

Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES

Profesor Ayudante de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

El tema de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es un tema al que, en líneas generales, se le ha prestado muy poca atención por la doctrina española. Si bien han aparecido monografías valiosas sobre algunas de ellas (1), en general, la mayoría de los análisis que de ellas se han hecho, ha sido en artículos, los cuales, pese a su profundidad en muchos casos, no pueden nunca llegar a sustituir a una monografía. Los tratadistas las han analizado igualmente, pero al estar enmarcado su estudio en obras de carácter general, no se puede esperar que se haga un análisis exhaustivo de ellas (2), menos aún si se da, como en algunas ocasiones, la absoluta carencia de estudios monográficos, incluso a nivel de artículo.

Pero si el panorama de trabajos científicos sobre las circunstancias en particular es muy poco variado, menor todavía ha sido la atención que se ha prestado a una serie de cuestiones dogmáticas que las circunstancias, en general, conllevan. No ha habido ni un solo estudio monográfico, ni siquiera artículo, que se haya planteado algunos de los problemas que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como tales circunstan-

(1) CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La alevosía*, Barcelona, Bosch, 1953 y del mismo autor *La premeditación*, Barcelona, Bosch, 1958. BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1973. MARTÍNEZ ZAMORA, A.: *La reincidencia*, "Publicaciones de la Universidad de Murcia", Murcia, 1971. MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, Bosch, 1974.

(2) Es de destacar, como obra de carácter general que presta más atención de lo habitual a las circunstancias, *Los comentarios al Código penal*, de CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., Barcelona, Ariel, 1972.

cias presentan (3). Tal problemática ha quedado confinada a las obras generales, y no a todas.

Tres de estos problemas de la teoría general de las circunstancias vamos a intentar analizar en las próximas líneas. Ahora bien, va a ser un análisis no basado, al menos primordialmente, en el contenido de estas tres cuestiones, sino en la relación que entre las tres se establece por un buen número de autores.

Uno de estos puntos de referencia relativo a las circunstancias, es la actitud que se toma respecto a si su fundamento tiene que ver con lo injusto —o la antijuricidad—, o con la culpabilidad —en cuanto reprochabilidad—, en suma, cuál sea su colocación sistemática en la teoría del delito, o bien, fuera de ella. Este problema registró una evolución decisiva en España en cuanto se generalizó la teoría jurídica del delito entre los autores.

Otro tema, ya más antiguo, pero que igualmente sigue teniendo peso en la actualidad, es el relativo a la naturaleza de las circunstancias, y toda la problemática doctrinal sobre si son todas ellas de naturaleza objetiva, o subjetiva, o bien unas tienen el primer carácter y otras el segundo, y cuáles sean.

Finalmente, el otro problema está en función del artículo 60 del Código, con sus dos párrafos que hacen alusión a las circunstancias consistentes en causa personal, o bien en la modalidad ejecutiva.

Pues bien, he observado, como luego trataré de demostrar, que, con mayor o menor nitidez, según los autores, la mayoría de éstos 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 1 del artículo 60. A su vez, toda circunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuricidad, y es comunicable a tenor del párrafo 2 del artículo 60 (4).

Las razones a las que se puede deber tal conexión son varias, como iremos viendo, pero quizá se pueda destacar como elemento decisivo en la gran mayoría de los casos, el binomio objetividad-subjetividad, y todas las implicaciones que ha tenido a lo largo de la evolución de la teoría del delito.

El presente trabajo pretende, por consiguiente, analizar críti-

(3) Al margen de todas estas afirmaciones, así como del propósito y ámbito de estudio de este artículo, queda todo lo referido a las eximentes incompletas, que han sido objeto de profundos estudios. Vid. CÓRDOBA RODA, J.: *Las eximentes incompletas*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966. Así como toda la problemática doctrinal relacionada con el "versari in re illicita" en donde está involucrada la atenuante de preterintencionalidad.

(4) Expongo las tres parejas de conceptos en un orden no deductivo, es decir, no siempre de la naturaleza subjetiva se deduce por los autores la referencia a la culpabilidad, pues a veces es de ésta de la que se deduce la naturaleza subjetiva..., etc. Veremos más tarde cuál es causa y cuál consecuencia, según los diversos autores.

camente las posturas de los diversos autores, mayoritariamente expuestas en obras de carácter general, respecto a esta problemática, dando una panorámica de la situación en la doctrina española.

Por último expondré mi opinión personal sobre cuál haya de ser la postura a tomar.

DOCTRINA ANTERIOR A LA VIGENCIA DEL CODIGO DE 1944

El estudio de toda la problemática aludida lo vamos a centrar en los autores que escriben en función del Código de 1944. Ello no obstante, y en especial por la luz que aportan sobre algunas posturas doctrinales actuales, vamos a hacer un rápido análisis de la doctrina anterior.

En general, y en especial los autores más antiguos (5), es evi-

(5) VIZMANOS Y ALVAREZ aluden a toda esta problemática en los siguientes términos: Piensan que las atenuantes se basan en la menor perversidad del delincuente y las agravantes aparte de en la mayor perversidad, en la "mayor extensión del mal producido por el delito, la mayor facilidad de cometerlo y la mayor posibilidad de ponerse a cubierto de la sanción penal, y concluye diciendo, respecto a agravantes y atenuantes, que "la culpabilidad es mayor, y por consiguiente la pena ha de serlo, en razón de la inmoralidad del agente, del mal causado por el delito, y de la facilidad de cometerlo o de eludir las sanciones de la justicia penal". En la agravante de astucia... apreciará, aparte de una mayor inmoralidad del delincuente, una mayor facilidad para eludir el castigo; en ignominia y en lugar sagrado, tanto mayor perversidad como mayor extensión del mal; y en abuso de confianza aprecia todos los fundamentos. VIZMANOS Y ALVAREZ, *Comentarios al nuevo Código penal*, Madrid, 1848, tomo I, págs. 125, 126, 138, 142, 148-149.

En cuanto a PACHECO, al hablar de las atenuantes, en relación con las eximentes, que acaba de estudiar, dice que "pasamos de la esfera de la inocencia a la de la culpabilidad; pero nos detenemos en la que la hace más leve...", y más tarde afirmará que las atenuantes rebajan la responsabilidad. Más atrás dirá que el carácter verdadero de todas las atenuantes es la "falta parcial de uno de los elementos del delito. Son razones incompletas de excusa, que si fuesen completas, justificarían; que, siendo como son, disminuyen la responsabilidad. La intención clara, íntegra, omnimoda de delinquir, es la que no se encuentra en ninguno de estos casos; porque esa intención no puede suponerse; porque no la hay, cuando tales hechos existen, es por lo que la ley ha debido mirarlos con esa también parcial indulgencia..." y estima que "siempre la atenuación... depende de que, en la parte subjetiva del delito, ha quedado algo inacabado, incompleto, así para la inocencia como para la responsabilidad". Por el contrario, de las agravantes dice que tienen varios orígenes, no uno, y añade que "unas vienen efectivamente de lo subjetivo del crimen, como acabamos de ver en las atenuantes, de la intención más dañada, más perversa del que lo comete; otras del exceso de mal que causa, o sea, de la parte objetiva de aquél; un tercer género, de la mayor alarma que se infunde a la sociedad; un cuarto...", añadiendo que en la mayor parte de los casos se dan dos o más fundamentos de la agravación, y que "la mayor perversidad y la mayor alarma, se encuentran en casi todos". Por otra parte, estima que el carácter público agrava la cul-

dente que no manejan los conceptos modernos de injusto y culpabilidad, por tanto, toda pretensión de ver en ellos una distinción de las circunstancias respecto a su referencia a injusto o culpabilidad, es inútil. Las circunstancias son referidas, de un modo indistinto, a la responsabilidad, a la pena, o a la culpabilidad, no entendida ésta en un sentido moderno.

Si dejando las categorías dogmáticas, descendemos a las fundamentaciones concretas, observamos que se utilizan fundamentos tales como *mayor alarma social*, *mayor extensión del daño*, *mayor perversidad*, que, si bien por estos autores se utilizan sin ninguna referencia a los elementos del delito, van a ser las mismas fundamentaciones concretas que van a servir a autores posteriores para vincular ciertas circunstancias a uno u otro de los elementos del delito.

La diferencia respecto a estos autores posteriores consiste en que los clásicos no ven ningún inconveniente en considerar como fundamento de una determinada circunstancia consideraciones tales como la alarma social, y la mayor perversidad, al mismo tiempo, o incluso diciendo que todos los fundamentos de agravación concurren en una circunstancia, lo cual muestra inequívocamente lo ya dicho de que no son conscientes de que unos fundamentos aluden más a una mayor antijuricidad y otros a una mayor culpabilidad.

En todo caso, tanto en Alvarez y Vizmanos, como en Pacheco y Viada, se aprecia que los fundamentos que dan para las atenuantes, en los planteamientos modernos llevarían a vincularlas

pabilidad y la penalidad; el desprecio de autoridad, la culpabilidad; el lugar sagrado, la responsabilidad. Y finalmente, dirá que las circunstancias aumentan o disminuyen la responsabilidad o la pena. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a edic., Madrid, 1881, págs. 182, 186, 252-253, 229, 236, 241.

VIADA estima que las agravantes surgen del mayor grado de perversidad derivado ya sea de las circunstancias personales del sujeto, ya sea de las circunstancias de la cosa objeto del delito. Luego, al referirse a cada agravante, alude a la perversidad, al mayor daño, a la alarma... En reiteración estima que es una "agravante de la culpabilidad del delincuente". Las circunstancias atenuantes se basan en la "disminución de la libertad, inteligencia, e intencionalidad del culpable y por lo mismo, producen el efecto... de disminuir o minorar la responsabilidad de aquél". VIADA, *Código penal reformado de 1870*, 4.^a edic., Madrid, 1890, tomo I, págs. 247, 310 y 195.

GROIZARD nos dice que "no hay legislación que en la esfera de la culpabilidad no haya reconocido la existencia de circunstancias que atenuan o agravan la responsabilidad del agente". Y luego dirá que "todos aquellos móviles que puedan ser causa de aumentar la importancia de los delitos; esto es, que puedan influir en la mayor o menor libertad del agente, en la mayor o menor gravedad del daño social inherente a todo delito son, pues, las fuentes generales donde surgen así las atenuantes como las agravantes". Posteriormente, dentro de cada agravante, aludirá tanto a la mayor perversidad, como a la alarma social, sin contraponer un fundamento a otro. GROIZARD, *Código penal de 1870*, Burgos, 1870, tomo I, págs. 295, 368-369.

a una menor reprochabilidad, mientras que los dados para las agravantes en unos casos llevarían a éstas a la reprochabilidad, como las atenuantes —perversidad...—, pero en otros las llevarían a la antijuricidad —extensión del mal, alarma, facilidad de eludir las sanciones...—. De todos modos, para llegar a esta clasificación moderna en estos autores, habría que pasar por alto lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior.

En cuanto a pronunciamientos sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, sólo Pacheco (6) alude a ello, afirmando que la atenuación se basa en la parte subjetiva del delito, y la agravación, a veces en la parte subjetiva, y en otras ocasiones, en la objetiva. Y a algo de esto parece querer aludir Viada (6) al decir que las agravantes se refieren, ya sea a las circunstancias personales del sujeto, ya sea a las circunstancias de la cosa objeto del delito.

En cuanto al artículo 60 (7), ya existente con otra numeración en los Códigos de 1848 y 1870, todos los autores se limitan a vincularlo al principio de culpabilidad. Pacheco asigna, a vía de ejemplo, al párrafo 1, tanto agravantes como atenuantes.

Respecto a las relaciones entre las tres parejas de conceptos, sólo hay algunos indicios de vinculación en Pacheco, que considera a las atenuantes como referidas a la parte subjetiva del delito, así como referidas a la menor intención de delinquir, y a la menor perversidad, lo que traducido a términos modernos y con muchas dudas, pudiera hacer pensar que equipara subjetivo a menor reprochabilidad, así como que, en función de los fundamentos que da para algunas agravantes, también pudiera pensarse que, tras la traducción a términos modernos hace una equiparación entre lo objetivo y la referencia a la antijuricidad. No obstante, tales «traducciones a términos modernos» son totalmente arbitrarias, pues es incluir a Pacheco en una problemática muy alejada de él.

Silvela será el que, podemos decir, inicie la problemática sobre la relación entre las tres parejas de conceptos a que hemos aludido. Realmente, él se limita prácticamente a hablar de una de estas parejas de conceptos, la relación naturaleza objetiva-subjetiva, pero será a partir de él que se iniciará la polémica.

