 Enero 1977 (50) R.A.
" " 21 Febrero 1977 (601) R.A.
" " 1 Marzo 1977 (843) R.A.
" " 5 Marzo 1977 (947) R.A.
" " 27 Enero 1978 (107) R.A.
" " 18 Marzo 1978 (1043) R.A.
" " 6 Abril 1978 (1293) R.A.
" " 4 Mayo 1978 (1892) R.A.
" " 16 Junio 1978 (2638) R.A.
" " 4 Julio 1978 (2791) R.A.
" " 11 Noviembre 1978 (3436) R.A.
" " 16 Noviembre 1978 (3672) R.A.
" " 15 Diciembre 1978 (4159) R.A.
" " 15 Diciembre 1978 (4161) R.A.
" " 29 Enero 1979 (266) R.A.
" " 21 Febrero 1979 (715) R.A.

Sentencia de 10 Marzo 1979 (1111) R.A.
" " 3 Mayo 1979 (1757) R.A.
" " 18 Mayo 1979 (2093) R.A.
" " 6 Junio 1979 (2334) R.A.
" " 6 Junio 1979 (2337) R.A.
" " 21 Septiembre 1979 (3128) R.A.
" " 6 Noviembre 1979 (3837) R.A.
" " 3 Diciembre 1979 (4534) R.A.
" " 4 Febrero 1980 (434) R.A.
" " 25 Febrero 1980 (503) R.A.
" " 31 Marzo 1980 (1207) R.A.
" " 31 Marzo 1980 (1208) R.A.
" " 21 Abril 1980 (1459) R.A.
" " 5 Noviembre 1980 (4425) R.A.
" " 10 Noviembre 1980 (4471) R.A.
" " 17 Diciembre 1980 (4944) R.A.
" " 23 Febrero 1981 (773) R.A.
" " 5 Marzo 1981 (1080) R.A.
" " 8 Julio 1981 (3201) R.A.
" " 23 Septiembre 1981 (3387) R.A.
" " 22 Octubre 1981 (3867) R.A.
" " 24 Noviembre 1981 (4545) R.A.
" " 28 Enero 1982 (155) R.A.
" " 10 Febrero 1982 (644) R.A.
" " 24 Abril 1982 (2276) R.A.
" " 25 Enero 1983 (50) R.A.
" " 22 Abril 1983 (2300) R.A.
" " 5 Mayo 1983 (2644) R.A.
" " 6 Mayo 1983 (2710) R.A.

Sentencia de 20 Mayo 1983 (2740) R.A.
" " 1 Junio 1983 (3076) R.A.
" " 17 Junio 1983 (3554) R.A.
" " 6 Octubre 1983 (4710) R.A.
" " 9 Diciembre 1983 (6323) R.A.
" " 2 Enero 1984 (1) R.A.
" " 24 Enero 1984 (399) R.A.
" " 24 Marzo 1984 (1858) R.A.
" " 7 Mayo 1984 (2479) R.A.
" " 16 Octubre 1984 (4846) R.A.
" " 24 Octubre 1984 (5062) R.A.
" " 22 Noviembre 1984 (5944) R.A.
" " 18 Diciembre 1984 (6577) R.A.
" " 21 Diciembre 1984 (6630) R.A.
" " 11 Febrero 1985 (915) R.A.
" " 16 Febrero 1985 (966) R.A.
" " 20 Marzo 1985 (1978) R.A.
" " 23 Abril 1985 (2125) R.A.
" " 7 Junio 1985 (2974) R.A.
" " 5 Noviembre 1985 (5377) R.A.
" " 2 Diciembre 1985 (5972) R.A.
" " 22 Abril 1986 (2086) R.A.
" " 23 Abril 1986 (2092) R.A.

ARREPENTIMIENTO

Sentencia de 24 Septiembre 1878 (4620) J.C.
" " 26 Junio 1935 (1408) R.A.
" " 4 Octubre 1971 (3713) R.A.

Sentencia de 4 Noviembre 1971 (4467) R.A.
" " 28 Febrero 1972 (903) R.A.
" " 17 Abril 1972 (1653) R.A.
" " 21 Diciembre 1974 (5269) R.A.
" " 29 Enero 1977 (213) R.A.
" " 5 Marzo 1977 (947) R.A.
" " 6 Junio 1978 (2310) R.A.
" " 22 Junio 1978 (2617) R.A.
" " 16 Octubre 1978 (3225) R.A.
" " 16 Noviembre 1978 (3672) R.A.
" " 23 Diciembre 1978 (4336) R.A.
" " 19 Enero 1979 (121) R.A.
" " 29 Enero 1979 (266) R.A.
" " 30 Enero 1979 (275) R.A.
" " 20 Febrero 1979 (710) R.A.
" " 12 Marzo 1979 (1113) R.A.
" " 26 Marzo 1979 (1390) R.A.
" " 7 Mayo 1979 (1967) R.A.
" " 5 Octubre 1979 (3383) R.A.
" " 6 Noviembre 1979 (3837) R.A.
" " 25 Enero 1980 (245) R.A.
" " 8 Febrero 1980 (457) R.A.
" " 26 Marzo 1980 (1187) R.A.
" " 8 Abril 1980 (1262) R.A.
" " 31 Octubre 1980 (4235) R.A.
" " 27 Febrero 1981 (796) R.A.
" " 27 Marzo 1981 (1228) R.A.
" " 7 Abril 1981 (1605) R.A.
" " 8 Junio 1981 (2627) R.A.

Sentencia de 25 Junio 1981 (2792) R.A.
" " 30 Junio 1981 (2935) R.A.
" " 10 Marzo 1982 (1601) R.A.
" " 30 Marzo 1982 (2036) R.A.
" " 31 Marzo 1982 (2048) R.A.
" " 24 Abril 1982 (2276) R.A.
" " 12 Julio 1982 (4522) R.A.
" " 19 Noviembre 1982 (7161) R.A.
" " 17 Diciembre 1982 (7717) R.A.
" " 24 Diciembre 1982 (7867) R.A.
" " 22 Abril 1983 (2300) R.A.
" " 4 Mayo 1982 (2638) R.A.
" " 3 Junio 1983 (3081) R.A.
" " 17 Junio 1983 (3554) R.A.
" " 6 Octubre 1983 (4710) R.A.
" " 12 Noviembre 1983 (5484) R.A.
" " 12 Diciembre 1983 (6518) R.A.
" " 22 Marzo 1984 (1850) R.A.
" " 9 Mayo 1984 (2591) R.A.
" " 10 Noviembre 1984 (5459) R.A.
" " 16 Enero 1985 (312) R.A.
" " 1 Marzo 1985 (1567) R.A.
" " 1 Abril 1985 (2429) R.A.
" " 19 Abril 1985 (2110) R.A.
" " 19 Abril 1985 (2111) R.A.
" " 14 Mayo 1985 (2479) R.A.
" " 16 Mayo 1985 (2499) R.A.
" " 20 Mayo 1985 (2514) R.A.
" " 7 Junio 1985 (2974) R.A.

Sentencia de 17 Julio 1985 (4239) R.A.
 " " 5 Diciembre 1985 (5985) R.A.
 " " 6 Diciembre 1985 (5996) R.A.
 " " 14 Enero 1986 (127) R.A.
 " " 31 Enero 1986 (210) R.A.
 " " 4 Marzo 1986 (1257) R.A.

ASTUCIA, FRAUDE O DISFRAZ

Sentencia de 14 Julio 1893 (38) J.C.
 " " 3 Julio 1900 (5) J.C.
 " " 30 Marzo 1977 (1325) R.A.
 " " 10 Mayo 1978 (1903) R.A.
 " " 19 Octubre 1978 (3245) R.A.
 " " 25 Marzo 1980 (1184) R.A.
 " " 20 Noviembre 1980 (4521) R.A.
 " " 9 Abril 1981 (1616) R.A.
 " " 8 Marzo 1982 (1522) R.A.
 " " 17 Marzo 1982 (1719) R.A.
 " " 25 Marzo 1982 (2016) R.A.
 " " 24 Mayo 1982 (2704) R.A.
 " " 9 Julio 1982 (4499) R.A.
 " " 27 Octubre 1982 (5699) R.A.
 " " 25 Febrero 1983 (1730) R.A.
 " " 18 Mayo 1983 (2715) R.A.
 " " 27 Septiembre 1983 (4591) R.A.
 " " 10 Noviembre 1983 (5471) R.A.
 " " 31 Enero 1984 (441) R.A.
 " " 7 Febrero 1984 (572) R.A.

Sentencia de 28 Febrero 1984 (1184) R.A.
" " 6 Abril 1984 (2324) R.A.
" " 27 Junio 1984 (3692) R.A.
" " 28 Junio 1984 (3702) R.A.
" " 9 Julio 1984 (3834) R.A.
" " 26 Septiembre 1984 (4318) R.A.
" " 27 Octubre 1984 (5100) R.A.
" " 17 Enero 1985 (322) R.A.
" " 6 Febrero 1985 (875) R.A.
" " 7 Febrero 1985 (903) R.A.
" " 13 Febrero 1985 (952) R.A.
" " 2 Marzo 1985 (1572) R.A.
" " 11 Junio 1985 (2992) R.A.
" " 4 Octubre 1985 (4619) R.A.
" " 22 Noviembre 1985 (5465) R.A.
" " 25 Marzo 1986 (1693) R.A.

AUXILIO DE GENTE ARMADA

No se ha encontrado ninguna resolución especialmente relevante.

CALAMIDAD O DESGRACIA

Tampoco se ha encontrado ninguna sentencia de consideración.

CARÁCTER PÚBLICO DEL CULPABLE

Sentencia de 26 Noviembre 1895 (153) J.C.
" " 14 Febrero 1978 (428) R.A.
" " 4 Febrero 1983 (725) R.A.

CLASES DE CIRCUNSTANCIAS

Sentencia de 4 Mayo 1982 (2627) R.A.
" " 3 Junio 1983 (3081) R.A.
" " 2 Julio 1983 (4018) R.A.
" " 4 Julio 1983 (4020) R.A.
" " 27 Septiembre 1983 (4591) R.A.
" " 19 Diciembre 1983 (6582) R.A.