Silvela afirma que en base a la imputabilidad, surge la responsabilidad, que no es otra cosa que la necesidad moral a que está sujeta toda persona, de atenerse o estar a las consecuencias que provienen de sus acciones imputables. Pues bien, esta responsabilidad puede ser objetiva o subjetiva, la primera, derivada de apreciar «el hecho imputable en sí mismo, deduciendo de su propia naturaleza, de su mérito o valor, las consecuencias que de él deben originarse y a las que ha de estar atendido el autor», la segunda,

(6) Vid. nota anterior.

(7) VIZMANOS Y ALVAREZ, op. cit., pág. 292. PACHECO, op. cit., página 399. GROIZARD, op. cit., tomo II, pág. 363.

de «considerar al propio tiempo el estado o situación especial de ánimo en que el culpable se hallaba en el momento de cometer el crimen, para deducir también la responsabilidad». Cada una de estas responsabilidades se puede entender «in concreto» o «in abstracto», en el primer caso es cuando se tienen en cuenta no sólo los elementos esenciales del delito, sino también los accidentales, si nos referimos a la responsabilidad objetiva, y si nos referimos a la subjetiva será «in concreto» cuando atendemos al especial estado anímico del sujeto al tiempo de ejecutar el delito, y no a un estado anímico normal (8).

Pues bien, dentro de este marco, estima que las «circunstancias accidentales», que se refieren a la responsabilidad objetiva «in concreto», son de naturaleza objetiva, y abarcan a todas y sólo las agravantes. Y estima que «las circunstancias modificativas de la imputabilidad», que se refieren a la responsabilidad subjetiva «in concreto» son de naturaleza subjetiva, y abarcan a todas y sólo las atenuantes (9).

De todo este planteamiento resulta, en primer lugar, que considera a las atenuantes o a las agravantes, cada una por su lado, como un bloque de naturaleza uniforme, a diferencia de los autores anteriores, que si bien consideraban a las atenuantes como todas de la misma naturaleza, no opinaban lo mismo de las agravantes.

En segundo lugar, considera que las agravantes tienen naturaleza objetiva, y las atenuantes, subjetiva, con lo cual introduce ya claramente este par de conceptos en la doctrina.

En tercer lugar, al vincular la naturaleza objetiva con la responsabilidad objetiva «in concreto», y la naturaleza subjetiva con la responsabilidad subjetiva «in concreto», conceptos éstos de responsabilidad que nos recuerdan mucho más que cualquiera de los vistos hasta ahora, el contenido —ya que no la estructura conceptual, y significación— de lo que luego será la antijuricidad, y la culpabilidad, se perfila aquí, al margen de que luego haya otras razones para ello derivadas de los propios conceptos de antijuricidad y culpabilidad, el inicio de la equiparación entre naturaleza objetiva y referencia a la antijuricidad, y naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad (10).

(8) SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios*, Madrid, 1874, tomo I, págs. 125-130.

(9) *Ibidem*, págs. 182-188 y 216-227.

(10) Conviene destacar, por otro lado, la afirmación que Silvela hace, previniendo críticas, como luego en efecto se dieron, de que “al insistir en el carácter objetivo que revisten las circunstancias accidentales, no se entienda que han de considerarse... como hechos totalmente extraños y ajenos a la voluntad culpable; lejos de eso, es preciso afirmar nuevamente, que lo que no está en la determinación voluntaria del reo, no está en el delito y. que los hechos exteriores tan sólo tienen valor en cuanto son su expresión y signo”. Esta reafirmación del principio de culpabilidad, al margen de las naturalezas objetiva o subjetiva de las

Otro autor que igualmente destaca de los restantes en este tema es Bernaldo de Quirós el cual hace una clasificación de las circunstancias agravantes, en objetivas y subjetivas, afirmando que son agravantes las que «implican mayor gravedad en el delito por disposiciones del agente o caracteres del hecho» (11), o bien, que las agravantes objetivas «son aquéllas cuyo título de agravación reside más en el delito que en el delincuente» mientras que las agravantes subjetivas consisten en «estados personales del delincuente, como son todas las atenuantes» (12).

Es decir, Bernaldo de Quirós, cuya influencia en este punto será decisiva, es otro autor que afirma inequívocamente la variedad de naturaleza de las circunstancias, subjetivas las atenuantes, y objetivas o subjetivas, según los casos, las agravantes.

Si resumimos todas las posturas doctrinales hasta la llegada del Código de 1928, podemos decir que, en primer lugar, respecto al artículo 60, se había entendido como manifestación del principio de culpabilidad, sin intentar conectarlo con la naturaleza de las circunstancias, ni con su referencia a los elementos del delito.

En segundo lugar, se refieren siempre las circunstancias a la culpabilidad, responsabilidad o pena, indistintamente, si bien algunos, en especial Silvela, abren el camino para una referencia de las circunstancias a elementos determinados del delito, muy desdibujada en todo caso, pues, sin una teoría del delito estructurada dogmáticamente, tal referencia carece de sentido. De todos modos, las fundamentaciones concretas de las circunstancias guardan en ocasiones gran parecido con las actuales.

Respecto a la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, se insinúa en Pacheco, y aparece con claridad en Silvela y Bernaldo de Quirós.

Se puede pensar que hay una equiparación entre naturaleza objetiva y subjetiva, y referencia a injusto y culpabilidad, patente en Silvela, y quizá en Pacheco, pero esto se ha de admitir con todas las reservas, pues los conceptos de injusto y culpabilidad están todavía alejados de lo que, por ejemplo, quiere decir Silvela, con responsabilidad objetiva o subjetiva.

Si pasamos a los comentaristas del Código de 1928, vemos que los autores, forzados a comentar las circunstancias en función de la clasificación del Código no por ello dejan de manifestar su disconformidad respecto a ella (13). Así lo manifiestan tanto Cuello,

circunstancias, aun ahora es capaz de invalidar los argumentos de Ferrer y Cuello, como luego veremos. Vid. infra.

(11) BERNALDO DE QUIRÓS, *Teoría del Código penal*, Alcalá, 1911, tomo I, pág. 420 (citado por JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal, parte general*. Madrid, 1929, págs. 375-377).

(12) BERNALDO DE QUIRÓS, *Lecciones de legislación penal comparada*, Editora Montalvo, Ciudad Trujillo, 1944, págs. 142 y 144.

(13) El Código de 1928, al dividir tanto las atenuantes como las agravantes, en las derivadas de las circunstancias de la infracción, y las derivadas de las condiciones del infractor, produjo el efecto de avivar

como Jiménez de Asúa y Antón (14), inclinándose todos ellos por afirmar la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias (15). En ese sentido, se alejan claramente de las posturas anteriores, de Silvela y Bernaldo de Quirós. A su vez, la afirmación de que todas las circunstancias tienen naturaleza subjetiva les lleva a propugnar la referencia de todas ellas a la culpabilidad. Esta vinculación entre naturaleza subjetiva de todas las circunstancias y referencia de ellas a la culpabilidad, va a ser una postura que perdurará en algunos tratadistas del Código de 1944, como veremos, fundamentada, tanto en la inicial concepción de la teoría del delito que decía que lo objetivo iba a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad, como en la atribución del carácter subjetivo a todas las circunstancias en base a la formulación que del principio de culpabilidad realiza el artículo 60 (16).

Un comentarista del Código de 1928 que reviste mayor interés es el padre Montes. Este autor coloca sistemáticamente las circunstancias, unas en la imputabilidad, y otras en la responsabilidad. Da un concepto de imputabilidad (17) distinto al de responsabilidad (18), y mantiene la clara distinción entre estas dos categorías conceptuales. En línea con ello, clasifica un determinado número de atenuantes, entre las referidas a la imputabilidad, mien-

la polémica sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, pues al comentar el Código había que aludir a tal división legal.

(14) CUELLO, *Nuevo Código penal español*, Bosch, Barcelona, 1929, libro primero, págs. 118 y 133. JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, tomo I, págs. 331 y 378.

(15) CUELLO nos dice que todas las atenuantes son "personales y constituyen situaciones o estados del delincuente reveladores de una menor culpabilidad a la par que de una menor temibilidad", y de las agravantes dirá que son todas subjetivas", pues siempre representan una mayor perversidad o una mayor temibilidad del delincuente cuyo acto acompañan". Op. cit., págs. 118 y 133. Del mismo modo JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA manifiestan que "las atenuantes, y quizá todas las circunstancias deben apreciarse en cuanto revelan la personalidad del delincuente", y con la referencia a la personalidad están hablando, como antes han dicho, de la subjetividad de las circunstancias. Luego al estudiar las agravantes, negarán la división legal, diciendo que la doctrina, o las considera todas objetivas, o subjetivas, inclinándose ellos por esto último. Asimismo al hablar de la premeditación, dirán que enraíza en la culpabilidad, y si agrava es porque el dolo premeditado puede suponer mayor temibilidad en el agente. En este sentido ésta es la circunstancia más subjetiva, y el error del Código al clasificarla entre las de tipo objetivo es crasísimo". Op. cit., págs. 331, 375-378, 385-386.

(16) Vid. infra, en especial el análisis de la postura de Cuello.

(17) "Conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como su causa eficiente y libre". P. MONTES, *Derecho penal español*, San Lorenzo de El Escorial, 1929, 2.ª edic., vol. II, parte general, pág. 69.

(18) "Necesidad moral y jurídica de atenerse el autor de una acción punible a las consecuencias penales de sus actos voluntarios y rendir cuentas ante el poder social de la violación voluntaria y consciente, dolosa y culpable, de un precepto penal". P. MONTES, op. cit., pág. 172.

tras que deja unas pocas, junto con todas las agravantes, situadas en la responsabilidad; por otra parte, a las atenuantes de la imputabilidad las llama subjetivas, y a las de la responsabilidad, objetivas (19).

Respecto a las agravantes, todas colocadas en la responsabilidad, dice lo siguiente: Su fundamento está en «ya la mayor culpabilidad que revela el delito con tal circunstancia, ya el mayor daño material o social, ya en fin, el mayor peligro del delincuente o la necesidad de una defensa más eficaz de intereses y derechos individuales o sociales, amenazados», y dirá que «la clasificación más científica sería la que tomara por base los distintos elementos del delito; pero nos atenderemos a la que nos ofrece el Código penal» (20).

Por último no dejará de recordar que «todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad, aunque por su naturaleza sean objetivas, tienen también un carácter subjetivo, en cuanto que de algún modo han de encontrarse en el sujeto de la infracción criminal para que puedan ser apreciadas como modificativas de su culpabilidad y responsabilidad» (21).

De todo ello se pueden deducir las siguientes observaciones: En primer lugar, al igual que Silvela (22), no se olvida de dejar bien claro que todas las circunstancias tienen que ajustarse en su funcionamiento al principio de culpabilidad, ahora bien, a diferencia de la doctrina mayoritaria en esos momentos, eso no le resulta óbice para afirmar que hay circunstancias de naturaleza objetiva.

En segundo lugar, respecto a las atenuantes, vincula la naturaleza objetiva a la referencia a la responsabilidad, y la naturaleza subjetiva a la imputabilidad, vinculando, por tanto, la naturaleza de las circunstancias con su referencia a uno u otro de los conceptos dogmáticos.

Finalmente, es de destacar la afirmación que hace, plenamente moderna, de que la clasificación más científica de las agravantes sería la que tomara por base los distintos elementos del delito.

Silvela, junto con el padre Montes, pueden ser considerados, por tanto, como los exponentes más antiguos de la vinculación de las circunstancias a uno u otro de los conceptos dogmáticos en base a las características individuales de cada una de ellas.

(19) *Ibidem*, págs. 155 y 203.

(20) *Ibidem*, págs. 208-209.

(21) *Ibidem*, pág. 218.

(22) *Vid. supra*, el análisis de la postura de Silvela.

POSTURA DE FERRER SAMA

Ferrer Sama afirma la naturaleza subjetiva tanto de las atenuantes como de las agravantes (23). Estima que si, como hace Silvela, se propugnara la naturaleza objetiva de las agravantes, se deberían apreciar aun cuando el sujeto no hubiera tenido conocimiento de ellas (24). A continuación nos dirá que la redacción del artículo 60 es la mejor prueba de que todas las circunstancias son subjetivas (25).

Insistiendo en el tema, cuando estudia el artículo 60 nos vuelve a recordar que la exigencia de «tener conocimiento» del párrafo 2 del artículo 60 muestra la consideración subjetiva que tienen todas las circunstancias. Pues si se catalogaran las agravantes como objetivas, habrían de apreciarse aunque ignoraran los co-partícipes que concurrían, cosa que se derivaría de su conceptualización como objetivas, pero que va manifiestamente en contra de la letra del artículo 60. Aún añade que si se considerase a tal párrafo 2 como objetivo, se consideraría como objetiva a toda la teoría de la participación, pues en ella también se comunica la responsabilidad de unos a otros en base a que el sujeto conozca el alcance de los hechos que han de fundamentar su responsabilidad (26).

Estima que tanto las atenuantes como las agravantes se basan en la menor o mayor peligrosidad del delincuente (27). E insiste, a través de un par de citas, en que las circunstancias no se requieren para la existencia del delito (28).

De todo este planteamiento se puede concluir lo siguiente: Pese a que Ferrer Sama acepta la construcción del delito de Mezger, y nos habla de antijuricidad tipificada, y de culpabilidad (29), e igualmente estima que se dan causas de exclusión de la acción, de la antijuricidad y de la culpabilidad (30), no refiere las circunstancias a la antijuricidad o a la culpabilidad, e incluso, como acabamos de citar, insiste en que no se requieren para la existencia del delito, basándose en ello para considerarlas al margen de las categorías de la teoría del delito. Únicamente aludirá a la mayor o menor peligrosidad del delincuente que demuestren las circunstancias.

Por otro lado, mantiene que todas las circunstancias son subjetivas. Su crítica a los que estiman que hay circunstancias obje-

(23) FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, 1946, tomo I, págs. 267, 327-328.

(24) *Ibidem*, págs. 327-328.

(25) *Ibidem*, pág. 328.

(26) *Ibidem*, tomo II, págs. 255-256.

(27) *Ibidem*, tomo I, págs. 267 y 326.

(28) *Ibidem*, pág. 266, nota 2.

(29) *Ibidem*, pág. 100.

(30) *Ibidem*, pág. 106.

tivas se basa en que tanto a nivel doctrinal, como en base al párrafo 2 del artículo 60 la exigencia del *conocimiento* de la existencia de la circunstancia impide hablar de objetividad. Este *conocimiento*, al exigirse tanto al autor como a los partícipes (en este caso a través del artículo 60) respecto a las circunstancias, pretendidamente llamadas objetivas invalida la afirmación de que son objetivas.

La trascendencia posterior de esta argumentación de Ferrer ha sido muy amplia. Sin embargo, en mi opinión llega a una conclusión incorrecta. Ya Silvela (31), y el padre Montes (32), como hemos visto, habían previsto una mala interpretación de sus afirmaciones respecto a la naturaleza objetiva de algunas circunstancias, y, efectivamente, Ferrer incurre en tal confusión.

Volviendo a los presupuestos actuales, cuando Ferrer discute sobre si las circunstancias poseen naturaleza objetiva y critica tal postura, se está moviendo a unos niveles distintos a los que se pueden estar moviendo Rodríguez Devesa (33), Antón Oneca u otros autores actuales; en realidad, incluso Silvela y el padre Montes. Todos ellos, al igual que Ferrer Sama, piensan que para que una circunstancia pueda ser referida a una persona tiene que mediar el principio de culpabilidad; está claro que éste no puede realizarse respecto a una persona, de una circunstancia que, sin estar especialmente ligada a él, tampoco conocía siquiera que se daba su existencia. En ese sentido, el artículo 60 significa la expresión del principio de culpabilidad respecto a los partícipes, y en tal sentido, es decir, si siempre que medie el principio de culpabilidad se ha de hablar de subjetividad, todas las circunstancias son subjetivas.

Sin embargo, cuando nos referimos a la naturaleza de las circunstancias, no estamos pensando en si para su apreciación ha de mediar el principio de culpabilidad, pues esto se da por supuesto, sino que atendemos a su naturaleza en sí mismas consideradas.

Esta mala interpretación del problema por Ferrer aparece como evidente en nuestros planteamientos legislativos, pero no lo sería tanto si nos atuviéramos al Código italiano el cual, aún en la actualidad, en su artículo 59 (34) afirma que las circunstancias agravantes o atenuantes se apreciarán atenuando o agravando aunque no sean conocidas por el autor. En un planteamiento como éste y en contra de él, podría tener sentido la afirmación de Ferrer de que las circunstancias han de ser subjetivas en base al principio de culpabilidad, pero en nuestra problemática, cuando

(31) Vid. supra, nota 10.

(32) Vid. supra, pág. 605.

(33) Por ejemplo, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1976, pág. 595.

(34) *Il Codice Penale*. Ottava edizione aggiornata ad aprile 1974, Dott. A. Giuffrè, editore, 1974, pág. 152.

los autores se refieren a la naturaleza de las circunstancias, está claro que se refieren, normalmente, a algo muy distinto.

Vemos, por tanto, en relación con las tres parejas de conceptos que estudiamos, que Ferrer en base a la afirmación del principio de culpabilidad que realiza el artículo 60, declara la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias, apartándose de la doctrina que, aceptado el principio de culpabilidad en las circunstancias, reserva el término «objetivo» y «subjetivo» para otros contenidos. Rota la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva en Ferrer Sama, ya no tiene sentido ponerla en relación con los párrafos 1 y 2 del artículo 60. Igualmente, ya hemos visto que aunque acepta los conceptos dogmáticos de la teoría del delito, no refiere las circunstancias a ello, y sólo queda la duda de a qué concepto del delito podría estar más cercana la referencia a la peligrosidad del delincuente. Yo estimo que se vincularía a la pena.

POSTURA DE CUELLO CALON

Cuello Calón estima que la culpabilidad tiene tres graduaciones, una normal, una atenuada y otra agravada. Las dos últimas están motivadas por la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes (35). Considera que las atenuantes son personales y que consisten «en estados o situaciones que disminuyen la inteligencia o la voluntad del agente determinándolo más fácilmente al delito, o en hechos que manifiestan una menor perversidad del delincuente» (36). Y las agravantes tienen un carácter «puramente personal y subjetivo, pues no representan sino una mayor perversidad del delincuente a la que corresponde una mayor culpabilidad» (37).

Por otro lado, al estudiar el artículo 60 alude a que las circunstancias incluíbles en los dos párrafos, son subjetivas, y remite al estudio que Ferrer Sama hace del artículo 60 en relación con la naturaleza de las circunstancias, y que ya hemos visto (38).

Observamos en Cuello, por un lado, el mismo planteamiento que Ferrer, al cual se remite, respecto a la conclusión sobre la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias en función del principio de culpabilidad expresado en el artículo 60. Así pues, todas las objeciones que se han hecho a Ferrer, siguen siendo válidas para Cuello.

Pero éste da un paso más que Ferrer en esta problemática, puesto que afirma la vinculación de todas las circunstancias a la

(35) CUELLO CALÓN, *Derecho penal, parte general*, 17.^a edic., tomo I, vol. II, pág. 547.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ibidem*, pág. 571.

(38) *Ibidem*, pág. 733.

culpabilidad (39). Esta conclusión, que contrasta con la aceptación que Cuello, como Ferrer, realiza de la teoría jurídica del delito (40), y la división de las eximentes en función de su referencia a los elementos del delito (41), está derivada, en mi opinión, de su afirmación de la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias, afirmación ésta en la que sin duda pesa decisivamente la interpretación que realiza del artículo 60 (42), así como la vinculación que en los primeros momentos de la teoría jurídica del delito se realizaba entre la subjetividad y la culpabilidad.

Nos encontramos, por tanto, con que Cuello vincula estrechamente naturaleza subjetiva de las circunstancias, y pertenencia a la culpabilidad.

Sin embargo, al igual que Ferrer, no establece ninguna distinción entre los párrafos del artículo 60, en función de las dicotomías injusto-culpabilidad y naturaleza objetiva-subjetiva, sino que hace una interpretación global de él en función del principio de culpabilidad.

POSTURA DE ANTON ONECA

Antón niega la naturaleza subjetiva de todas las atenuantes: Dice que ello no es cierto puesto que hay eximentes incompletas referidas unas a la menor culpabilidad, y otras a la menor anti-juricidad. Y a continuación añade que de las restantes atenuantes todas son subjetivas, menos una —la de provocación— que es objetiva, y otra —la de arrepentimiento— que es mixta (43). Las agravantes las divide por un lado entre las de mayor culpabilidad y mayor antijuricidad; y por otro, en objetivas, subjetivas y mixtas. A continuación dirá que las agravantes objetivas se refieren a un hecho externo, y las subjetivas, «a la culpabilidad y a la valoración de la persona responsable que a través del juicio de

(39) No sin vacilaciones, pues en la segunda edición de su *Tratado* las refería a la imputabilidad (Barcelona, 1929, págs. 377 y 395), en su *Nuevo Código penal* las vinculaba a la responsabilidad (Barcelona, 1929, pág. 115) y sólo a partir de la tercera edición del *Tratado* las vincula a la culpabilidad (Barcelona, 1936, pág. 447 y 465).

(40) CUELLO, op. cit., tomo I, vol. I, pág. 280.

(41) *Ibidem*, págs. 360, 475 y 537.

(42) En todo caso, también se podría cambiar el sentido de la relación, diciendo que puesto que considera a todas las circunstancias referidas a la culpabilidad, han de ser de naturaleza subjetiva, y a reforzar esta vinculación se añadiría luego su interpretación del artículo 60. El resultado, vincular naturaleza subjetiva y culpabilidad, sería el mismo de todos modos. No obstante, pienso que lo que pesa decisivamente es la naturaleza subjetiva, y la pertenencia a la culpabilidad es la consecuencia, como lo demuestran las dudas que Cuello ha tenido respecto a la vinculación de las circunstancias a la culpabilidad, vid. nota 39.

(43) ANTON ONECA, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1949, tomo I, pág. 333.

culpabilidad se realiza» (44). Fundamenta luego las agravantes objetivas, ya más en concreto, en la mayor facilidad para cometer el delito, en la gravedad del resultado...; y las subjetivas, en la intensidad de la voluntad criminal, en la condición personal del culpable..., diciendo que las subjetivas son «circunstancias de mayor culpabilidad» (45). No deja de afirmar Antón que la división de las agravantes en objetivas, subjetivas y mixtas es un tanto artificiosa (46).

Al referirse a la atenuante de provocación, la considera objetiva por no exigirse un estado emotivo a consecuencia de tal provocación en el sujeto, y dice a continuación: «La —circunstancia— 5.^a no es de menor culpabilidad, sino de menor antijuricidad de la acción» (47). En la alévosía aludirá a la exigencia de un elemento subjetivo, aunque la considera objetiva, y lo entiende como elemento subjetivo de la antijuricidad (48). En ofensa de autoridad o desprecio de edad, dignidad o sexo, que la califica como objetiva (49), exige un elemento subjetivo especial, y un poco antes ha dicho que la circunstancia se refiere a la antijuricidad (50). Nocturnidad y despoblado, también calificadas como objetivas (51), vuelven a exigir un elemento subjetivo (52). En ensañamiento, el elemento subjetivo es el que agrava la culpabilidad (53).

Por otro lado, al estudiar el artículo 60, vincula las circunstancias personales al párrafo 1 del artículo 60, y las objetivas al párrafo 2 diciendo que el artículo 60 no es innecesario, como algún autor ha dicho, aunque las personales sean comunicables por naturaleza y las objetivas sólo pueden imputarse cuando son conocidas en base al concepto del dolo, porque hay cierta tendencia a la responsabilidad objetiva en los tribunales. Ya antes ha afirmado que el artículo 60 se refiere al principio de culpabilidad (54).

De todo lo anterior se pueden deducir las siguientes conclusiones:

En Antón aparecen por vez primera en la doctrina las tres relaciones objeto de este estudio: Acepta que unas circunstancias sean de naturaleza objetiva y otras subjetiva; acepta que unas puedan referirse a lo injusto y otras a la culpabilidad; y, por supuesto, estudia los dos párrafos del artículo 60 por separado.

(44) *Ibidem*, pág. 350.

(45) *Ibidem*, pág. 351.

(46) *Ibidem*.

(47) *Ibidem*, pág. 337.

(48) *Ibidem*, pág. 352.

(49) *Ibidem*, pág. 350.

(50) *Ibidem*, pág. 396.

(51) *Ibidem*, pág. 350.