COMPATIBILIDAD

Sentencia de 3 Marzo 1879 (4909) J.C.
" " 30 Octubre 1894 (147) J.C.
" " 6 Noviembre 1894 (158) J.C.
" " 26 Enero 1900 (45) J.C.
" " 25 Abril 1901 (127) J.C.
" " 12 Abril 1905 (207) J.C.
" " 10 Mayo 1905 (261) J.C.
" " 6 Octubre 1906 (71) J.C.
" " 20 Enero 1977 (50) R.A.
" " 3 Octubre 1979 (3329) R.A.
" " 28 Enero 1980 (252) R.A.
" " 1 Marzo 1980 (913) R.A.

Sentencia de 16 Febrero 1982 (665) R.A.
 " " 26 Febrero 1982 (849) R.A.
 " " 4 Mayo 1982 (2626) R.A.
 " " 13 Mayo 1982 (2669) R.A.
 " " 6 Julio 1982 (4481) R.A.
 " " 27 Septiembre 1983 (4588) R.A.
 " " 13 Marzo 1984 (1815) R.A.
 " " 27 Noviembre 1984 (6002) R.A.

COMUNICABILIDAD

Sentencia de 5 Febrero 1873 (1528) J.C.
 " " 18 Octubre 1873 (1849) J.C.
 " " 10 Agosto 1881 (6125) J.C.
 " " 28 Enero 1882 (6357) J.C.
 " " 23 Junio 1884 (8142) J.C.
 " " 18 Noviembre 1890 (257) J.C.
 " " 20 Junio 1892 (309) J.C.
 " " 16 Noviembre 1895 (123) J.C.
 " " 12 Enero 1899 (19) J.C.
 " " 13 Octubre 1900 (92) J.C.
 " " 27 Enero 1902 (44) J.C.
 " " 10 Abril 1976 (1592) R.A.
 " " 10 Marzo 1978 (914) R.A.
 " " 19 Mayo 1978 (1974) R.A.
 " " 10 Junio 1978 (2338) R.A.
 " " 7 Octubre 1978 (3121) R.A.
 " " 2 Mayo 1979 (1748) R.A.
 " " 20 Octubre 1981 (3931) R.A.

Sentencia de 22 Junio 1982 (3573) R.A.
 " " 12 Julio 1983 (4148) R.A.
 " " 19 Julio 1983 (4195) R.A.
 " " 11 Octubre 1983 (4732) R.A.
 " " 13 Octubre 1983 (4736) R.A.
 " " 8 Noviembre 1983 (5468) R.A.
 " " 7 Diciembre 1983 (6320) R.A.
 " " 27 Junio 1984 (3692) R.A.
 " " 28 Junio 1984 (3702) R.A.
 " " 7 Febrero 1985 (903) R.A.
 " " 13 Febrero 1985 (952) R.A.
 " " 19 Abril 1985 (2111) R.A.
 " " 11 Junio 1985 (2992) R.A.
 " " 28 Junio 1985 (3083) R.A.
 " " 30 Enero 1986 (201) R.A.
 " " 31 Enero 1986 (209) R.A.
 " " 7 Febrero 1986 (572) R.A.
 " " 7 Febrero 1986 (577) R.A.
 " " 25 Marzo 1986 (1693) R.A.

CONCEPTO

Sentencia de 10 Marzo 1871 (205) J.C.
 " " 7 Octubre 1871 (522) J.C.
 " " 12 Febrero 1872 (823) J.C.
 " " 30 Abril 1872 (991) J.C.
 " " 6 Abril 1872 (936) J.C.
 " " 29 Agosto 1872 (1184) J.C.
 " " 1 Marzo 1880 (5394) J.C.

Sentencia de 17 Diciembre 1880 (5755) J.C.
 " " 10 Agosto 1881 (6125) J.C.
 " " 4 Mayo 1883 (7069) J.C.
 " " 20 Junio 1892 (309) J.C.
 " " 27 Octubre 1894 (134) J.C.
 " " 23 Noviembre 1896 (171) J.C.
 " " 18 Enero 1952 (14) R.A.
 " " 21 Marzo 1978 (1047) R.A.
 " " 16 Junio 1978 (2639) R.A.
 " " 19 Mayo 1981 (2241) R.A.
 " " 22 Junio 1982 (3573) R.A.
 " " 23 Junio 1982 (3575) R.A.
 " " 22 Octubre 1984 (5022) R.A.
 " " 7 Noviembre 1984 (5450) R.A.
 " " 27 Diciembre 1984 (6662) R.A.
 " " 7 Febrero 1986 (572) R.A.

CONEXIÒN

Sentencia de 13 Febrero 1978 (423) R.A.
 " " 5 Abril 1978 (1292) R.A.
 " " 7 Abril 1978 (1295) R.A.
 " " 6 Mayo 1978 (1899) R.A.
 " " 15 Diciembre 1978 (4161) R.A.
 " " 23 Diciembre 1978 (4336) R.A.
 " " 23 Enero 1979 (167) R.A.
 " " 4 Abril 1979 (1609) R.A.
 " " 15 Octubre 1979 (3672) R.A.
 " " 6 Noviembre 1979 (3837) R.A.

Sentencia de 15 Noviembre 1979 (4236) R.A.
" " 14 Diciembre 1979 (589) R.A.
" " 1 Marzo 1980 (913) R.A.
" " 20 Marzo 1980 (1168) R.A.
" " 31 Marzo 1980 (1207) R.A.
" " 21 Abril 1980 (1459) R.A.
" " 24 Octubre 1980 (3816) R.A.
" " 6 Diciembre 1980 (4789) R.A.
" " 16 Diciembre 1980 (4940) R.A.
" " 13 Enero 1981 (132) R.A.
" " 5 Febrero 1981 (486) R.A.
" " 19 Mayo 1981 (2241) R.A.
" " 16 Junio 1981 (2747) R.A.
" " 25 Junio 1981 (2792) R.A.
" " 8 Julio 1981 (2624) R.A.
" " 25 Enero 1982 (139) R.A.
" " 26 Enero 1982 (143) R.A.
" " 23 Junio 1982 (3575) R.A.
" " 11 Noviembre 1982 (7099) R.A.
" " 10 Febrero 1983 (748) R.A.
" " 12 Mayo 1983 (2701) R.A.
" " 1 Junio 1983 (3076) R.A.
" " 2 Julio 1983 (4018) R.A.
" " 7 Julio 1983 (4109) R.A.
" " 30 Septiembre 1983 (4599) R.A.
" " 17 Noviembre 1983 (5504) R.A.
" " 28 Febrero 1984 (1184) R.A.
" " 13 Marzo 1984 (1815) R.A.
" " 6 Abril 1984 (2324) R.A.

Sentencia de 10 Mayo 1984 (2596) R.A.
" " 28 Mayo 1984 (2693) R.A.
" " 19 Junio 1984 (3593) R.A.
" " 2 Julio 1984 (3767) R.A.
" " 25 Septiembre 1984 (4283) R.A.
" " 23 Octubre 1984 (5060) R.A.
" " 20 Noviembre 1984 (5509) R.A.
" " 25 Enero 1985 (353) R.A.
" " 7 Febrero 1985 (903) R.A.
" " 1 Abril 1985 (2429) R.A.
" " 18 Abril 1985 (2102) R.A.
" " 25 Abril 1985 (2134) R.A.
" " 28 Mayo 1985 (2544) R.A.
" " 7 Junio 1985 (2974) R.A.
" " 13 Junio 1985 (3005) R.A.
" " 11 Septiembre 1985 (4977) R.A.
" " 17 Octubre 1985 (4998) R.A.
" " 19 Noviembre 1985 (5429) R.A.
" " 20 Noviembre 1985 (5434) R.A.
" " 10 Diciembre 1985 (6015) R.A.
" " 18 Enero 1986 (150) R.A.
" " 10 Febrero 1986 (584) R.A.
" " 10 Febrero 1986 (586) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.
" " 16 Abril 1986 (1977) R.A.

CUADRILLA

Sentencia de 22 Noviembre 1984 (199) J.C.

Sentencia de 10 Marzo 1978 (915) R.A.
" " 26 Noviembre 1981 (4445) R.A.

DESPOBLADO

Sentencia de 5 Junio 1873 (1745) J.C.
" " 14 Junio 1892 (298) J.C.
" " 6 Noviembre 1894 (158) J.C.
" " 15 Noviembre 1894 (195) J.C.
" " 6 Octubre 1979 (3486) R.A.
" " 30 Septiembre 1981 (3411) R.A.
" " 11 Noviembre 1982 (7099) R.A.
" " 19 Mayo 1983 (2735) R.A.
" " 10 Noviembre 1983 (5471) R.A.
" " 17 Noviembre 1983 (5504) R.A.
" " 12 Marzo 1984 (1805) R.A.
" " 7 Abril 1984 (2332) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.

DESPRECIO

Sentencia de 6 Octubre 1871 (519) J.C.
" " 30 Junio 1958 (2448) R.A.
" " 13 Abril 1978 (1332) R.A.
" " 23 Enero 1979 (166) R.A.
" " 3 Octubre 1979 (3329) R.A.
" " 20 Diciembre 1979 (114) R.A.
" " 1 Marzo 1980 (913) R.A.
" " 3 Octubre 1980 (3655) R.A.

Sentencia de 30 Junio 1981 (2935) R.A.
" " 18 Mayo 1982 (2687) R.A.
" " 6 Abril 1984 (2320) R.A.
" " 15 Noviembre 1984 (5493) R.A.
" " 22 Noviembre 1985 (5462) R.A.

EMBRIAGUEZ

Sentencia de 14 Junio 1871 (408) J.C.
" " 11 Julio 1871 (458) J.C.
" " 15 Noviembre 1875 (2974) J.C.
" " 10 Agosto 1882 (6668) J.C.
" " 3 Enero 1885 (8543) J.C.
" " 9 Mayo 1893 (182) J.C.
" " 5 Diciembre 1941 (1361) R.A.
" " 6 Marzo 1948 (379) R.A.
" " 30 Junio 1958 (2448) R.A.
" " 28 Febrero 1963 (926) R.A.
" " 21 Noviembre 1968 (5051) R.A.
" " 14 Mayo 1971 (2309) R.A.
" " 2 Marzo 1973 (943) R.A.
" " 20 Mayo 1974 (2378) R.A.
" " 12 Abril 1975 (1621) R.A.
" " 26 Enero 1976 (499) R.A.
" " 1 Diciembre 1976 (5216) R.A.
" " 20 Enero 1977 (50) R.A.
" " 13 Abril 1977 (1643) R.A.
" " 5 Junio 1978 (2225) R.A.
" " 22 Junio 1978 (2617) R.A.