(52) *Ibidem*, págs. 377-378.

(53) *Ibidem*, pág. 360.

(54) *Ibidem*, pág. 430. Nótese cómo aun entendiendo correctamente que el artículo 60 se refiere al principio de culpabilidad, eso no le ha resultado obstáculo para predicar su naturaleza objetiva o subjetiva.

Veamos a continuación si establece equiparaciones fijas entre estas tres parejas de conceptos o no.

En cuanto a las atenuantes, su división en objetivas o subjetivas según su naturaleza, aparece vinculada con su referencia a la antijuricidad o culpabilidad cuando niega la subjetividad de todas las atenuantes, aunque parezca aparentemente que se refiere sólo a las eximentes incompletas. También afirma tal vinculación al hablar de la provocación. A su vez, al estudiar el artículo 60 vincula la naturaleza subjetiva al párrafo 1 y la objetiva al párrafo 2.

Respecto a las atenuantes, la triple relación se da, por tanto, completa.

Respecto a las agravantes, tras aludir a que se dividen entre las de mayor antijuricidad, y las de mayor culpabilidad, así como en objetivas, subjetivas y mixtas, relaciona luego las objetivas con el hecho externo, y las subjetivas con la culpabilidad, esto último por dos veces. Y a nivel de circunstancias en concreto, en ensañamiento, y ofensa de autoridad y respeto a dignidad, edad o sexo, conecta su subjetividad a la culpabilidad, y su objetividad a la antijuricidad. Por otro lado, al igual que en las atenuantes, vincula las agravantes personales al párrafo 1 del artículo 60 y las objetivas al párrafo 2.

Aparece por tanto en las agravantes igualmente la triple relación.

En cuanto a las circunstancias mixtas, es difícil pronunciarse, pues Antón no establece ninguna relación entre ellas y los párrafos del artículo 60, ni con la antijuricidad o culpabilidad. Es digno de destacar en todo caso respecto a ellas, que Antón, a diferencia de lo que harán otros autores como Rodríguez Devesa (55), no se basa, para catalogar como mixta una circunstancia, en la exigencia de un elemento subjetivo adicional, es decir, no se basa en la exigencia del *buscar de propósito* o *aprovecharse* de la situación de concurrencia de esa circunstancia por parte del autor para que se pueda apreciar, sino que en los casos en que se exige tal buscar de propósito o aprovecharse, él sigue considerando a tal circunstancia como objetiva, y alude a que posee un elemento subjetivo de la antijuricidad, como hemos visto en la cita que recojo de la alevosía, o bien, no tan explícitamente en ofensa de autoridad..., nocturnidad y despojado. Utiliza por tanto, para calificar una circunstancia como mixta otros criterios tales como la relación entre el sujeto activo y pasivo... (56).

Si sintetizamos las conexiones entre las tres parejas de conceptos que hemos apreciado, tenemos el siguiente esquema:

(55) Vid. infra.

(56) ANTÓN, op. cit., pág. 351.

- | | |
|------------------------------------|--|
| a) Agravantes objetivas: | — Artículo 60, párrafo 2.
— Antijuricidad agravada. |
| b) Agravantes subjetivas: | — Artículo 60, párrafo 1.
— Culpabilidad agravada. |
| c) Atenuantes objetivas: | — Artículo 60, párrafo 2.
— Antijuricidad atenuada. |
| d) Atenuantes subjetivas: | — Artículo 60, párrafo 1.
— Culpabilidad atenuada. |
| e) Atenuantes y agravantes mixtas: | — |

Como podemos ver, resulta que una circunstancia subjetiva se refiere siempre a la culpabilidad y está en el párrafo 1 del artículo 60, y una circunstancia objetiva, se refiere a la antijuricidad y está en el párrafo 2 del artículo 60. Para completar plenamente la relación haría falta que las circunstancias mixtas las encajara Antón en uno u otro de los dos términos de las otras dos relaciones.

Podemos observar cómo la triple equiparación realizada por Antón está basada, como su elemento de conexión esencial, en la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, pues los párrafos del artículo 60 sólo se ponen en relación con la antijuricidad o culpabilidad, a través de la naturaleza de las circunstancias.

Hay motivos, por tanto, para concluir que Antón realiza una triple equiparación fija entre las tres parejas de conceptos estudiados.

POSTURA DE RODRIGUEZ DEVESA

Rodríguez Devesa estima que el lugar sistemático adecuado de las circunstancias está «entre los presupuestos de la pena, esto es, entre los elementos del delito», afirmando que las circunstancias son elementos accidentales «que vienen a añadirse a los que son esenciales al delito» (57). A su vez, tales elementos accidentales los vincula a dos de los elementos esenciales del delito, la antijuricidad o la culpabilidad (58). Por otro lado, nos clasifica las circunstancias, en función de la naturaleza de los elementos que las integran, en objetivas, subjetivas o mixtas (59). Y afirma

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, 5.^a edic., Madrid, 1975, págs. 589-591.

(58) *Ibidem*, pág. 589.

(59) *Ibidem*, pág. 593.

que «aquellos elementos accidentales del delito que por su naturaleza objetiva determinan una mayor antijuricidad de la conducta, deberán ser captados por el dolo del agente para que se le puedan imputar... En cambio, aquellos que sean de índole subjetiva bastará que concurran para que sean considerados como atenuantes o agravantes» (60). Igualmente, nos dirá que las circunstancias personales no son comunicables, mientras que sí lo son las de carácter objetivo (61).

Todas estas afirmaciones implican:

En primer lugar, que vincula las circunstancias a los elementos del delito de la antijuricidad o culpabilidad, admitiendo la graduación de éstos en base a las circunstancias, si bien considera a éstas como elementos accidentales, estudiándolas al final de su análisis de la teoría del delito.

En segundo lugar, que en función de su naturaleza las divide en objetivas, subjetivas y mixtas.

En tercer lugar, que considera que las objetivas van al párrafo 2 del artículo 60 y las subjetivas al párrafo 1.

En cuarto lugar, que las objetivas se refieren a la antijuricidad.

Es decir, establece una triple relación: Naturaleza objetiva —artículo 60, párrafo 2— antijuricidad. Si las objetivas están en el artículo 60, párrafo 2, y las objetivas están en la antijuricidad, las circunstancias que se refieren a la antijuricidad, están en el artículo 60, párrafo 2. Concretándolo más, se afirma que *todas* las objetivas y *sólo* ellas (62) están en el artículo 60, párrafo 2 —pues las personales o subjetivas ya dice que no lo están—; y se afirma que *todas* las objetivas están en la antijuricidad —no se afirma que *sólo* están las objetivas, pero parece deducirse—. La interrelación, por consiguiente, entre los tres términos es casi total. Sólo faltaría decir que *sólo* las objetivas están en la antijuricidad; y en todo caso, ya está claro que el artículo 60, párrafo 2, sólo admite a todas las objetivas, y que todas las objetivas están en la antijuricidad —aunque, como digo, no sabemos si también caben subjetivas en ella—.

Ahora bien, si a continuación acudimos al capítulo dedicado específicamente a las agravantes, nos encontramos con la afirmación de que excluyendo las circunstancias objetivas o mixtas, nos dice que «sólo las puramente subjetivas pertenecen a la culpabilidad» (63). Como vemos, este era el término que nos

(60) *Ibidem*, pág. 595. Nótese que parece no concebir atenuantes referidas a la antijuricidad, pues habla sólo de *mayor* antijuricidad, mientras que en el segundo inciso del párrafo habla de *atenuantes* y *agravantes*.

(61) *Ibidem*.

(62) Dejamos por un momento al margen las circunstancias que califica de naturaleza mixta.

(63) RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 621.

faltaba para realizar la triple equiparación. Si *sólo y todas* (64) las subjetivas pertenecen a la culpabilidad, podemos decir que, al menos en relación a las agravantes, la referencia a la culpabilidad abarca *sólo* a todas las subjetivas, y que las subjetivas están *sólo y todas* en el artículo 60, párrafo 1; a su vez, la antijuricidad abarca *sólo* a todas las objetivas, y las objetivas están *sólo y todas* en el artículo 60, párrafo 2.

La equiparación triple se presenta en las agravantes, por tanto, completa.

En el capítulo de las atenuantes, aparte de afirmar la naturaleza objetiva de la vindicación de ofensa y la provocación (65), no alude a ningún problema de relación con los párrafos del artículo 60, o con la culpabilidad o antijuricidad, lo que hace que no podamos, a diferencia de las agravantes afirmar la triple relación de un modo absoluto, pues en ningún lugar se afirma que, respecto a las atenuantes, *sólo y todas* las objetivas están en la antijuricidad; mientras que sí está clara la relación fija entre objetivo-subjetivo y párrafo 2 y 1 del artículo 60, no se ha negado que las subjetivas puedan estar en la antijuricidad, junto a las objetivas.

En cuanto a las circunstancias de naturaleza mixta, considera como tales a las que poseen en su constitución elementos objetivos y subjetivos (66), y así considera la alevosía (67), y cabe esperar lo mismo, aunque no lo diga explícitamente, del ensañamiento (68), y en base a las exigencias jurisprudenciales, de la nocturnidad y despoblado (69). Incluso el arrepentimiento espontáneo (70), (71). Se observa que Rodríguez Devesa estima que se da un elemento subjetivo en la naturaleza de estas circunstancias cuando se exige el buscar de propósito o aprovechar una situación ya existente, pues considera esta exigencia subjetiva como no incluíble en el dolo, pues para imputar una circunstancia al sujeto es suficiente con que éste sea consciente de que, por ejemplo, el lugar sea despoblado, conciencia ésta que estima suficiente para que se dé el dolo y que exige por tanto a todas las circunstancias objetivas en virtud del principio de culpabilidad. El buscar de propósito o aprovecharse es un elemento subjetivo adicional que se exige sólo en algunas circunstancias, que devienen mixtas en base a ello (72).

Por otro lado, como ya hemos visto, sólo las agravantes pura-

(64) Esto último no lo dice expresamente, pero se deduce con claridad.

(65) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 609.

(66) Ibidem, pág. 593.

(67) Ibidem, pág. 621.

(68) Ibidem, pág. 632.

(69) Ibidem, págs. 629-630.

(70) Ibidem, págs. 612-613.

(71) Al parentesco la llama mixta en otro sentido, en cuanto que puede ser atenuante o agravante, op. cit., pág. 647.

(72) Ibidem, págs. 629-630.

mente subjetivas pueden ir a la culpabilidad, de lo que resulta que las mixtas han de estar en la antijuricidad, uniéndose a las objetivas, hecho que se confirma respecto a las agravantes mixtas, situadas todas bajo el epígrafe de las agravantes referidas a la antijuricidad (73). A diferencia de las agravantes objetivas, sin embargo, no afirma ninguna relación entre las agravantes mixtas y los párrafos del artículo 60.

Podemos sintetizar todas las relaciones hasta ahora vistas, del siguiente modo:

- | | |
|---------------------------|--|
| a) Agravantes objetivas: | — Artículo 60, párrafo 2.
— Antijuricidad agravada. |
| b) Agravantes subjetivas: | — Artículo 60, párrafo 1.
— Culpabilidad agravada. |
| c) Agravantes mixtas: | — _____
— Antijuricidad agravada. |

Es decir, la antijuricidad agravada queda completa con todas las agravantes objetivas y mixtas. Hay, pues, relación de exclusividad entre objetivo y mixto y antijuricidad agravada. Lo mismo ocurre con la culpabilidad agravada, que queda completa con todas las agravantes subjetivas. La relación entre objetivas, mixtas y subjetivas, y el artículo 60 ya no es de exclusividad sino de necesidad: Necesariamente todas las objetivas van al artículo 60, párrafo 2; necesariamente todas las subjetivas van al artículo 60, párrafo 1 (74). Para transformar esta relación en exclusiva falta que todas las mixtas vayan a uno de los párrafos del artículo 60, cosa que no dice Rodríguez Devesa en ningún sitio.

- | | |
|---------------------------|--|
| d) Atenuantes objetivas: | — Artículo 60, párrafo 2.
— Antijuricidad atenuada. |
| e) Atenuantes subjetivas. | — Artículo 60, párrafo 1.
— _____ |
| f) Atenuantes mixtas. | — _____
— _____ |

Es decir, con las atenuantes todas las relaciones son de necesidad, no hay exclusividad. Todas las objetivas necesariamente están en la antijuricidad atenuada. Pero nada se dice respecto a dónde están las mixtas y las subjetivas. Respecto al artículo 60

(73) *Ibidem*, pág. 621.