Sentencia de 4 Noviembre 1978 (3371) R.A.
" " 26 Marzo 1979 (1390) R.A.
" " 28 Junio 1979 (2790) R.A.
" " 16 Noviembre 1979 (4245) R.A.
" " 17 Noviembre 1979 (4379) R.A.
" " 3 Diciembre 1979 (4534) R.A.
" " 8 Mayo 1980 (1824) R.A.
" " 14 Mayo 1980 (1945) R.A.
" " 2 Junio 1980 (2756) R.A.
" " 24 Septiembre 1980 (3312) R.A.
" " 24 Octubre 1980 (3816) R.A.
" " 31 Octubre 1980 (4235) R.A.
" " 2 Diciembre 1980 (4767) R.A.
" " 16 Diciembre 1980 (4940) R.A.
" " 1 Junio 1981 (2562) R.A.
" " 26 Noviembre 1981 (4443) R.A.
" " 10 Diciembre 1981 (4992) R.A.
" " 10 Febrero 1982 (641) R.A.
" " 13 Febrero 1982 (859) R.A.
" " 5 Marzo 1982 (1419) R.A.
" " 10 Marzo 1982 (1597) R.A.
" " 18 Marzo 1982 (1723) R.A.
" " 18 Marzo 1982 (1726) R.A.
" " 7 Abril 1982 (2080) R.A.
" " 2 Junio 1982 (3455) R.A.
" " 5 Mayo 1983 (2642) R.A.
" " 12 Julio 1983 (4153) R.A.
" " 30 Septiembre 1983 (4599) R.A.
" " 13 Marzo 1984 (1815) R.A.

Sentencia de 27 Junio 1984 (3693) R.A.
" " 23 Octubre 1984 (5031) R.A.
" " 29 Octubre 1984 (5107) R.A.
" " 12 Noviembre 1984 (5937) R.A.
" " 27 Noviembre 1984 (6002) R.A.
" " 18 Diciembre 1984 (6573) R.A.
" " 14 Enero 1985 (299) R.A.
" " 16 Enero 1985 (140) R.A.
" " 2 Abril 1985 (2056) R.A.
" " 20 Mayo 1985 (2510) R.A.
" " 11 Septiembre 1985 (4977) R.A.
" " 4 Octubre 1985 (4619) R.A.
" " 10 Febrero 1986 (584) R.A.

ENSAÑAMIENTO

Sentencia de 26 Agosto 1886 (40) J.C.
" " 3 Mayo 1979 (1757) R.A.
" " 6 Noviembre 1979 (3537) R.A.
" " 24 Noviembre 1981 (4545) R.A.
" " 20 Diciembre 1984 (6590) R.A.
" " 20 Mayo 1985 (2510) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Sentencia de 19 Abril 1985 (2110) R.A.

ESTRUCTURA INTERNA

Sentencia de 1 Junio 1983 (3076) R.A.
 " " 18 Enero 1984 (32) R.A.
 " " 13 Marzo 1984 (1815) R.A.
 " " 21 Marzo 1984 (2292) R.A.
 " " 22 Marzo 1984 (1850) R.A.
 " " 28 Marzo 1984 (2299) R.A.
 " " 7 Abril 1984 (2332) R.A.
 " " 10 Mayo 1984 (2596) R.A.
 " " 16 Junio 1984 (3583) R.A.
 " " 19 Junio 1984 (3592) R.A.
 " " 23 Octubre 1984 (5060) R.A.
 " " 16 Enero 1985 (310) R.A.
 " " 16 Enero 1985 (312) R.A.
 " " 16 Mayo 1985 (2499) R.A.
 " " 20 Mayo 1985 (2510) R.A.
 " " 11 Junio 1985 (2992) R.A.
 " " 17 Julio 1985 (4239) R.A.
 " " 11 Septiembre 1985 (4977) R.A.
 " " 19 Noviembre 1985 (3429) R.A.

EXIMENTES INCOMPLETAS

Sentencia de 30 Junio 1871 (435) J.C.
 " " 19 Junio 1872 (1095) J.C.
 " " 29 Marzo 1873 (1630) J.C.
 " " 15 Octubre 1873 (1843) J.C.
 " " 29 Marzo 1876 (3278) J.C.

Sentencia de 29 Enero 1878 (4313) J.C.
" " 18 Abril 1882 (6475) J.C.
" " 21 Junio 1893 (274) J.C.
" " 30 Octubre 1894 (146) J.C.
" " 13 Noviembre 1894 (172) J.C.
" " 20 Noviembre 1895 (143) J.C.
" " 29 Diciembre 1896 (262) J.C.
" " 19 Octubre 1898 (84) J.C.
" " 30 Marzo 1903 (102) J.C.
" " 18 Diciembre 1905 (230) J.C.
" " 30 Septiembre 1930 (392) R.A.
" " 18 Febrero 1947 (271) R.A.
" " 27 Diciembre 1954 (2991) R.A.
" " 20 Octubre 1955 (2950) R.A.
" " 14 Febrero 1956 (393) R.A.
" " 14 Febrero 1957 (574) R.A.
" " 22 Abril 1957 (960) R.A.
" " 13 Febrero 1959 (378) R.A.
" " 11 Diciembre 1959 (4276) R.A.
" " 4 Mayo 1960 (1570) R.A.
" " 7 Diciembre 1960 (3699) R.A.
" " 13 Diciembre 1963 (5084) R.A.
" " 18 Abril 1966 (1839) R.A.
" " 16 Junio 1966 (3122) R.A.
" " 20 Mayo 1967 (2470) R.A.
" " 22 Noviembre 1968 (5052) R.A.
" " 16 Enero 1969 (163) R.A.
" " 19 Mayo 1971 (2309) R.A.
" " 15 Junio 1971 (2877) R.A.

Sentencia de 6 Julio 1971 (3443) R.A.
" " 5 Octubre 1971 (3714) R.A.
" " 2 Julio 1973 (2950) R.A.
" " 27 Diciembre 1973 (5102) R.A.
" " 5 Febrero 1974 (380) R.A.
" " 28 Marzo 1974 (1470) R.A.
" " 26 Abril 1974 (1945) R.A.
" " 10 Diciembre 1975 (4773) R.A.
" " 30 Enero 1976 (243) R.A.
" " 5 Marzo 1977 (947) R.A.
" " 25 Marzo 1977 (1301) R.A.
" " 30 Marzo 1977 (1325) R.A.
" " 16 Diciembre 1977 (4901) R.A.
" " 27 Enero 1978 (106) R.A.
" " 20 Febrero 1978 (460) R.A.
" " 18 Marzo 1978 (1043) R.A.
" " 3 Abril 1978 (1284) R.A.
" " 10 Abril 1978 (1301) R.A.
" " 16 Junio 1978 (2638) R.A.
" " 22 Junio 1978 (2617) R.A.
" " 4 Julio 1978 (2791) R.A.
" " 29 Septiembre 1978 (2948) R.A.
" " 30 Septiembre 1978 (2953) R.A.
" " 10 Octubre 1978 (3141) R.A.
" " 30 Octubre 1978 (3356) R.A.
" " 4 Noviembre 1978 (3375) R.A.
" " 16 Noviembre 1978 (3672) R.A.
" " 22 Noviembre 1978 (3746) R.A.
" " 25 Noviembre 1978 (4116) R.A.

Sentencia de 24 Enero 1979 (168) R.A.
" " 10 Febrero 1979 (463) R.A.
" " 7 Mayo 1979 (1968) R.A.
" " 11 Mayo 1979 (2003) R.A.
" " 18 Mayo 1979 (2089) R.A.
" " 18 Mayo 1979 (2094) R.A.
" " 3 Octubre 1979 (3331) R.A.
" " 17 Noviembre 1979 (4381) R.A.
" " 20 Diciembre 1979 (114) R.A.
" " 23 Enero 1980 (122) R.A.
" " 25 Febrero 1980 (503) R.A.
" " 5 Marzo 1980 (944) R.A.
" " 20 Marzo 1980 (1168) R.A.
" " 25 Marzo 1980 (1184) R.A.
" " 28 Marzo 1980 (1205) R.A.
" " 8 Abril 1980 (1262) R.A.
" " 21 Abril 1980 (1459) R.A.
" " 30 Abril 1980 (1512) R.A.
" " 30 Abril 1980 (1513) R.A.
" " 6 Mayo 1980 (1809) R.A.
" " 26 Mayo 1980 (2126) R.A.
" " 24 Septiembre 1980 (3312) R.A.
" " 20 Octubre 1980 (3720) R.A.
" " 17 Diciembre 1980 (4944) R.A.
" " 26 Enero 1981 (242) R.A.
" " 11 Febrero 1981 (516) R.A.
" " 12 Febrero 1981 (545) R.A.
" " 13 Febrero 1981 (548) R.A.

Sentencia de 20 Abril 1981 (1643) R.A.
" " 28 Abril 1981 (1675) R.A.
" " 29 Abril 1981 (1677) R.A.
" " 29 Abril 1981 (1678) R.A.
" " 8 Mayo 1981 (2158) R.A.
" " 11 Mayo 1981 (2226) R.A.
" " 19 Mayo 1981 (2236) R.A.
" " 20 Mayo 1981 (2258) R.A.
" " 6 Junio 1981 (2581) R.A.
" " 8 Junio 1981 (2627) R.A.
" " 25 Junio 1981 (2792) R.A.
" " 26 Junio 1981 (2799) R.A.
" " 11 Julio 1981 (3217) R.A.
" " 25 Septiembre 1981 (3394) R.A.
" " 13 Octubre 1981 (3633) R.A.
" " 22 Octubre 1981 (3867) R.A.
" " 5 Noviembre 1981 (4296) R.A.
" " 13 Noviembre 1981 (4544) R.A.
" " 24 Noviembre 1981 (4545) R.A.
" " 24 Noviembre 1981 (4437) R.A.
" " 25 Noviembre 1981 (4440) R.A.
" " 18 Enero 1982 (101) R.A.
" " 20 Enero 1982 (114) R.A.
" " 20 Enero 1982 (115) R.A.
" " 26 Enero 1982 (143) R.A.
" " 6 Marzo 1982 (1420) R.A.
" " 25 Marzo 1982 (2022) R.A.
" " 30 Marzo 1982 (2042) R.A.
" " 3 Mayo 1982 (2622) R.A.

Sentencia de 3 Mayo 1982 (2624) R.A.
" " 13 Mayo 1982 (2669) R.A.
" " 21 Mayo 1982 (2704) R.A.
" " 15 Junio 1982 (3535) R.A.
" " 19 Junio 1982 (3549) R.A.
" " 21 Junio 1982 (3564) R.A.
" " 23 Junio 1982 (3575) R.A.
" " 16 Septiembre 1982 (4937) R.A.
" " 28 Septiembre 1982 (4989) R.A.
" " 20 Octubre 1982 (5663) R.A.
" " 26 Octubre 1982 (5692) R.A.
" " 4 Noviembre 1982 (7069) R.A.
" " 23 Noviembre 1982 (7183) R.A.
" " 17 Diciembre 1982 (7718) R.A.
" " 28 Enero 1983 (66) R.A.
" " 22 Abril 1983 (2300) R.A.
" " 25 Abril 1983 (2292) R.A.
" " 2 Mayo 1983 (2629) R.A.
" " 3 Mayo 1983 (2634) R.A.
" " 16 Mayo 1983 (2710) R.A.
" " 18 Mayo 1983 (2716) R.A.
" " 20 Mayo 1983 (2740) R.A.
" " 26 Mayo 1983 (2785) R.A.
" " 30 Mayo 1983 (2803) R.A.
" " 1 Junio 1983 (3076) R.A.
" " 7 Junio 1983 (3095) R.A.
" " 17 Junio 1983 (3554) R.A.
" " 8 Julio 1983 (4126) R.A.
" " 15 Julio 1983 (4184) R.A.

Sentencia de 6 Octubre 1983 (4710) R.A.
" " 2 Noviembre 1983 (5445) R.A.
" " 28 Noviembre 1983 (5761) R.A.
" " 1 Diciembre 1983 (6301) R.A.
" " 23 Enero 1984 (377) R.A.
" " 24 Enero 1984 (399) R.A.
" " 28 Enero 1984 (430) R.A.
" " 2 Febrero 1984 (703) R.A.
" " 2 Febrero 1984 (705) R.A.
" " 10 Febrero 1984 (752) R.A.
" " 7 Marzo 1984 (1716) R.A.
" " 10 Marzo 1984 (1729) R.A.
" " 21 Marzo 1984 (2293) R.A.
" " 22 Marzo 1984 (1850) R.A.
" " 24 Marzo 1984 (1858) R.A.
" " 4 Abril 1984 (2312) R.A.
" " 11 Abril 1984 (2351) R.A.
" " 4 Mayo 1984 (2471) R.A.
" " 14 Mayo 1984 (2608) R.A.
" " 6 Junio 1984 (3516) R.A.
" " 29 Junio 1984 (3712) R.A.
" " 2 Julio 1984 (3767) R.A.
" " 15 Octubre 1984 (4839) R.A.
" " 17 Octubre 1984 (4852) R.A.
" " 23 Octubre 1984 (5060) R.A.
" " 27 Octubre 1984 (5100) R.A.
" " 27 Octubre 1984 (5100) R.A.
" " 2 Noviembre 1984 (5425) R.A.
" " 3 Noviembre 1984 (5430) R.A.

Sentencia de 5 Noviembre 1984 (5434) R.A.
" " 15 Noviembre 1984 (5491) R.A.
" " 20 Noviembre 1984 (5509) R.A.
" " 13 Diciembre 1984 (6275) R.A.
" " 20 Diciembre 1984 (6590) R.A.
" " 21 Diciembre 1984 (6629) R.A.
" " 28 Enero 1985 (263) R.A.
" " 31 Enero 1985 (384) R.A.
" " 23 Febrero 1985 (1531) R.A.
" " 2 Marzo 1985 (1572) R.A.
" " 20 Marzo 1985 (1978) R.A.
" " 22 Marzo 1985 (2023) R.A.
" " 9 Abril 1985 (2076) R.A.
" " 18 Abril 1985 (2102) R.A.
" " 10 Mayo 1985 (2461) R.A.
" " 13 Mayo 1985 (2477) R.A.
" " 7 Junio 1985 (2974) R.A.
" " 13 Junio 1985 (3005) R.A.
" " 7 Octubre 1985 (4786) R.A.
" " 16 Octubre 1985 (4996) R.A.
" " 22 Noviembre 1985 (5465) R.A.
" " 17 Diciembre 1985 (6341) R.A.
" " 18 Enero 1986 (150) R.A.
" " 21 Enero 1986 (163) R.A.
" " 31 Enero 1986 (210) R.A.
" " 10 Febrero 1986 (586) R.A.
" " 17 Febrero 1986 (614) R.A.
" " 21 Febrero 1986 (631) R.A.
" " 21 Marzo 1986 (1673) R.A.
" " 16 Abril 1986 (1977) R.A.

FUNCION

Sentencia de 29 Agosto 1872 (1184) J.C.
" " 12 Enero 1873 (2612) J.C.
" " 14 Enero 1873 (1478) J.C.
" " 5 Febrero 1873 (1528) J.C.
" " 30 Diciembre 1874 (2604) J.C.
" " 28 Diciembre 1876 (3700) J.C.
" " 6 Marzo 1948 (379) R.A.
" " 16 Febrero 1976 (584) R.A.
" " 1 Diciembre 1976 (5216) R.A.
" " 10 Abril 1978 (1301) R.A.
" " 29 Septiembre 1978 (2448) R.A.
" " 30 Abril 1980 (1513) R.A.
" " 17 Diciembre 1980 (4944) R.A.
" " 31 Marzo 1981 (1207) R.A.
" " 20 Mayo 1981 (2261) R.A.
" " 20 Octubre 1981 (3931) R.A.
" " 4 Mayo 1982 (2626) R.A.
" " 21 Mayo 1982 (2693) R.A.
" " 7 Junio 1983 (3088) R.A.
" " 13 Junio 1983 (3126) R.A.
" " 18 Abril 1985 (2102) R.A.
" " 19 Abril 1985 (2110) R.A.
" " 30 Abril 1985 (2154) R.A.
" " 10 Febrero 1986 (586) R.A.
" " 16 Abril 1986 (1977) R.A.

FUNDAMENTO

Sentencia de 3 Febrero 1977 (306) R.A.
" " 13 Febrero 1978 (423) R.A.
" " 21 Febrero 1979 (715) R.A.
" " 4 Abril 1979 (1609) R.A.
" " 6 Diciembre 1980 (4789) R.A.
" " 13 Enero 1981 (132) R.A.
" " 19 Mayo 1981 (2241) R.A.
" " 25 Enero 1982 (139) R.A.
" " 2 Diciembre 1982 (7364) R.A.
" " 12 Mayo 1983 (2701) R.A.
" " 6 Abril 1984 (2324) R.A.
" " 14 Abril 1984 (2362) R.A.
" " 16 Junio 1984 (3583) R.A.
" " 18 Diciembre 1984 (6575) R.A.
" " 16 Enero 1985 (310) R.A.
" " 7 Febrero 1985 (903) R.A.
" " 3 Junio 1985 (2957) R.A.
" " 4 Octubre 1985 (4619) R.A.
" " 19 Noviembre 1985 (3429) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.

GRANDES ESTRAGOS

Sentencia de 2 Noviembre 1985 (5373) R.A.
" " 6 Diciembre 1985 (6001) R.A.
" " 1 Febrero 1986 (554) R.A.

IMPRESA, PUBLICIDAD

Sentencia de 31 Octubre 1894 (152) J.C.
" " 28 Noviembre 1894 (213) J.C.
" " 26 Enero 1900 (45) J.C.
" " 4 Junio 1984 (3505) R.A.

INCOMPATIBILIDAD

Sentencia de 5 Diciembre 1871 (659) J.C.
" " 29 Marzo 1875 (2706) J.C.
" " 25 Mayo 1886 (429) J.C.
" " 24 Noviembre 1886 (199) J.C.
" " 15 Diciembre 1886 (261) J.C.
" " 10 Diciembre 1888 (414) J.C.
" " 5 Julio 1894 (7) J.C.
" " 26 Noviembre 1895 (150) J.C.
" " 26 Noviembre 1895 (151) J.C.
" " 28 Marzo 1903 (98) J.C.
" " 3 Febrero 1906 (63) J.C.
" " 28 Junio 1932 (2077) R.A.
" " 11 Octubre 1934 (1727) R.A.
" " 13 Abril 1978 (1332) R.A.
" " 16 Noviembre 1978 (3672) R.A.
" " 3 Mayo 1979 (1757) R.A.
" " 15 Octubre 1979 (360) R.A.
" " 8 Mayo 1981 (2159) R.A.
" " 26 Junio 1981 (2799) R.A.
" " 6 Marzo 1982 (1420) R.A.

Sentencia de 4 Noviembre 1982 (7069) R.A.
" " 30 Septiembre 1983 (4599) R.A.
" " 9 Mayo 1984 (2591) R.A.
" " 18 Diciembre 1984 (6577) R.A.
" " 20 Noviembre 1985 (5434) R.A.

LUGAR SAGRADO

Sentencia de 21 Octubre 1978 (3249) R.A.

MINORÍA DE EDAD

Sentencia de 2 Julio 1973 (2949) R.A.
" " 31 Enero 1978 (119) R.A.
" " 15 Marzo 1979 (1294) R.A.
" " 20 Marzo 1979 (1305) R.A.
" " 13 Marzo 1979 (4605) R.A.
" " 20 Febrero 1981 (765) R.A.
" " 19 Octubre 1982 (5653) R.A.
" " 16 Marzo 1983 (2140) R.A.
" " 13 Julio 1983 (4161) R.A.
" " 27 Diciembre 1984 (6662) R.A.
" " 14 Enero 1986 (128) R.A.
" " 9 Abril 1986 (1949) R.A.

MORADA DEL OFENDIDO

Sentencia de 29 Julio 1880 (5602) J.C.
" " 20 Agosto 1885 (218) J.C.

Sentencia de 4 Mayo 1886 (371) J.C.
 " " 20 Diciembre 1979 (114) R.A.
 " " 23 Enero 1980 (123) R.A.
 " " 3 Marzo 1981 (1038) R.A.
 " " 31 Marzo 1982 (2048) R.A.
 " " 15 Octubre 1982 (5640) R.A.
 " " 25 Enero 1985 (353) R.A.
 " " 9 Abril 1985 (2078) R.A.