(74) En apoyo de toda mi interpretación anterior, se puede citar igualmente la afirmación de Rodríguez Devesa de que el auxilio de personas que aseguran o proporcionan la impunidad, al ser una agravante objetiva deberá agravar la pena de los que la conozcan; así como la agravante de precio, recompensa y promesa, al ser subjetiva, no ha de comunicarse a quien entrega la dádiva, *op. cit.*, págs. 627 y 636.

todas las objetivas necesariamente van al párrafo 2; todas las subjetivas necesariamente van al párrafo 1. Es una relación de necesidad que para transformarla en exclusividad haría falta que Rodríguez Devesa colocara las mixtas en uno de los dos párrafos.

Después de todo este prolijo análisis, se ha de concluir que si bien Rodríguez Devesa, explícitamente, no llega a una equiparación exclusiva entre circunstancias objetivas y mixtas con su inclusión en la antijuricidad y con su referencia al artículo 60, párrafo 2 y entre circunstancias subjetivas con su inclusión en la culpabilidad y su referencia al artículo 60, párrafo 1, creo que no ofrece ninguna duda que Rodríguez Devesa está pensando en ello —en todo caso podría decirse que no piensa en la equiparación de las mixtas al párrafo 2 del artículo 60—, tal como se deduce de sus formulaciones generales, y de algunas circunstancias en particular. Es más, aunque nos ciñéramos sólo a lo que él, de un modo explícito, dice, las equiparaciones que aparecen son ya muy significativas.

Es de destacar, por otro lado, que es el par de conceptos naturaleza objetiva o subjetiva, el que vincula a los párrafos del artículo 60 con la referencia a la antijuricidad o a la culpabilidad de la circunstancia, pues entre estas dos parejas de conceptos no hay una equiparación directa, sino que actúa de gozne la pretendida naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias.

Rodríguez Devesa es uno de los autores que con más claridad presenta la triple equiparación objeto de este estudio.

POSTURA DE QUINTANO RIPOLLES

La postura de Quintano sobre este problema se puede dividir, dado el numeroso material de análisis que presenta, en función de cada una de las tres relaciones posibles. Veamos en primer lugar la *relación* que pueda establecer entre la *naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias*, y su relación con los *párrafos del artículo 60*:

Se pueden descubrir una serie de formulaciones generales, y así, niega la postura doctrinal que mantiene la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias en base a que es un criterio que, aunque defendible en pura teoría, es contrario a la dogmática, pues el artículo 60 expresa que las personales «esto es, de naturaleza subjetiva» son intransmisibles, y las consistentes en ejecución material... «que vale tanto como decir objetivas», son transmisibles (75).

Estima, respecto a las atenuantes, que la introducción jurisprudencial de consideraciones de matiz ético, no ya tan subjeti-

(75) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, Madrid, 1963, tomo I, págs. 411-412.

vas, dentro de su naturaleza, hace que ésta, a veces quede algo desnaturalizada (76). También a las atenuantes se referirá cuando las divide en objetivas y subjetivas, basándose, según él, para el uso de esta distinción, en que el artículo 60 la impone terminantemente (77), tal como ya ha dicho en referencia a todas las circunstancias en general.

Respecto a las agravantes, estima que las objetivas referidas a la acción, por lo objetivas» son transmisibles (78). También repetirá que el artículo 60 obliga a una ardua labor de distinción de cuáles sean las objetivas y cuáles las subjetivas (79).

Y al estudiar el artículo 60 nos dirá «en otras palabras, que las circunstancias subjetivas son intransmisibles y que las objetivas son transmisibles» (80).

Si luego atendemos al estudio concreto que hace de cada circunstancia veremos frecuentes alusiones a este problema: En parentesco (81), abuso de confianza —que considera «en gran parte subjetiva» aunque la incluye en el epígrafe de agravantes objetivas— (82), reincidencia (83) y arrebato (84) afirma que al ser de naturaleza subjetiva no son transmisibles. Por el contrario, respecto a la ocasión calamitosa estima que al ser objetiva es transmisible (85). Algo parecido dice respecto a la alevosía, pero invirtiendo los términos, es decir, ha de ser objetiva porque está en párrafo 2 del artículo 60 (86). Igualmente aludirá a esta vinculación entre artículo 60 y naturaleza de las circunstancias, al tratar la atenuante de provocación (87). Frente a toda esta línea de análisis, Quintano, al estudiar la agravante de precio, recompensa o promesa, nos dirá que «su naturaleza, objetiva en sí misma y abstractamente considerada, no lo es en dogmática, puesto que no resulta transmisible a los partícipes desligados del vínculo personal lucrativo», y la incluye en el epígrafe de las agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad (88).

En cuanto a las circunstancias que llamaría mixtas Rodríguez Devesa, y que Quintano las entiende en el mismo sentido aunque no usa tal término, es decir, como aquéllas que exigen un aprovechamiento por parte del sujeto, nos dice que «son eminentemente objetivas o reales, pero requiriendo, en cambio, no ya un cono-

(76) *Ibidem*, pág. 417.

(77) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, 2.^a edic., págs. 151-152.

(78) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, tomo I, pág. 434.

(79) QUINTANO, *Comentarios...*, págs. 202-203.

(80) QUINTANO, *Curso...*, tomo I, pág. 256.

(81) *Ibidem*, pág. 413.

(82) *Ibidem*, págs. 441 y 433.

(83) *Ibidem*, pág. 455.

(84) QUINTANO, *Comentarios...*, pág. 185.

(85) QUINTANO, *Curso...*, pág. 463.

(86) *Ibidem*, pág. 434.

(87) QUINTANO, *Comentarios...*, págs. 173, 174-175.

(88) QUINTANO, *Curso...*, pág. 449.

cimiento de su realidad, sino un aprovechamiento que las hace frecuentemente aptas para la transmisibilidad a los partícipes en las condiciones requeridas por el artículo 60» (89). Estimo que este párrafo debe entenderse en el sentido de no romperse la vinculación entre naturaleza objetiva y párrafo 2 del artículo 60, es decir, se exige un «aprovechamiento» que no obsta a su transmisibilidad.

De todas estas afirmaciones se puede concluir que:

Tanto a nivel general, como particular, hay abundantes expresiones en Quintano que insisten en la vinculación del carácter objetivo o subjetivo de las circunstancias a los párrafos 2 ó 1, respectivamente, del artículo 60.

Las circunstancias que incluyen la exigencia de aprovechamiento las clasifica como objetivas y del párrafo 2.

Es de notar en Quintano que la afirmación habitual de que la naturaleza objetiva o subjetiva condiciona la colocación de las circunstancias en uno u otro párrafo del artículo 60, en algunas ocasiones funciona en sentido inverso, es decir, su colocación en uno u otro de los párrafos del artículo 60 condiciona la afirmación de su naturaleza objetiva o subjetiva.

Hay un caso en que la relación que estudiamos se resquebraja. Es en relación a la agravante de precio..., en donde Quintano admite que una circunstancia que por su naturaleza la considera objetiva, si no encaja en el artículo 60, párrafo 2, ya no es objetiva desde un punto de vista dogmático —que se refiere al artículo 60 cuando habla de «dogmático» está claro ya no sólo en la cita que recojo de esta agravante, sino incluso si atendemos al uso que del término «dogmático» hace Quintano en la primera cita recogida— (90).

Además, hay que notar la contradicción apreciada en abuso de confianza.

Se puede concluir por tanto, que si bien Quintano, a nivel de formulación general, e incluso particulares, apoya claramente la vinculación entre estas dos parejas de conceptos, ello no es obstáculo para que, si llega el caso en que tal vinculación le resulte difícil mantener, la rompa sin sentirse obligado por ello a alterar sus formulaciones anteriores.

Si ahora atendemos a la relación que Quintano pueda apreciar

(89) *Ibidem*, pág. 455. De todos modos no todas las que exigen el aprovecharse, según QUINTANO, las recoge, juntas, en la lección dedicada a ellas. Por ejemplo, el disfraz la mantiene entre las objetivas pese a exigirse por QUINTANO, tal elemento. *Ibidem*, pág. 438.

(90) Es de notar, en todo caso, la estrecha vinculación que QUINTANO estima existente entre la naturaleza y el artículo 60, pues en este caso en que se ve forzado a romper la vinculación, no es capaz de reservar los términos objetivo o subjetivo para la alusión a la naturaleza, sino que utiliza tales términos en dos sentidos, uno en relación a la naturaleza, y otro en relación al artículo 60, cosa innecesaria en este último caso, pues bastaba con que hubiera hablado sólo de transmisibilidad.

entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias y la referencia de éstas a los elementos del delito, así como a la de los párrafos del artículo 60 y la referencia a los elementos del delito, descubrimos las siguientes afirmaciones:

Hablando de todas las circunstancias en general, dirá que pueden ser emparentadas más o menos con los diversos elementos del delito, aunque ello no tiene trascendencia ya que todas las circunstancias abocan al mismo fin de alterar las cuantías de la punición (91), y luego afirma que tal clasificación es insegura e ineficaz (92).

Al estudiar las atenuantes, tras decir que algunas se refieren a la imputabilidad —artículo 9, números 1, 2 y 3— y tienen poco de circunstancia, y otra —artículo 9, número 4— es más bien una forma intermedia entre dolo y culpa, de las restantes, que son para él las genuinas circunstancias atenuantes, dice que afectan sólo al elemento de la punibilidad (93).

En cuanto a las agravantes, es de notar cómo las divide en agravantes objetivas referidas a la acción, agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad, y agravantes personales o reales de constatación objetiva (94). En otros lugares afirmará que las objetivas se refieren a la acción, y las subjetivas a la culpabilidad (95), así como que las «objetivas» referidas a la acción, van al párrafo 2 del artículo 60 (96). Si atendemos al estudio concreto de las agravantes, veremos cosas interesantes: La premeditación entiende que en cuanto subjetiva, según la doctrina predominante se referirá a la culpabilidad, pero también se referirá a ella si se atiende al concepto normativo de culpabilidad y al juicio de reproche (97). El abuso de confianza, aunque la considera «en parte» subjetiva y desde luego no transmisible, está incluida en la lección 38, entre las agravantes objetivas referidas a la acción (98). En cuanto a la alevosía, aunque la incluye en el capítulo de las objetivas referidas a la acción, y la considera de naturaleza objetiva, la refiere a la culpabilidad «pero no al modo como lo entendiera Manzini, en su contextura psicológica, pues entonces estaría en contradicción con la tesis objetivista que acabo de defender, sino con la culpabilidad normativamente considerada, a modo de juicio de reproche» (99). En cuanto al precio, recompensa o promesa, en un

(91) QUINTANO, *Cuso...*, pág. 410.

(92) *Ibidem*, pág. 411.

(93) *Ibidem*, pág. 417.

(94) *Ibidem*. Epígrafes de lecciones 38, 39 y 40, págs. 433, 448 y 456. En el último grupo incluye las circunstancias que no le encajan en ninguno de los otros dos, en especial las que exigen "el aprovecharse".

(95) *Ibidem*, págs. 433-434 y 448 —sólo respecto a culpabilidad y subjetividad—.

(96) *Ibidem*, págs. 433-434.

(97) *Ibidem*, pág. 445.

(98) *Ibidem*, pág. 441.

(99) *Ibidem*, pág. 434-435.

epígrafe que abarca a ella y al ensañamiento, la califica como subjetiva y referida a la culpabilidad, y efectivamente en la lección dedicada a las agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad la estudia, si bien luego, como ya hemos visto, dirá que es objetiva por naturaleza, pero no por dogmática, pues no es transmisible (100).

De todo esto, se puede concluir que en cuanto a la relación *naturaleza objetiva-subjetiva y referencia a elementos del delito*:

Vincula todas las circunstancias a la punibilidad, más en concreto, a la cuantía de la punición. No obstante, piensa que las circunstancias pueden ponerse en relación con los diversos elementos del delito, pero estima como muy poco trascendente e ineficaz tal relación. En línea con esta postura, a las atenuantes sólo las refiere a la punibilidad. No hace lo mismo con las agravantes, las cuales, al margen de que se encuentren igualmente en la punibilidad, las distingue entre las referidas a la acción (101), y las referidas a la culpabilidad, aparte de un grupo que no logra encajar.

Ahora bien, Quintano va a dar un contenido a la culpabilidad no siempre idéntico: En algunos casos va a utilizar un concepto de culpabilidad que lleva implícito que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad y todo lo objetivo ha de quedar al margen de ella, y en ese sentido, cuando titula los epígrafes de las lecciones 38 y 39 como «agravantes objetivas referidas a la acción» y «agravantes subjetivas referidas a la culpabilidad», piensa mantener en todo momento la equiparación naturaleza objetiva-acción, naturaleza subjetiva-culpabilidad; sin embargo, luego él mismo se dará cuenta de que el contenido estrictamente subjetivo que está dando a la culpabilidad, no es correcto, y afirmando que se refiere en estos otros casos a la culpabilidad según la teoría normativa, deja de vincularse a la relación subjetividad-culpabilidad, y así, aunque al estudiar la premeditación consigue todavía no romper la equiparación, al tratar la alevosía, se aparta claramente de tal relación, aunque no deja de incluir a la alevosía en el epígrafe de las agravantes referidas a la acción cuando es así que dice que se refiere a la culpabilidad, dándose por tanto una contradicción evidente.

Igualmente, hay dos quiebras a esta vinculación, aunque ya no de un modo tan evidente: La primera de ellas, relativa a la agravante de precio de la que dice que es de naturaleza objetiva pese a que no la considera así, no sólo en cuanto al artículo 60, como ya vimos, sino que tampoco la refiere a la acción como cabría es-

(100) Ibidem, págs. 445, 448 y 449.

(101) El que QUINTANO alude a la “acción” en lugar de a la “antijuricidad” se explica en función del análisis que hace del artículo 1.º del Código y cuáles sean los elementos de la teoría del delito que en él se contemplan. Para él, la antijuricidad no está incluida en el artículo 1.º, se ha de contemplar incluida en la vertiente negativa del delito, pues en la positiva se confundiría con la tipicidad. Vid. *Curso*, págs. 208 y 365.

perar de su naturaleza objetiva, sino a la culpabilidad. Por otro lado, el abuso de confianza pese a estimarlo como de naturaleza subjetiva, la incluye, contra lo que cabía esperar, entre las agravantes objetivas referidas a la acción.

Nos encontramos por tanto con que Quintano, pretende mantener la equiparación naturaleza subjetiva-culpabilidad, naturaleza objetiva-acción, pero cuando desciende al estudio concreto de las circunstancias, se aparta claramente de esta formulación general, en el caso de la alevosía, y de un modo indirecto —es decir en función de sus formulaciones generales anteriores— en el precio y en el abuso de confianza. Estamos por tanto en la misma situación que antes: Aunque a nivel general establece la equiparación, no se considera obligado a respetarla en todos los casos.

Si observamos ahora la relación párrafo 2 ó 1 del artículo 60 y referencia a la acción o a la culpabilidad, cabe citar la alusión que Quintano hace respecto a que las agravantes objetivas referidas a la acción van al párrafo 2 del artículo 60 (102), con cuya afirmación está vinculando al párrafo 2 tanto a las circunstancias de naturaleza objetiva, como a las referidas a la acción. En todo caso, como en la gran mayoría de los autores que aceptan la triple equiparación, Quintano conecta la relación acción-culpabilidad, con la del párrafo 2 ó 1 del artículo 60 a través de la relación restante, es decir, la de naturaleza objetiva o subjetiva, la cual, al vincularse por un lado a la relación acción-culpabilidad y por otro a la del párrafo 2 ó 1 del artículo 60, en última instancia establece la triple relación.

Podemos concluir, por tanto, afirmando que Quintano acepta la triple equiparación naturaleza objetiva —referencia a la acción— párrafo 2 del artículo 60, y naturaleza subjetiva —referencia a la culpabilidad—, párrafo 1 del artículo 60, en la que actúa como elemento de unión entre las dos últimas relaciones, la primera, es decir, la referida a naturaleza objetiva o subjetiva. De todos modos, si bien esta triple relación se mantiene a nivel de formulaciones generales completamente, a nivel de formulaciones concretas presenta algunas quiebras. Estas quiebras, sin embargo, no le mueven a Quintano a eliminar sus formulaciones generales que claramente afirman la triple equiparación.

POSTURA DE RODRIGUEZ MOURULLO

Rodríguez Mourullo estudia las agravantes 6.^a a 17.^a, así como la atenuante 4.^a y en el análisis que de ellas hace, se refiere con gran frecuencia al problema que estamos contemplando. Dada la estructura de la obra (103) en la que realiza el análisis, no da formulaciones generales, pero las frecuentes alusiones que hace al pro-

(102) *Ibidem*, págs. 433-444, ya citada.

(103) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, tomo I.

blema al estudiar las circunstancias en concreto proporcionan un material más que suficiente para averiguar su opinión.

Respecto a la atenuante de preterintencionalidad, afirma que al ser subjetiva es incomunicable (104). En cuanto a la agravante de premeditación nos dirá que para él su fundamento está en la mayor reprochabilidad, «en consecuencia», el fundamento es «de índole exclusivamente subjetiva»; y más tarde afirmará que por ser de naturaleza subjetiva, va al párrafo 1 del artículo 60 (105). En cuanto a astucia, fraude o disfraz, afirma que se refiere a la forma de ejecución, y que al referirse a la modalidad de realización, su fundamento es de naturaleza objetiva, afirmando luego que es comunicable, por ser de naturaleza objetiva (106). Por su lado, el abuso de superioridad, al referirse a una mayor culpabilidad, no es comunicable (107). El abuso de confianza, al referirse a la mayor reprochabilidad, es un fundamento de carácter subjetivo, e incomunicable por ser de naturaleza subjetiva (108). El carácter público atiende a una mayor reprochabilidad, y luego dirá que al ser de índole subjetiva o personal, es del párrafo 1 (109).

Respecto a incendio, naufragio y otra calamidad o desgracia, afirma que se refiere a una mayor culpabilidad en cuanto que el sujeto se aprovecha de la situación calamitosa; y luego, que «como la mayor reprochabilidad... deriva de un dato objetivo —la ocasión que se aprovecha para la comisión del delito— la agravación puede alcanzar a todos los partícipes» —es decir, párrafo 2— (110). La agravante de gente armada la refiere a la antijuricidad del hecho, y la de auxilio de personas que aseguren la impunidad estima que no está vinculada ni a la antijuricidad ni a la culpabilidad, sino que su fundamento está en consideraciones político-criminales: en todo caso considera a la agravante en sus dos aspectos, comunicable (111). En cuanto a nocturnidad y despoblado, estima que el exigirse el «aprovecharse», la circunstancia afecta a la mayor reprochabilidad; ahora bien, al derivar la mayor reprochabilidad de una particular modalidad objetiva de ejecución, piensa que está vinculada la circunstancia al párrafo 2 (112).

La cuadrilla (113), la ofensa de autoridad o desprecio de dignidad, edad o sexo (114), el lugar sagrado (115) y la morada (116), las considera referidas a la antijuricidad, y comunicables.

-
- (104) *Ibidem*, pág. 467.
 (105) *Ibidem*, págs. 602 y 618.
 (106) *Ibidem*, págs. 627, 628, 635, 638 y 640.
 (107) *Ibidem*, pág. 653.
 (108) *Ibidem*, págs. 664 y 670.
 (109) *Ibidem*, págs. 676 y 678.
 (110) *Ibidem*, págs. 686 y 687.
 (111) *Ibidem*, págs. 697 y 700.
 (112) *Ibidem*, págs. 711 y 714.
 (113) *Ibidem*, págs. 722 y 723.
 (114) *Ibidem*, págs. 759 y 764.
 (115) *Ibidem*, pág. 779.
 (116) *Ibidem*, págs. 770 y 775.

Por último, la reincidencia y la reiteración estima que no se refieren ni a lo injusto ni a la culpabilidad, y que por su carácter personal son incommunicables (117).

De todas estas citas, no hay duda de que se ha de sacar la conclusión de que Rodríguez Mourullo acepta la triple equiparación que venimos estudiando en líneas generales. Así, podemos observar cómo vincula la referencia a una mayor culpabilidad con la naturaleza subjetiva de las circunstancias de premeditación y abuso de confianza, y tal vinculación la hace poniendo en función de la referencia a la culpabilidad, la naturaleza subjetiva, a diferencia de la mayoría de los autores que utilizan la conexión en sentido inverso.

Del mismo modo, vincula la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias a los párrafos 2 ó 1 del artículo 60, en las circunstancias de premeditación, abuso de confianza, carácter público, y astucia, fraude o disfraz, poniendo en función de la naturaleza de las circunstancias la vinculación a determinado párrafo del artículo 60 (118).

En cuanto a la tercera relación, la vinculación directa, y no por medio de la naturaleza de la circunstancia como es lo habitual, entre los párrafos del artículo 60, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, también aparece en Rodríguez Mourullo, en relación con el abuso de superioridad, poniendo su no comunicabilidad en función de su referencia a la culpabilidad.

Por otro lado, y al margen de estas afirmaciones explícitas de Rodríguez Mourullo respecto a las difentes conexiones de estos conceptos, hay otros casos en que si bien no los pone en contacto, los cita por separado, respecto a una misma circunstancia, y no se contradicen respecto al sentido en que se da la triple equiparación habitualmente. Así, en gente armada, cuadrilla, abuso de autoridad o desprecio de dignidad, edad, o sexo, lugar sagrado y morada.

Sin embargo, hay dos circunstancias en las que la triple equiparación se quiebra, y además de un modo explícito. Me refiero a las circunstancias de incendio, naufragio..., así como a las de nocturnidad y despoblado. En ellas observamos que aparece la exigencia del aprovechamiento, y que es esta exigencia la que determina que Rodríguez Mourullo refiera estas circunstancias a la culpabilidad. Nos encontramos de nuevo, ante las circunstancias que Rodríguez Devesa ha llamado mixtas y las ha mantenido en la antijuricidad, y que Quintano no se ha decidido a referirlas a

(117) *Ibidem*, págs. 743 y 747.

(118) En todo caso, la fundamentación que utiliza para dar carácter objetivo a la agravante de astucia, fraude o disfraz deja notar el uso de términos —“modalidad de ejecución”, “forma de ejecución”— muy similares a los utilizados por el párrafo 2 del artículo 60, por lo que podría pensarse que en este caso, es más bien la vinculación al párrafo 2 del artículo 60 la que determina la afirmación de su naturaleza objetiva.

la acción, ni a la culpabilidad, formando un grupo aparte. Estas circunstancias, que en los diversos autores no son siempre exactamente las mismas, Rodríguez Mourullo no ve ningún inconveniente en referirlas a la culpabilidad, precisamente por la exigencia de ese elemento subjetivo de aprovechamiento; sin embargo, pese a ello, sigue pensando que son de naturaleza fundamentalmente objetiva, por lo que las vincula al párrafo 2 del artículo 60. En estas circunstancias, y en base a ese elemento de aprovechamiento, rompe la triple relación unívoca que venía manteniendo y la rompe en cuanto que, como dirá explícitamente en una ocasión (119), considera que en su naturaleza aparecen elementos objetivos y subjetivos, y los subjetivos le servirán para acudir a la culpabilidad, y los objetivos al párrafo 2 del artículo 60 (120).

En suma, que no se puede hablar de una quiebra de la triple equiparación, sino de una adaptación a la peculiar naturaleza mixta que él estima que se da en estas circunstancias.

Podemos concluir, por tanto, que Rodríguez Mourullo mantiene la triple equiparación de un modo prácticamente absoluto en las circunstancias que analiza, si bien, como ya hemos dicho, no se registran formulaciones generales.

POSTURA DE CORDOBA RODA

Córdoba estudia (121) todas las atenuantes, menos dos, las primeras cinco agravantes, y el artículo 11 y el 60; de tal análisis se pueden obtener las siguientes afirmaciones referidas a nuestro problema:

Estima que el arrebató, tal como lo entiende la jurisprudencia, parece que no se refiere tanto al juicio personal de reprochabilidad como al juicio objetivo de desvalor (122). Afirma que la alevosía no es «ni exclusivamente objetiva, ni subjetiva, sino que integra un comportamiento externo regido por la voluntad o finalidad (123). Refiriéndose al precio, recompensa o promesa, dice que si tal agravante sólo se aplica a quien efectúa la infracción en base al precio, es agravante consistente en una causa personal, y por tanto, del párrafo 1 del artículo 60 (124). Respecto a la

(119) RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., pág. 706.