MOTIVOS MORALES, PATRIÓTICOS O ALTRUISTAS

Sentencia de 4 Octubre 1957 (2636) R.A.
 " " 19 Junio 1978 (2613) R.A.
 " " 4 Julio 1978 (2791) R.A.
 " " 6 Junio 1980 (2512) R.A.
 " " 10 Octubre 1980 (3683) R.A.
 " " 20 Diciembre 1980 (4981) R.A.
 " " 30 Diciembre 1980 (5073) R.A.
 " " 19 Junio 1981 (3031) R.A.
 " " 3 Mayo 1982 (2624) R.A.
 " " 22 Abril 1983 (2300) R.A.

NATURALEZA JURÍDICA

Sentencia de 3 Febrero 1978 (331) R.A.
 " " 6 Mayo 1978 (1899) R.A.
 " " 17 Enero 1979 (121) R.A.
 " " 10 Marzo 1979 (1111) R.A.
 " " 4 Abril 1979 (1609) R.A.

Sentencia de 15 Octubre 1979 (3672) R.A.
" " 17 Junio 1980 (2635) R.A.
" " 28 Junio 1980 (252) R.A.
" " 27 Marzo 1981 (1228) R.A.
" " 8 Mayo 1981 (2159) R.A.
" " 19 Mayo 1981 (2241) R.A.
" " 31 Marzo 1982 (2048) R.A.
" " 18 Mayo 1982 (2687) R.A.
" " 9 Julio 1982 (4499) R.A.
" " 15 Octubre 1982 (5640) R.A.
" " 18 Octubre 1982 (5648) R.A.
" " 10 Febrero 1983 (748) R.A.
" " 27 Septiembre 1983 (4583) R.A.
" " 4 Abril 1984 (2324) R.A.
" " 9 Abril 1984 (2591) R.A.
" " 10 Mayo 1984 (2596) R.A.
" " 19 Junio 1984 (3593) R.A.
" " 28 Junio 1984 (3702) R.A.
" " 9 Junio 1984 (3834) R.A.
" " 16 Octubre 1984 (4846) R.A.
" " 27 Noviembre 1984 (6002) R.A.
" " 28 Septiembre 1985 (4578) R.A.
" " 7 Febrero 1986 (572) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.

NOCTURNIDAD

Sentencia de 19 Enero 1871 (762) J.C.
" " 28 Junio 1872 (1121) J.C.

Sentencia de 9 Octubre 1875 (2913) J.C.
" " 29 Julio 1880 (5602) J.C.
" " 10 Julio 1893 (25) J.C.
" " 8 Enero 1896 (16) J.C.
" " 3 Julio 1900 (5) J.C.
" " 15 Enero 1955 (171) R.A.
" " 15 Febrero 1957 (576) R.A.
" " 6 Julio 1971 (3442) R.A.
" " 19 Abril 1972 (1742) R.A.
" " 25 Enero 1974 (279) R.A.
" " 25 Octubre 1974 (3851) R.A.
" " 21 Diciembre 1974 (5269) R.A.
" " 10 Marzo 1978 (915) R.A.
" " 16 Marzo 1978 (1014) R.A.
" " 5 Abril 1978 (1292) R.A.
" " 24 Enero 1979 (167) R.A.
" " 6 Febrero 1979 (369) R.A.
" " 27 Marzo 1979 (1420) R.A.
" " 30 Abril 1979 (1735) R.A.
" " 22 Mayo 1979 (2145) R.A.
" " 18 Junio 1979 (2677) R.A.
" " 28 Noviembre 1979 (4510) R.A.
" " 13 Diciembre 1979 (4601) R.A.
" " 18 Febrero 1980 (483) R.A.
" " 18 Marzo 1980 (1153) R.A.
" " 27 Mayo 1980 (2129) R.A.
" " 4 Junio 1980 (2506) R.A.
" " 6 Diciembre 1980 (4789) R.A.
" " 13 Enero 1981 (132) R.A.

Sentencia de 5 Febrero 1981 (486) R.A.
" " 23 Septiembre 1981 (3388) R.A.
" " 26 Noviembre 1981 (4442) R.A.
" " 3 Febrero 1982 (621) R.A.
" " 16 Febrero 1982 (665) R.A.
" " 26 Febrero 1982 (849) R.A.
" " 5 Abril 1982 (2074) R.A.
" " 11 Noviembre 1982 (7099) R.A.
" " 24 Enero 1983 (44) R.A.
" " 5 Mayo 1983 (2644) R.A.
" " 19 Mayo 1983 (2735) R.A.
" " 1 Junio 1983 (3076) R.A.
" " 8 Junio 1983 (3098) R.A.
" " 10 Noviembre 1983 (5471) R.A.
" " 12 Marzo 1984 (1805) R.A.
" " 7 Abril 1984 (2332) R.A.
" " 20 Mayo 1985 (2510) R.A.
" " 11 Junio 1985 (2992) R.A.
" " 5 Noviembre 1985 (5377) R.A.
" " 10 Diciembre 1985 (6015) R.A.
" " 17 Diciembre 1985 (6341) R.A.
" " 20 Febrero 1986 (626) R.A.

OTRAS CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS

Sentencia de 23 Octubre 1885 (318) J.C.

PARENTESCO

- Sentencia de 24 Mayo 1889 (389) J.C.
" " 19 Junio 1903 (237) J.C.
" " 11 Febrero 1905 (78) J.C.
" " 18 Diciembre 1948 (1507) R.A.
" " 11 Abril 1979 (1635) R.A.
" " 31 Enero 1981 (268) R.A.
" " 10 Marzo 1982 (1601) R.A.
" " 15 Marzo 1982 (1713) R.A.
" " 5 Noviembre 1982 (7075) R.A.
" " 15 Diciembre 1982 (7709) R.A.
" " 23 Octubre 1984 (5031) R.A.
" " 12 Noviembre 1984 (5937) R.A.
" " 25 Junio 1985 (3060) R.A.

PRECIO, RECOMPENSA, PROMESA

- Sentencia de 18 Enero 1893 (21) J.C.
" " 31 Enero 1973 (341) R.A.
" " 29 Marzo 1973 (1440) R.A.
" " 3 Febrero 1977 (306) R.A.
" " 3 Abril 1978 (1286) R.A.
" " 15 Diciembre 1978 (4161) R.A.
" " 26 Febrero 1979 (883) R.A.
" " 30 Abril 1979 (1735) R.A.
" " 24 Octubre 1980 (3880) R.A.
" " 21 Septiembre 1982 (4953) R.A.

Sentencia de 7 Julio 1983 (4109) R.A.
 " " 5 Noviembre 1985 (5377) R.A.

PREMEDITACIÓN

Sentencia de 5 Febrero 1873 (1528) J.C.
 " " 29 Julio 1880 (5602) J.C.
 " " 10 Noviembre 1894 (164) J.C.
 " " 17 Noviembre 1894 (188) J.C.
 " " 8 Enero 1896 (16) J.C.
 " " 8 Junio 1898 (33) J.C.
 " " 3 Julio 1900 (5) J.C.
 " " 14 Diciembre 1959 (4276) R.A.
 " " 22 Noviembre 1968 (5052) R.A.
 " " 19 Enero 1971 (199) R.A.
 " " 8 Febrero 1972 (518) R.A.
 " " 19 Abril 1972 (1707) R.A.
 " " 24 Enero 1974 (272) R.A.
 " " 21 Diciembre 1974 (5269) R.A.
 " " 24 Enero 1975 (201) R.A.
 " " 10 Abril 1976 (1592) R.A.
 " " 30 Marzo 1977 (1325) R.A.
 " " 27 Septiembre 1978 (2915) R.A.
 " " 30 Abril 1979 (1735) R.A.
 " " 15 Octubre 1979 (3672) R.A.
 " " 6 Noviembre 1979 (3837) R.A.
 " " 25 Marzo 1980 (1184) R.A.
 " " 5 Noviembre 1980 (4425) R.A.
 " " 9 Junio 1981 (2633) R.A.

Sentencia de 23 Septiembre 1981 (3388) R.A.
 " " 21 Diciembre 1981 (5114) R.A.
 " " 12 Marzo 1982 (2005) R.A.
 " " 27 Septiembre 1983 (4590) R.A.
 " " 17 Noviembre 1983 (5507) R.A.
 " " 7 Abril 1984 (2332) R.A.
 " " 10 Mayo 1984 (2596) R.A.
 " " 19 Junio 1984 (3593) R.A.
 " " 25 Junio 1984 (3680) R.A.
 " " 18 Diciembre 1984 (6574) R.A.
 " " 28 Septiembre 1985 (4578) R.A.
 " " 19 Noviembre 1985 (5429) R.A.
 " " 20 Noviembre 1985 (5434) R.A.

PRETERINTENCIONALIDAD

Sentencia de 24 Septiembre 1878 (4620) J.C.
 " " 19 Diciembre 1883 (7525) J.C.
 " " 7 Enero 1885 (8552) J.C.
 " " 24 Febrero 1886 (175) J.C.
 " " 18 Abril 1886 (325) J.C.
 " " 4 Mayo 1886 (371) J.C.
 " " 24 Enero 1889 (67) J.C.
 " " 6 Julio 1894 (9) J.C.
 " " 11 Diciembre 1894 (231) J.C.
 " " 24 Diciembre 1894 (257) J.C.
 " " 23 Mayo 1901 (162) J.C.
 " " 16 Mayo 1906 (227) J.C.
 " " 17 Noviembre 1947 (1301) R.A.

Sentencia de 4 Octubre 1957 (2636) R.A.
" " 4 Mayo 1960 (1570) R.A.
" " 21 Noviembre 1968 (5051) R.A.
" " 14 Junio 1971 (2836) R.A.
" " 26 Enero 1977 (112) R.A.
" " 29 Enero 1977 (231) R.A.
" " 20 Junio 1977 (2892) R.A.
" " 6 Abril 1978 (1293) R.A.
" " 6 Mayo 1978 (1899) R.A.
" " 23 Octubre 1978 (3293) R.A.
" " 15 Diciembre 1978 (4159) R.A.
" " 2 Marzo 1979 (1029) R.A.
" " 12 Marzo 1979 (1113) R.A.
" " 26 Marzo 1979 (1392) R.A.
" " 3 Mayo 1979 (1959) R.A.
" " 18 Mayo 1979 (2092) R.A.
" " 6 Junio 1979 (2677) R.A.
" " 3 Octubre 1979 (3329) R.A.
" " 15 Octubre 1979 (3601) R.A.
" " 14 Diciembre 1979 (589) R.A.
" " 23 Enero 1980 (122) R.A.
" " 22 Febrero 1980 (761) R.A.
" " 6 Marzo 1980 (949) R.A.
" " 8 Abril 1980 (1260) R.A.
" " 6 Mayo 1980 (1809) R.A.
" " 7 Mayo 1980 (1812) R.A.
" " 24 Octubre 1980 (3816) R.A.
" " 5 Diciembre 1980 (4783) R.A.
" " 6 Diciembre 1980 (4790) R.A.