(120) Observamos cómo RODRÍGUEZ MOURULLO no sigue la postura de CORDOBA, vid. infra, de incluir el aprovecharse en el dolo, ni siquiera la de RODRÍGUEZ DEVESA y ANTÓN, de incluir tal elemento como un elemento subjetivo de la antijuricidad, sino que el carácter subjetivo de este elemento le llevará, al igual que otros autores que veremos, a referir la circunstancia a la culpabilidad.

(121) CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, tomos I y II.

(122) *Ibidem*, tomo I, pág. 516.

(123) *Ibidem*, pág. 549.

(124) *Ibidem*, págs. 563-564.

agravante de publicidad, para Córdoba incrementa la lesión del bien jurídico (125). Y el parentesco atiende al desvalor de la conducta (126).

Al estudiar el artículo 60 se advierte que al ejemplificar circunstancias incluíbles en los diversos términos de los párrafos, lo hace en base al tenor literal de tales términos del artículo 60, sin hablar de objetivas o subjetivas. Incluso, especifica que ninguna atenuante hace referencia a modalidades de la ejecución (127). Afirma que el que las circunstancias del párrafo 2 hayan de basarse en una modalidad ejecutiva, no quiere decir que al autor —no al partícipe— no haya de exigirse la voluntad o finalidad respecto al medio de ejecución, y añade que para apreciar acción alevosa es necesario que el sujeto *quiera* realizar la acción alevosamente, o para apreciar veneno, hace falta que el sujeto *quiera* realizar el delito por medio de veneno; todo lo cual es algo distinto a la exigencia de conocimiento para el partícipe (128). Alude a que el Código de 1928 separaba a las atenuantes, en función de la razón o motivo de su atenuación o agravación, cosa que ahora no hace, por lo que hay que ver el sentido de cada una, y añade que si bien las circunstancias pueden estar, generalmente sólo en uno de los dos párrafos del artículo 60, a veces, como en abuso de superioridad, según se atiende para apreciarlo, a una causa personal, o a la modalidad ejecutiva, pueden estar en cualquiera de los dos párrafos (129).

De todo esto, se puede concluir que sus referencias a la relación injusto-culpabilidad, y naturaleza objetiva-subjetiva, son ocasionales, y sin poner en relación a una con otra, como lo demuestra al hablar del arrebató y obcecación y publicidad por un lado, y de alevosía, por otro (130).

Del mismo modo, resulta difícil afirmar que Córdoba establezca alguna vinculación entre los párrafos del artículo 60 y las otras dos relaciones que estudiamos (131), como lo prueba el que al analizar el artículo 60 no aluda ni una sola vez a la relación injusto-culpabilidad, ni a la de naturaleza objetiva-subjetiva, como se ve en las citas recogidas y en todo el resto del análisis del artículo

(125) Ibidem, pág. 575.

(126) Ibidem, pág. 787.

(127) Ibidem, tomo II, págs. 252-254.

(128) Ibidem, pág. 256.

(129) Ibidem, págs. 254-255.

(130) La alusión fugaz al "juicio personal de reprochabilidad" y "juicio objetivo de desvalor" que realiza al analizar el arrebató, considero muy dudoso que intente aludir a la vinculación naturaleza subjetiva-reprochabilidad, y naturaleza objetiva-injusto.

(131) La referencia, en cuanto a la agravante de precio... a que "consiste en una causa personal" no se ha de interpretar en el sentido de que por ser de naturaleza subjetiva va al párrafo 1, puesto que lo único que pretende es vincularla a tal párrafo, con independencia de la naturaleza de la circunstancia, como lo demuestra el que use una expresión contenida en el texto legal del párrafo 1 del artículo 60.

lo 60. Por otro lado, al admitir que una circunstancia, según los casos, pueda estar en el párrafo 1 ó 2 del artículo 60, cosa que ni siquiera Antón, Rodríguez Devesa, Quintano o Rodríguez Mourullo aceptaban respecto a las llamadas circunstancias mixtas — que incluían el elemento «aprovechamiento»—, rompe toda posible relación entre estos dos párrafos con su naturaleza entendida de un modo global o único, o con su referencia a los elementos del delito.

Observemos igualmente que Córdoba, al recordar que el hecho de que las circunstancias del párrafo 2 se refieran a la modalidad ejecutiva, no quiere decir que no exijan del autor de la acción que proyecte su voluntad o finalidad sobre ella, es decir, que para apreciar la alevosía se exige un querer alevoso en el autor, está tomando postura respecto al problema de las circunstancias que exigen el elemento subjetivo del aprovecharse o buscar de propósito, y que tantos problemas de clasificación causará a otros autores; para Córdoba, según mi opinión, estos elementos subjetivos están incluidos en el dolo y no suponen un elemento subjetivo adicional, ni tienen nada que ver con el problema de la naturaleza de las circunstancias, ni de su relación a lo injusto o a la culpabilidad (132).

Podemos concluir por tanto afirmando que Córdoba no establece ninguna relación entre las tres parejas de conceptos que estamos estudiando. Es asimismo digno de destacar, que, prescindiendo de que no las vincula entre sí, sólo se refiere ocasionalmente a estos conceptos cuando realiza el estudio de las circunstancias modificativas.

Aunque no parece aceptar esta vinculación entre las tres relaciones, tampoco critica tal equiparación en otros autores.

POSTURA DE DEL ROSAL

Al analizar a Del Rosal se advierte rápidamente que este autor mantiene una postura tajante contraria a la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, con lo cual cabría pensar que una de las tres parejas de conceptos que estamos analizando quedaría descartada. En este sentido, critica explícitamente la postura de Rodríguez Devesa, y la de Antón Oneca (133), en un razonamiento que referido directamente a las agravantes, puede extenderse igualmente a las atenuantes.

El lugar sistemático correcto, según Del Rosal, de las circuns-

(132) Vid. nota 120.

(133) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español, parte general*, Madrid, 1972, vol. II, pág. 516. Polemiza con RODRÍGUEZ DEVESA en el sentido de que si él considera a las circunstancias como elementos accidentales del delito, no se entiende cómo pueden modificar a elementos esenciales tales como la antijuricidad o la culpabilidad.

tancias modificativas, está al margen de los elementos del delito, no afectando a la sustancia de éste, sino que «dejándola intacta, proyectan su eficacia en la medición de la pena» (134). En otro lugar dirá que «las circunstancias no afectan a la constitución del delito. Y que, por tanto, su concurrencia tiene efecto en la graduación de la pena» (135)... Y en el índice de su Tratado observamos igualmente cómo realiza el estudio de las circunstancias modificativas, vistos ya los elementos del delito, y dentro de la teoría de la pena.

Con todo, estas manifestaciones, y algunas otras que se podrían citar (136), que muestran la clara desvinculación hecha por Del Rosal entre las circunstancias y los elementos del delito, cuando llega el momento de plantearse, respecto a las agravantes, cuál sea el «quid iuris» de su agravación, quedan parcialmente contradichas en cuanto que, si bien afirma que su justificación ha de estar basada en «razones político-criminales», tales razones piensa que pueden desentrañarse utilizando «la clásica distinción entre carácter objetivo-antijuricidad, y subjetivo-culpabilidad, con las excepciones propias de esta distinción, y de la composición de la agravante respectiva», pese a que a continuación volverá a insistir en que las circunstancias nunca producirán «una modificación esencial del esquema de los caracteres del delito» (137). Es decir, sin abdicar de su postura respecto a la colocación sistemática de las circunstancias en la teoría de la pena, se ve obligado al analizar el fundamento de las agravantes a aceptar una relación entre ellas y los elementos del delito.

En cuanto a si Del Rosal acepta la diversa naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, no hay duda respecto a ello como se demuestra no sólo en base a la afirmación ya citada de la vinculación entre carácter objetivo-antijuricidad, carácter subjetivo-culpabilidad, sino por numerosas afirmaciones en tal sentido. Critica las posturas tanto de Silvela como de Dorado, que pretenden asignar una misma naturaleza a todas las agravantes (138), y acepta en principio la clasificación que hace Antón, aunque introduce algunas modificaciones (139). También negará la opinión de Silvela de que todas las atenuantes son subjetivas, y ensayará una clasificación de ellas, aunque no deje de reconocer que la concepción imperante en la redacción de las atenuantes es de índole subjetiva (140).

Respecto al concepto que posea del artículo 60, refiere en todo momento los dos párrafos al principio de culpabilidad. Así, nos dirá que por ser las circunstancias caracteres accidentales del

(134) *Ibidem*, pág. 487.

(135) *Ibidem*, pág. 493.

(136) *Ibidem*, págs. 518 y 521.

(137) *Ibidem*, págs. 518-519.

(138) *Ibidem*, págs. 516-517.

(139) *Ibidem*, págs. 517-518.

(140) *Ibidem*, págs. 494-495 y 513.

delito no necesitan ser captadas por el dolo del autor, si bien hay «algunas de singular significación que reafirmando el aforismo de que "no hay pena sin culpabilidad" necesitan insoslayablemente concurrir para la agravación y atenuación»... y alude al párrafo 1 diciendo que «reafirma un elemental dictado de la culpabilidad» añadiendo a continuación que «como, por idéntico motivo, las que consistieren en» ... y cita el texto del párrafo 2, diciendo que de este modo se ha paliado el «versari in re illicita» (141). Expresiones similares utilizará en otras ocasiones (142).

Una vez vistos los conceptos que tiene de cada una de las tres parejas de términos objeto de estudio, veamos si pone en contacto a unas relaciones con otras:

En ningún momento he logrado detectar alguna afirmación de Del Rosal, por la cual se afirmara o se pudiera deducir su creencia en una relación más o menos estable entre los párrafos del artículo 60, y la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias.

Del mismo modo, tampoco he logrado ver ninguna relación fija expuesta por Del Rosal, entre párrafos 1 ó 2 del artículo 60, y referencia de las circunstancias a la culpabilidad o al injusto (143).

Sólo nos queda por ver, por tanto, si establece alguna vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias y su referencia a lo injusto o a la culpabilidad.

Ya hemos apreciado antes cómo, al buscar la justificación de las agravantes, vinculaba, en una formulación general, y con algunas salvedades, objetivo e injusto, y subjetivo y culpabilidad. Dada la breve y genérica alusión que hace a tal relación, es conveniente analizar cómo formula tal vinculación en el estudio de las circunstancias en particular (144).

(141) *Ibidem*, págs. 513-514 y 516.

(142) *Ibidem*, págs. 478, 69-71.

(143) Entendida esta referencia a lo injusto o a la culpabilidad de las circunstancias bajo los presupuestos de DEL ROSAL, a que ya hemos aludido.

(144) De la alevosía dirá que es subjetiva, y que su agravación reside en "una más reprobable culpabilidad, por cuanto la prolija descripción objetiva no veda de observar cómo está cifrada la agravación en dos ingredientes"... el viejo aceño y el ocultamiento moral. Estima que la agravación de precio... deriva de los móviles de lucro, que "se ubican aquí dentro de las partes motivadoras del acto culpable", y acepta su clasificación entre las subjetivas de Antón. En cuanto al abuso de confianza y al abuso de superioridad, duda del carácter mixto que les atribuye Antón, e interpreta la sentencia de 25 de abril de 1964 en la que no se apreció el abuso de superioridad porque tal situación de superioridad fue circunstancial, y no buscada de propósito, ni prevaliéndose de ella aunque no se buscara de propósito, en el sentido de que "se recalca el carácter subjetivo por cuanto... el prevalerse de un medio que debilite la defensa y que asegure la ejecución envuelva, claro está, un disvalor incidente en la culpabilidad del sujeto", extendiendo tal apreciación también al abuso de confianza. La premeditación, la reincidencia y la reiteración acepta

Y de todas sus afirmaciones, referidas sólo a las agravantes, pueden sacarse las siguientes conclusiones:

Se aprecian siete casos en que se realiza la equiparación a nivel concreto, de las dos relaciones. Esto es así en alevosía, precio... premeditación, abuso de superioridad y de confianza, reincidencia y reiteración, y ensañamiento, en las que estima que se da la naturaleza subjetiva y la referencia a la culpabilidad. En todas ellas menos precio..., premeditación y reiteración y reincidencia, parece no sólo darse la coincidencia entre subjetivo y culpabilidad, sino que en base a ser subjetivas, se refieren a la culpabilidad.

Sin embargo, rompe la equiparación en cuanto que son objetivas y referidas a la culpabilidad, en astucia, auxilio de gente armada, nocturnidad, despoblado y cuadrilla, y quizá en ofensa de dignidad, edad, o sexo, o autoridad.