Sentencia de 17 Diciembre 1980 (4944) R.A.
" " 27 Diciembre 1980 (5053) R.A.
" " 1 Junio 1981 (2560) R.A.
" " 11 Junio 1981 (2642) R.A.
" " 15 Junio 1981 (2660) R.A.
" " 25 Junio 1981 (2792) R.A.
" " 30 Noviembre 1981 (4457) R.A.
" " 26 Enero 1982 (143) R.A.
" " 6 Marzo 1982 (1420) R.A.
" " 18 Marzo 1982 (1723) R.A.
" " 15 Junio 1982 (3535) R.A.
" " 11 Noviembre 1982 (7099) R.A.
" " 27 Abril 1983 (2309) R.A.
" " 20 Mayo 1983 (2740) R.A.
" " 20 Mayo 1983 (2741) R.A.
" " 30 Mayo 1983 (2803) R.A.
" " 30 Septiembre 1983 (4599) R.A.
" " 15 Diciembre 1983 (6574) R.A.
" " 2 Enero 1984 (1) R.A.
" " 9 Febrero 1984 (741) R.A.
" " 28 Marzo 1984 (2299) R.A.
" " 6 Abril 1984 (2320) R.A.
" " 24 Abril 1984 (2372) R.A.
" " 12 Julio 1984 (4039) R.A.
" " 12 Julio 1984 (4042) R.A.
" " 25 Septiembre 1984 (4283) R.A.
" " 15 Octubre 1984 (4839) R.A.
" " 22 Octubre 1984 (5031) R.A.
" " 18 Diciembre 1984 (6576) R.A.

Sentencia de 27 Diciembre 1984 (6660) R.A.

" " 21 Enero 1985 (333) R.A.

" " 1 Abril 1985 (2429) R.A.

" " 23 Abril 1985 (2125) R.A.

" " 12 Noviembre 1985 (5404) R.A.

" " 25 Febrero 1986 (904) R.A.

PROVOCACIÓN, AMENAZA

Sentencia de 5 Diciembre 1871 (659) J.C.

" " 27 Enero 1876 (3149) J.C.

" " 10 Agosto 1882 (6668) J.C.

" " 31 Octubre 1894 (151) J.C.

" " 14 Noviembre 1894 (178) J.C.

" " 25 Noviembre 1895 (147) J.C.

" " 14 Julio 1902 (30) J.C.

" " 28 Marzo 1903 (98) J.C.

" " 21 Noviembre 1941 (1815) R.A.

" " 18 Febrero 1947 (271) R.A.

" " 24 Mayo 1958 (1982) R.A.

" " 4 Mayo 1960 (1570) R.A.

" " 14 Junio 1971 (2836) R.A.

" " 10 Junio 1975 (1850) R.A.

" " 29 Enero 1977 (231) R.A.

" " 23 Noviembre 1977 (4400) R.A.

" " 3 Julio 1978 (2791) R.A.

" " 16 Noviembre 1978 (3672) R.A.

" " 19 Enero 1979 (121) R.A.

" " 18 Mayo 1979 (2092) R.A.

Sentencia de 6 Junio 1979 (2337) R.A.
 " " 21 Septiembre 1979 (3128) R.A.
 " " 5 Octubre 1979 (3384) R.A.
 " " 15 Octubre 1979 (3601) R.A.
 " " 3 Diciembre 1979 (4534) R.A.
 " " 30 Abril 1980 (1511) R.A.
 " " 24 Octubre 1980 (3816) R.A.
 " " 16 Diciembre 1980 (4940) R.A.
 " " 17 Diciembre 1980 (4944) R.A.
 " " 10 Marzo 1981 (1097) R.A.
 " " 8 Mayo 1981 (2159) R.A.
 " " 8 Julio 1981 (3201) R.A.
 " " 29 Septiembre 1981 (3409) R.A.
 " " 6 Marzo 1982 (1420) R.A.
 " " 4 Noviembre 1982 (7069) R.A.
 " " 18 Noviembre 1982 (7156) R.A.

REINCIDENCIA, REITERACIÓN

Sentencia de 30 Abril 1872 (991) J.C.
 " " 24 Enero 1889 (67) J.C.
 " " 4 Enero 1894 (4) J.C.
 " " 24 Enero 1953 (33) R.A.
 " " 10 Abril 1954 (1129) R.A.
 " " 29 Enero 1955 (385) R.A.
 " " 25 Junio 1955 (2131) R.A.
 " " 10 Octubre 1955 (2657) R.A.
 " " 18 Octubre 1955 (2670) R.A.
 " " 20 Octubre 1955 (2951) R.A.

Sentencia de 14 Febrero 1956 (394) R.A.
" " 4 Octubre 1957 (2636) R.A.
" " 30 Junio 1958 (2446) R.A.
" " 15 Marzo 1963 (1135) R.A.
" " 19 Abril 1965 (1834) R.A.
" " 8 Octubre 1965 (4637) R.A.
" " 28 Marzo 1973 (1439) R.A.
" " 8 Octubre 1973 (3619) R.A.
" " 17 Enero 1974 (222) R.A.
" " 30 Enero 1974 (325) R.A.
" " 9 Junio 1975 (1849) R.A.
" " 21 Junio 1975 (2906) R.A.
" " 26 Enero 1976 (499) R.A.
" " 10 Abril 1976 (1591) R.A.
" " 21 Diciembre 1977 (4970) R.A.
" " 14 Febrero 1978 (427) R.A.
" " 16 Marzo 1978 (1012) R.A.
" " 16 Marzo 1978 (1013) R.A.
" " 26 Junio 1978 (2653) R.A.
" " 29 Junio 1978 (2659) R.A.
" " 25 Octubre 1978 (3313) R.A.
" " 26 Octubre 1978 (3315) R.A.
" " 27 Noviembre 1978 (3808) R.A.
" " 19 Enero 1979 (124) R.A.
" " 8 Febrero 1979 (415) R.A.
" " 10 Febrero 1979 (464) R.A.
" " 21 Febrero 1979 (714) R.A.
" " 28 Febrero 1979 (737) R.A.
" " 6 Marzo 1979 (1045) R.A.

Sentencia de 10 Marzo 1979 (1111) R.A.
" " 4 Abril 1979 (1609) R.A.
" " 6 Abril 1979 (1621) R.A.
" " 26 Abril 1979 (1692) R.A.
" " 27 Abril 1979 (1693) R.A.
" " 11 Octubre 1979 (3578) R.A.
" " 13 Noviembre 1979 (410) R.A.
" " 3 Diciembre 1979 (4533) R.A.
" " 21 Diciembre 1979 (4634) R.A.
" " 31 Marzo 1980 (1209) R.A.
" " 8 Abril 1980 (1259) R.A.
" " 28 Mayo 1980 (2138) R.A.
" " 6 Junio 1980 (2512) R.A.
" " 23 Octubre 1980 (3814) R.A.
" " 9 Abril 1981 (1617) R.A.
" " 1 Diciembre 1981 (4960) R.A.
" " 9 Diciembre 1981 (4986) R.A.
" " 29 Diciembre 1981 (5235) R.A.
" " 2 Febrero 1982 (619) R.A.
" " 5 Abril 1982 (2074) R.A.
" " 21 Mayo 1982 (2694) R.A.
" " 27 Mayo 1982 (2725) R.A.
" " 3 Junio 1982 (3459) R.A.
" " 3 Junio 1982 (3461) R.A.
" " 19 Junio 1982 (3548) R.A.
" " 16 Julio 1982 (4672) R.A.
" " 30 Septiembre 1982 (4988) R.A.
" " 20 Octubre 1982 (5661) R.A.
" " 24 Enero 1983 (44) R.A.

Sentencia de 25 Febrero 1983 (1730) R.A.
" " 20 Mayo 1983 (2736) R.A.
" " 19 Septiembre 1983 (4558) R.A.
" " 14 Noviembre 1983 (5494) R.A.
" " 28 Noviembre 1983 (6762) R.A.
" " 15 Diciembre 1983 (6574) R.A.
" " 23 Enero 1984 (376) R.A.
" " 27 Febrero 1984 (1182) R.A.
" " 28 Febrero 1984 (1185) R.A.
" " 7 Marzo 1984 (1715) R.A.
" " 27 Marzo 1984 (1867) R.A.
" " 24 Abril 1984 (2373) R.A.
" " 24 Abril 1984 (2374) R.A.
" " 16 Julio 1984 (4058) R.A.
" " 5 Diciembre 1984 (6243) R.A.
" " 14 Diciembre 1984 (6548) R.A.
" " 26 Diciembre 1984 (6641) R.A.
" " 18 Enero 1985 (325) R.A.
" " 21 Enero 1985 (331) R.A.
" " 25 Enero 1985 (355) R.A.
" " 30 Enero 1985 (382) R.A.
" " 6 Febrero 1985 (874) R.A.
" " 6 Febrero 1985 (875) R.A.
" " 20 Febrero 1985 (982) R.A.
" " 27 Febrero 1985 (1553) R.A.
" " 1 Marzo 1985 (1566) R.A.
" " 2 Marzo 1985 (1571) R.A.
" " 11 Marzo 1985 (1610) R.A.
" " 2 Abril 1985 (2060) R.A.

Sentencia de 21 Mayo 1985 (2523) R.A.
 " " 28 Mayo 1985 (2544) R.A.
 " " 3 Junio 1985 (2957) R.A.
 " " 11 Junio 1985 (2990) R.A.
 " " 19 Junio 1985 (3030) R.A.
 " " 17 Julio 1985 (4237) R.A.
 " " 26 Septiembre 1985 (4456) R.A.
 " " 7 Octubre 1985 (4786) R.A.
 " " 7 Febrero 1986 (577) R.A.
 " " 20 Febrero 1986 (626) R.A.
 " " 10 Marzo 1986 (1446) R.A.

VINDICACIÓN OFENSA GRAVE

Sentencia de 26 Abril 1872 (986) J.C.
 " " 5 Octubre 1883 (7276) J.C.
 " " 13 Junio 1941 (858) R.A.
 " " 5 Abril 1954 (1121) R.A.
 " " 4 Mayo 1960 (1570) R.A.
 " " 28 Febrero 1972 (903) R.A.
 " " 20 Mayo 1974 (2337) R.A.
 " " 15 Junio 1974 (2889) R.A.
 " " 10 Junio 1975 (1850) R.A.
 " " 6 Julio 1976 (3287) R.A.
 " " 21 Febrero 1977 (601) R.A.
 " " 17 Enero 1979 (121) R.A.
 " " 3 Mayo 1979 (1757) R.A.
 " " 16 Octubre 1979 (3732) R.A.
 " " 6 Noviembre 1979 (3837) R.A.

Sentencia de 15 Noviembre 1979 (4236) R.A.

" " 4 Febrero 1980 (433) R.A.

" " 26 Marzo 1980 (1187) R.A.

" " 5 Marzo 1981 (1080) R.A.

" " 26 Junio 1981 (2799) R.A.

" " 4 Noviembre 1982 (7069) R.A.

" " 5 Noviembre 1982 (7075) R.A.

" " 20 Mayo 1983 (2741) R.A.

" " 9 Mayo 1984 (2591) R.A.

ANEXO DE LEGISLACION

=====

Con el fin de facilitar el manejo y consulta del trabajo, transcribimo a continuación, los preceptos - más significativos que en materia de circunstancias / agravantes y atenuantes se contienen en el Libro I, - en el actual Código Penal vigente de 1944, así como / en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

Se advierte que todos los subrayados son nuestros:

A). CÓDIGO PENAL VIGENTE (1944)

Artículo 2º: " (...).

Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resultare / penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y - el daño causado por el delito".

Artículo 6 bis a): "El error invencible sobre un

elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error a que se refiere el párrafo anterior fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 66".

Artículo 8º : "Están exentos de responsabilidad / criminal:

1º.- El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir.

Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno / de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

Cuando el Tribunal sentenciador lo estime -
procedente, a la vista de los informes de los fa-
cultativos que asistan al enajenado y del resul-
tado de las demás situaciones que se ordene, po-
drá sustituir el internamiento, desde un princi-
pio o durante el tratamiento, por alguna o algu-
nas de las siguientes medidas:

- a). Sumisión a tratamiento ambulatorio.
- b). Privación del permiso de conducción o -
de la facultad de obtenerlo durante el tra-
tamiento o por el plazo que se señale.
- c). Privación de la licencia o autorización
administrativa para la tenencia de armas, o
de la facultad de obtenerla, con interven-
ción de las mismas durante el tratamiento o
por el plazo que se señale.
- d). Presentación mensual o quincenal, ante
el juzgado o Tribunal sentenciador, del ena-
jenado, o de la persona que legal o judicial-
mente tenga atribuida su guarda o custodia.

2º.- El menor de dieciseis años.

Cuando el menor que no haya cumplido -
esta edad ejecute un hecho penado por la ley
será confiado a los Tribunales Tutelares de
menores.

3º.- El que por sufrir alteraciones en la -

percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravamente la conciencia de la realidad.

Cuando estas personas hayan cometido/ un hecho que la ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro educativo especial, durante - el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del / Tribunal.

Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alna o algunas de las medidas del último pá--rrafo del número 1 de este artículo.

4º.- El que obre en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran los requisitos siguientes:

1º.- Agresión ilegítima. En caso de dedefensa de los bienes se reputará agre--sión ilgegítima al ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en - grave peligro de deterioro o pérdida - inminentes; en caso de defensa de la / morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida

en aquella o estas.

2º.- Necesidad racional del medio em
pleado para impedirla o repelerla.

3º.- Falta de provocación suficiente
por parte del defensor.

5º.- (Dejado sin contenido por la ley Or-
gánica 8/1983 de 25 de Junio).

6º.- (Dejado sin contenido por la ley Or-
gánica 8/1983 de 25 de Junio).

7º.- El que, impulsado por un estado de /
necesidad, para evitar un mal propio o --
ajeno, lesiona un bien jurídico de otra /
persona o infringe un deber, siempre que
concurran los requisitos siguientes:

Primero.- Que el mal causado no sea -
mayor que el que se trata de evitar.

Segundo.- Que la situación de necesi-
dad no haya sido provocada intenciona
damente por el sujeto.

Tercero.- Que el necesitado no tenga,
por su oficio o cargo, obligación de
sacrificarse.

8º.- (Dejado sin contenido por la ley Orgá
nica 8/1983 de 25 de Junio).

9º.- El que obra violentado por una fuerza irresistible.

10º.- El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

11º.- El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

12º.- El que obra en virtud de obediencia debida".

Artículo 9 : "Son circunstancias atenuantes:

1º.- Las expresada en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en -- sus respectivos casos.

En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres / del artículo anterior, el Juez o Tribunal -- podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de ésta última. En --

tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el periodo de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que / el Tribunal pueda dar por extinguida la -- condena o reducir su duración en atención/ al buen resultado del tratamiento.

2ª.- La embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir.

3ª.- La de ser el culpable menor de dieciocho años.

4ª.- La de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad - como el que produjo.

5ª.- (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

6ª.- (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

7ª.- (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

8ª.- La de obrar por causas o estímulos tan

poderosos que hayan producido arretrato, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.

9ª.- La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción.

10ª.- Y, últimamente, cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".

Artículo 10: "son circunstancias agravantes:

1ª.- Ejecutar el hecho con alevosia.

Hay alevosia cuando el culpable comete/cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona/que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

2ª.- Cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa.

3ª.- Ejecutarlo por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, destrucción aeronave, varamiento de nave o avería causada / de propósito, descarrilamiento de locomotora o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos.

4ª.- Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad.

5ª.- Aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.

6ª.- Obrar con premeditación conocida.

7ª.- Emplear astucia, fraude o disfraz.

8ª.- Abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa.

9ª.- Obrar con abuso de confianza.

10ª.- Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

11ª.- Cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia.

12ª.- Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

13ª.- Ejecutarlo de noche, en despoblado o en cuadrilla.

Hay cuadrilla cuando concurren a la comisión del delito más de tres malhechores / armados.

14ª.- (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

15ª.- Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando al delinquir, / el culpable hubiere sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos - en el mismo capítulo de este Código, por otro al que la ley señale igual o mayor pena, o / por dos o más a los que aquella señale pena - menor.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o / que hubieren podido serlo.

16ª.- Ejecutar el hecho con ofensa de la au-

toridad o desprecio del respeto que por -
la dignidad o edad mereciese el ofendido,
o en su morada cuando no haya provocado -
el suceso.

17ª.- (Dejado sin contenido por la ley Or
gánica 8/1983, de 25 de Junio)".

Artículo 11: "Es circunstancia que puede atenuar
o agravar la responsabilidad según la naturaleza,
los motivos y los efectos del delito, ser el agra
viado cónyuge o persona a quien se halle ligado /
de forma permanente por análoga relación de afec
tividad, ascendiente, descendiente o hermano por
naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados/
del ofensor".

Artículo 58: "Las circunstancias atenuantes y --
agravantes se tomarán en consideración para dis
minuir o aumentar la pena en los casos y conforme
a las reglas que se prescriben en esta sección".

Artículo 59: "No producen el efecto de aumentar
la pena las circunstancias agravantes que por sí
mismo constituyen un delito especialmente casti
gado por la ley o que ésta haya expresado al des
cribirlo y sancionarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias

agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas, no pudiera / cometerse".

Artículo 60: "Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo en aquellos culpables en quienes concurren.

Las que consistieran en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito".

Artículo 61: "En los casos en que la pena contenga tres grados, los Tribunales observarán / para su aplicación, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las reglas siguientes:

1ª.- Cuando en el hecho concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, impondrán la pena en el grado mínimo.

2ª.- Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieren varias se impondrán en el grado máximo.

3ª.- Cuando concurrieren circunstancias - atenuantes y agravantes las compensarán / racionalmente para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

4ª.- Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, / teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, impondrán la pena en el grado mínimo o medio.

5ª.- Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada y no concorra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada, aplicándola en el grado que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.

6ª.- (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

7º.- Dentro de los límites de cada grado, -- los Tribunales determinarán la extensión de/ la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito".

Artículo 62: "En los casos en que la pena señalada no se componga de tres grados, los Tribunales aplicarán las reglas contenidas en el artículo anterior dividiendo en tres periodos iguales el tiempo que comprenda la pena impuesta, formando un grado de -- cada uno de los tres periodos".

Artículo 63: "En la aplicación de las multas, los/ Tribunales podrán recorrer toda la extensión en -- que la ley permita imponerlas, consultando, para / determinar en cada caso su cuantía, no sólo las -- circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable".

Artículo 64: (Dejado sin contenido por la ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio).

Artículo 65: "Al mayor de dieciséis años y menor / de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos --grados a la señalada por la ley, pudiendo el

Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable".

Artículo 66: "Se aplicará la pena inferior en / uno o dos grados a la señalada por la ley cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los -- respectivos casos de que se trata en el artículo 8º, imponiéndola en el grado que los Tribunales estimaren conveniente, atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concu--- rrieren".

Artículo 565: "El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de / prisión menor.

(...).

En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.

(...).".

Título V. De las disposiciones comunes a las faltas.

Artículo 601: "En la aplicación de las penas/ de este libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del/ caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68".

B).- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL - DE 1980.

Artículo 1º: "(...).

Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de la / ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal -- causado por la infracción y la culpabilidad del reo".

Artículo 20º: "El error probado e invencible so

bre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

Si el error fuere vencible, atendidas las/ circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa.

La creencia errónea, probada e invencible / de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible / se observará lo dispuesto en el artículo 81".

Artículo 26: "Están exentos de responsabilidad criminal:

1º.- El enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, -- siempre que éste último no haya sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiere previsto o podido / prever su comisión.

2º.- El que, al tiempo de cometer la infracción penal, se halle en estado de embriaguez plena o bajo el efecto agudo de otra intoxicación, siempre que no se hayan producido con

el propósito de cometer el delito o se hubiese previsto o podido prever la posibilidad de cometerlo.

3º.- El menor de quince años.

Cuando el menor de esta edad ejecute / un hecho previsto como infracción penal se rá entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

4º.- El sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción.

5º.- El que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero.- Agresión ilegítima.

Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

6º.- El que, impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesionara un bien jurídico de otra persona o infringe un deber siempre que concurren los --

siguientes requisitos:

Primero.- Que el mal causado no sea - mayor que el que se trata de evitar.

Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada dolosamente por el sujeto.

Tercero.- Que el necesitado no tenga/ por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse

7º.- El que obra violentado por una fuerza irresistible.

8º.- El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal igual o mayor.

9º.- El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

10º.- El que obra en virtud de obediencia debida.

En los supuestos de los cuatro primeros apartados de este artículo se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en las leyes".

Artículo 27: "Son circunstancias atenuantes:

1º.- Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2º.- La de que el culpable, sin estar comprendido en el número anterior, se encuentre, al tiempo de cometer la infracción penal, en estado de intoxicación alcohólica o de otra índole que, sin ser preordenada al hecho, no llegue a tener plenitud de efectos sobre el sujeto.

3º.- La de ser el culpable menor de dieciocho años.

4º.- La de obrar por causas o estímulos -- tan poderosos que, naturalmente, hayan producido arrebató, obcecación u otro estado/pasional de semejante entidad.

5º.- La de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia.

6º.- La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer la apertura /

del procedimiento judicial, a reparar o -
disminuir los efectos del hecho, a dar sa-
tisfacción al ofendido o a confesar a las
autoridades la infracción.

7º.- Y, últimamente, cualquier otra de aná-
loga significación."

Artículo 28º: "Son circunstancias agravantes:

1ª.- Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable come-
te cualquiera de los delitos contra las --
personas empleando medios, modos o formas/
en la ejecución que tiendan directa y espe-
cialmente a asegurarla, sin riesgo para su
persona que proceda de la defensa que pudie-
ra hacer el ofendido.

2ª.- Ejecutar el hecho con abuso de superio-
ridad o aprovechando las circunstancias de
lugar, tiempo o auxilio de otras personas /
que debilitan la defensa del ofendido o fa-
ciliten la impunidad del delincuente.

3ª.- Cometer el hecho mediante precio, re--
compensa o promesa.

4ª.- Obrar por móviles abyectos o fútiles.

5ª.- Ejecutar el hecho por medio de veneno, inundación, incendio, explosivo u otros medios ocasionados a grandes estragos.

6ª.- Proceder con ensañamiento, siempre que denote la perversidad del culpable.

7ª.- Obrar con premeditación cuando revele - especial malicia en el culpable.

8ª.- Realizar el hecho con cualquier clase / de publicidad o medio de difusión que propague el daño.

9ª.- Obrar con abuso de confianza.

10ª.- Prevalerse del carácter público que -- tenga el culpable.

11ª.- Ser reincidente.

Hay reincidencia genérica cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor, salvo - que se hubieren cancelado los antecedentes -

penales.

Hay reincidencia específica cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por el mismo o semejante especie de delito, salvo que se hubieren cancelado sus antecedentes penales."

Artículo 29: "Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano consanguíneo o adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor."

Artículo 76: "Las circunstancias que la ley define como atenuantes o agravantes, o que tiene en cuenta para cualificar o privilegiar una infracción, se tomarán en consideración en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta Sección."

Artículo 77: (Igual que en el artículo 60 del Código Penal vigente).

Artículo 78: "En la aplicación de la pena los --Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª.- Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales - individualizarán la pena, imponiendo la señalada en la ley en la extensión que estimen adecuada a la personalidad del delincente, a la naturaleza de los móviles que le impulsaron y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

2ª.- Cuando en el hecho concurre sólo alguna circunstancia atenuante, los Tribunales en la aplicación de la pena no podrán / rebasar la mitad de la que fije la ley para la infracción penada.

3ª.- Cuando concurre sólo alguna circunstancia agravante, los Tribunales no podrán / imponer pena inferior a la mitad de la señalada por la ley para la infracción castigada.

4ª.- Cuando concurrieren circunstancias atenuantes o agravantes, las compensarán racionalmente para la determinación de la pena, graduando el valor de unas y otras.

5ª.- Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy cualificada,

y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en / grado a la señalada por la ley, aplicándola en la cuantía que estimen pertinente, - según la entidad y número de dichas circunstancias.

6ª.- Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los Tribunales no podrán imponer pena mayor que la / señalada por la ley en su límite máximo, sin perjuicio de las medidas de seguridad previstas en este Código para los delincuentes habituales o profesionales."

Artículo 79: "Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o -- atenuantes que la ley tuvo en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse".

Artículo 80: "Al mayor de quince años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en grado a la señalada en la ley, en la extensión que el Tribunal estime adecuada, dadas las condiciones del/ menor y las circunstancias que concurren en su delito, sin perjuicio de los dispuesto en el artículo 148".

Artículo 81 : "En los casos de exención incompleta previstos en el número 1 del artículo 27 se aplicará la pena inferior en grado, imponiéndola en la extensión que el Tribunal estime conveniente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren y sin perjuicio de los dispuesto en los artículos 145 y 146".

Título VI. del Libro III. Disposiciones comunes a las faltas.

Artículo 686: "En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable".

C).- PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1983

Artículo 1: " (...)."

4º.- Del mismo modo acudirá al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecu

tar desde luego la sentencia, cuando de la aplicación de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias/personales del reo".

Artículo 4º: "Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. No obstante, podrán aplicarse / analógicamente los preceptos que favorezcan al reo".

Artículo 17: "1.- El error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción penal o elemento que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso.

2.- Si el error fuere vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

3.- El error invencible sobre la --ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados".

Artículo 22º : "Están exentos de responsabilidad criminal:

1º- (Igual que el número 1º del artículo 26 del P.L.O.C.P. de 1980).

2º- (Igual que el número 2º del artículo 26 del P.L.O.C.P. de 1980).

3º- El menor de dieciocho años.

Quando el menor de esta edad ejecute un hecho previsto como infracción penal / será entregado a la jurisdicción especial de los Tribunales Tutelares de Menores.

4º- El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

5º- (Igual que el número 4º del artículo 8 del Código Penal vigente).

6º- (Igual que el número 7 del artículo 8 - del Código Penal vigente, y que el número 6 del artículo 26 del P.L.O.P.C. de 1980).

- 7º- (Igual que el número 9 del artículo 8 del Código Penal vigente, y que el número 7 del artículo 26 del P.L.O.C.P. de 1980).
- 8º- (Igual que el número 10 del artículo 8 del Código Penal vigente, y que el número 8 del artículo 26 del P.L.O.C.P. de 1980).
- 9º- (Igual que el número 11 del artículo 8 del Código Penal vigente, y que el número 9 del artículo 26 del P.L.O.C.P. de 1980).
- 10º- (Igual que el número 12 del artículo/ 8 del Código Penal vigente, y que el número 10 del artículo 26 del P.L.O. C.P. de 1980).

En los supuestos de los cuatro primeros -- apartados de este artículo se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en las leyes".

Artículo 23: "Son circunstancias atenuantes:

- 1º- (Igual que el número 1º del artículo - 27 del P.L.O.C.P. de 1980).

2º- (Igual que el número 2º del artículo 27 del P.L.O.C.P. de 1980).

3º- La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad.

4º- La de obrar por motivos de notorio valor social.

5º (Igual que el número 6 del artículo 27 - del P.L.O.C.P. de 1980)."

Artículo 24: "Son circunstancias agravantes:

1º- (Igual que el número 1º del artículo 10 del Código Penal vigente y que el número 1º del artículo 28 del P.L.O.C.P. de 1980).

2º- (Igual que el número 2º del artículo 28 del P.L.O.C.P. de 1980).

3º (Igual que el número 2º del artículo 10 del Código Penal vigente y que el número 3º del artículo 28 del P.L.O.C.P. de 1980).

4º- Obrar por motivos singularmente abyectos o fútiles en delitos contra las personas.

5º- (Igual que el número 5º del artículo 10 del Código Penal vigente).

6º- (Igual que el número 9 del artículo 10 - del Código Penal vigente y que el número 9º del artículo 28 del P.L.O.C.P. de --- 1980).

7º- (Igual que el número 10º del artículo 10 del Código Penal vigente y que el número 10 del artículo 28 del P.L.O.C.P. de --- 1980)."

Artículo 25: "Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos o los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o / hermano, por naturaleza o adopción, o afín en los mismos grados del ofensor".

Artículo 61: "Las circunstancias que la ley define como atenuantes o agravantes se tomarán en consideración en los casos y conforme a las reglas - que se prescriben en esta sección".

Artículo 62: (Igual que el artículo 60 del Código Penal vigente y que el 77 del -- P.L.O.C.P. de 1980).

Artículo 63: "En la aplicación de la pena, los / Tribunales observarán según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1º- Cuando ~~no~~ concurrieren circunstancias - atenuantes ni agravantes o cuando concurrieren unas y otras, los Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la ley en la extensión que sea adecuada a / las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

2º- Cuando concurriere sólo alguna circunstancia atenuante, los Tribunales en la aplica---ción de la pena no podrán rebasar la mitad de la que fije la ley para el delito.

3º- Cuando concurriere sólo alguna circunstancia agravante, los Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley.

4º- Cuando sean dos o más las circunstancias/

atenuantes o una s3la muy cualificada y no concurra agravante alguna, los Tribunales, razon3ndolo en la sentencia, podr3n imponer la pena inferior en uno o dos grados a la se3alada por la ley, -- aplic3ndola en la cuant3a que estimen -- pertinente, seg3n la entidad y n3mero / de dichas circunstancias".

Art3culo 64: "Las reglas del art3culo anterior no se aplicarn a las circunstancias agravantes o / atenuantes que la ley haya tenido en cuenta al - describir o sancionar una infracci3n, ni a las / que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse".

Art3culo 65: "En los casos de exenci3n incompleta previstos en la circunstancia 13 del art3culo 23, se aplicar3 la pena inferior en uno o dos grados, imponi3ndola en la extensi3n que el Tribunal estime conveniente, atendidos el n3mero y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren, razon3ndolo en la sentencia y sin perjuicio de lo / dispuesto en el art3culo 98".

Art3culo 68: "Cuando la pena se3alada en la ley - no tenga una de las formas previstas especialmen-

te en este título, se individualizará y aplicará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores".

Título VI, del Libro III. Disposiciones comunes a las faltas.

Artículo 608: "En la aplicación de las penas de / este Libro los Tribunales procederán, según su -- prudente arbitrio, dentro de los límites de cada/ una, atendiendo a las circunstancias personales - del reo y del hecho".