Parece considerar objetivas sin aludir a injusto o culpabilidad el incendio..., carácter público, morada y lugar sagrado.

que sean subjetivas en la clasificación de Antón, y afirma que se refieren a una mayor culpabilidad. Del ensañamiento dirá que "es una circunstancia incidente en el proceso ejecutivo, de estirpe subjetiva, cuya agravación habrá de valorarse en el área de la culpabilidad" y que "la naturaleza y contenido del ensañamiento habrá de hallarse, por supuesto, en la mayor culpabilidad que denota".

En cuanto a la astucia... acepta la clasificación como objetiva de Antón, pero afirma que "de índole instrumental, denota una actitud psicológica concreta, en referencia con el hecho penal, caracterizado por una típica culpabilidad pese a que agraven los medios empleados...". En auxilio de gente armada nos dice que es objetiva, y que se exige el aprovecharse o buscarla intencionadamente, diciendo luego, al igual que de nocturnidad, despoblado y cuadrilla que son sintomáticas de una mayor culpabilidad. De estas tres últimas recogerá la doctrina jurisprudencial de que han de buscarse de propósito, y dice que "en consecuencia, no cabe apreciarla cuando esta circunstancia es meramente causal o accidental, con lo que revela, una vez más, la significación de mayor culpabilidad del agente", y no se opone a la clasificación de Antón de nocturnidad y despoblado como objetivas, y cuadrilla como mixta. Respecto a ofensa de dignidad, edad o sexo, o autoridad, en principio no se opone a la clasificación que hace Antón de ella como objetiva, y luego dirá de ella que "en resumen, que son elementos subjetivos, radicados en la culpabilidad del individuo, el conocimiento del respeto que le imponen las condiciones indicadas —edad, sexo...— las cuales desprecia maliciosamente, con lo que resulta una agravante por razón de una actitud culpable específica siquiera sean elementos subjetivos de la antijuricidad... circunstancias pues "objetivas" de la culpabilidad, formuladas en la respectiva disposición, al modo que dijera ha tiempo Thierfelder. Su funcionamiento demanda, imperativamente, el conocimiento por parte del culpable, aunque sean elementos accidentales, pues de lo contrario carecería de sentido político-criminal su existencia legal". En cuanto a incendio... morada, y lugar sagrado no se opone al carácter objetivo que les da Antón. Y respecto a carácter público estima que es objetiva en contra de Antón, estimando que su carácter subjetivo es sólo circunstancial. DEL ROSAL, op. cit., páginas 518, 521, 524, 518 y 525, 518 y 533-534, 517-518, 529 y 542-543, 528, 517 y 532, 518 y 537-539, 517 y 545, 517 y 536, 518 y 535.

Ahora bien, si atendemos a los grupos que han resultado, y miramos atentamente, veremos que en *ningún caso*, excepto en dos en que podría pensarse que alude a ella de un modo muy confuso, ha hablado de que una circunstancia haga referencia a la antijuricidad. Este hecho, que se contrapone a lo que sería lógico que resultara de la conjunción de la clasificación de Antón, tan numerosa en agravantes objetivas, y que él acepta, y su afirmación general de que salvo excepciones lo objetivo se refiere a la antijuricidad y lo subjetivo a la culpabilidad, además de la observación de que no recoge ningún caso de circunstancias subjetivas referidas a la antijuricidad, sino que, por el contrario, todas las quiebras al principio general se dan en el sentido de que siendo objetivas van a la culpabilidad, nos hace dudar de que su concepto de culpabilidad coincida con el nuestro.

Veamos esto más despacio en relación con dos grupos de casos: En el primero de ellos, lo que ocurre simplemente es que en cuanto Del Rosal aprecia un elemento subjetivo en una circunstancia —normalmente se trata de «buscar de propósito» o «aprovecharse»—, estima, que tal circunstancia ha de ir referida a la culpabilidad. Ya hemos visto cómo la existencia de circunstancias que exigían estos elementos subjetivos no impedía que los autores siguieran refiriendo, si era el caso, tales circunstancias a la antijuricidad, pues no eran, en todo caso, más que unos elementos subjetivos de lo injusto de tal circunstancia (145).

Por el contrario, Del Rosal, en cuanto aparece tal elemento subjetivo (146) incluye tal circunstancia en la culpabilidad: Este grupo de casos está reflejado en abuso de superioridad y confianza, auxilio de gente armada, nocturnidad, despoblado y cuadrilla (147).

Hay otro par de casos, astucia..., y ofensa de autoridad, edad, dignidad, o sexo, en donde se podría interpretar que acepta que en tales circunstancias se den unos elementos subjetivos y que ello no obsta para referirla a la antijuricidad pero cabe igualmente la interpretación contraria, es decir, que están en la culpabilidad, dado lo confuso de los términos con que se expresa.

Decir por último que cuando en carácter público mantiene su

(145) Vid. *supra*, ANTÓN, RODRÍGUEZ DEVESA, y en la misma línea, pero bajo otro planteamiento CÓRDOBA.

(146) Y se ha de notar que DEL ROSAL lo exige con más frecuencia que ningún otro autor de los hasta ahora vistos, por lo que, a veces incluso parece que se está refiriendo no a un elemento subjetivo adicional, sino al dolo de la acción constitutiva de la circunstancia, como en nocturnidad y despoblado.

(147) Así se entiende, por otra parte, y aunque no alude directamente al «aprovechar», o «buscar de propósito», que concluya que la alevosía se refiere a la culpabilidad, pues en cuanto le surgen tales elementos subjetivos, con independencia de los otros que haya, lleva la circunstancia a la culpabilidad.

naturaleza objetiva, no está pensando tanto en que no tiene suficiente peso la exigencia subjetiva de «prevalerse» para transformarla en subjetiva, como en querer dejar bien claro que porque sea personal, es decir, causa personal en el sentido de que es una condición de la persona, no ha de ser subjetiva.

Podemos concluir diciendo que, por un lado, Del Rosal niega, al no afirmarla, cualquier relación entre los párrafos del artículo 60, y la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, o bien entre aquéllos y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad. Respecto a estas dos últimas relaciones entre sí, naturaleza objetiva-subjetiva, e injusto-culpabilidad, aunque en principio se manifiesta opuesto a la existencia de la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, luego acepta tal referencia al analizar el fundamento de cada agravante, y la pone en relación: asimismo con la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias. Ahora bien, puede observarse que tal conexión entre las dos parejas de conceptos, la establece condicionado por la concepción tradicional de que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad, por lo que llega a referir la gran mayoría de las circunstancias a la culpabilidad en cuanto aparece algún elemento subjetivo tal como el «aprovechamiento», no dándose ningún caso en que afirmara explícitamente que una circunstancia se refiera a la antijuricidad (148).

POSTURA DE PUIG PEÑA

Puig Peña (149), en principio, da la impresión de que acepta la división moderna de la referencia de las circunstancias a lo

(148) Toda la problemática que resumimos respecto a la relación injusto-culpabilidad, y lo objetivo-subjetivo, la expone DEL ROSAL referida a las agravantes, pues respecto a las atenuantes, aunque, como ya vimos, hace una clasificación de ellas en función de su naturaleza, y afirma que son predominantemente subjetivas, nunca alude a la relación injusto-culpabilidad, excepto en el arrepentimiento espontáneo del que dice depasada, que reposa, “en el juicio de la culpabilidad”, op. cit., pág. 509.

(149) PUIG PEÑA, hablando de las circunstancias modificativas en general dice que “el autor... puede obrar bajo el imperativo de determinados acontecimientos que hagan su conducta *menos reprochable*, o puede, por el contrario, dotar a su acto de una *intensidad antijurídica mayor*, es por ello que el legislador consigna un catálogo de circunstancias que ejercen su proyección en la responsabilidad, bien atenuándola o bien agravándola”, lo que no obsta para que, un poco más tarde nos diga que se da “una responsabilidad agravada cuando en el hecho concurren circunstancias que denotan una *mayor perversidad* del agente, y una responsabilidad atenuada cuando se dan ciertos acontecimientos situados en la persona del autor, que hacen *menos antijurídico* el hecho por él realizado”. Igualmente dirá que las circunstancias “no afectan a la esencia del delito, sino solamente a la responsabilidad, y por ende, a la pena, por aumentar o disminuir la intensidad antijurídica de la acción.

De las atenuantes dirá que “son aquellos acontecimientos situados:

injusto o a la culpabilidad (150). Ahora bien, si leemos con más detenimiento sus planteamientos, observamos que utiliza de un modo muy superficial tales referencias a lo injusto o a la culpabilidad, resultando difícil de aceptar que establezca un deslinde claro entre los dos términos de la relación, en algunos casos. Esta tendencia a usar los términos indistintamente se manifiesta con toda evidencia cuando en una ocasión parece vincular las atenuantes a la menor reprochabilidad, y las agravantes a la mayor antijuricidad, mientras que luego hará precisamente lo contrario, asignar una mayor reprochabilidad a las agravantes y una menor antijuricidad a las atenuantes, si bien, además, lo correcto hubiera sido admitir la posibilidad de referencia a lo injusto o a la culpabilidad tanto de las agravantes como de las atenuantes, y no, como él hace, estableciendo vinculaciones fijas de las atenuantes,

en la persona del autor que hacen menos reprochable su conducta antijurídica. De esta definición se infiere la naturaleza jurídica propia de estas circunstancias. Se trata de circunstancias personales o de matiz subjetivo tenidas en cuenta por el legislador para disminuir la pena en atención a las mismas". De las agravantes dirá que "aumentan la intensidad antijurídica del hecho, y por ende, la responsabilidad del autor", y añadirá que "cuando decimos que las agravantes "aumentan la intensidad jurídica del hecho" no queremos decir que sean tales agravantes por razones de una mayor antijuricidad, sino que el hecho en su conjunto, tal como aparece en el plano real, merece un más duro reproche de la sociedad".

Aunque en algún momento llega a aceptar la clasificación de ANTÓN de las agravantes, termina criticándola y afirmando que todas ellas son subjetivas referidas a una mayor culpabilidad, fundando tal postura de atender a "la mayor culpabilidad" o bien a la "mayor gravedad subjetiva del delincuente" en la exigencia del *conocer* del artículo 60, aparte de en la jurisprudencia. De las atenuantes hace una clasificación propia, al margen de que en otra ocasión ha dicho que todas ellas son subjetivas. El arrepentimiento —"menor culpabilidad"—, el precio..., los estragos, el auxilio de gente armada, y nocturnidad, despoblado y cuadrilla las refiere a la culpabilidad en base a la mayor perversidad o intensidad del reproche del autor.

De premeditación dirá que muestra una mayor perversidad, añadiendo que "este matiz subjetivo determina que no haya duda sobre el hecho de que esta circunstancia agrava por razón de una mayor culpabilidad". Del abuso de confianza dirá que agrava no por su mayor antijuricidad, sino por su mayor culpabilidad, afirmando que "esta fundamentación subjetiva" se ve apoyada entre otras razones porque "esta circunstancia sólo puede agravar la responsabilidad de aquellos en quienes concurra, mas no la de sus co-reos —sentencia de 31 de octubre de 1895—. Para los que estiman que el abuso de confianza debía agravar por una mayor antijuricidad alcanzaría, no sólo al autor sino también a todos los demás partícipes". PUIG PEÑA, *Derecho penal, parte general*, Madrid, 1969, tomo II, págs. 55, 57, 124, 133-136, 151, 155, 167, 191-192, 195. Del mismo autor, en las voces de Circunstancias de Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, págs. 96-97, 100-101, 104, 111, 118-119, 156-158.

(150) Si bien sus referencias a la responsabilidad y a la pena son fuente de confusión.

a uno de los dos términos, y de las agravantes a otro, para luego, por ende, contradecirse (151).

En cuanto a la naturaleza objetiva o subjetiva, aunque en algún momento parece tender a una clasificación de atenuantes y agravantes en función de un criterio muy descriptivo, poco conceptualizado y unitario, atendido casi solo a la seriación del Código (152), y dejando al margen los criterios de objetividad o subjetividad, termina por considerar a todas las circunstancias tanto agravantes como atenuantes, como de naturaleza subjetiva, argumentando al afirmar tal cosa respecto a las agravantes el conocido razonamiento de Ferrer y Cuello de que su subjetividad se deriva del artículo 60 y del principio de culpabilidad que este artículo expone.

En cuanto al concepto que posee del artículo 60, por un lado observamos que basa la referencia a la culpabilidad y a la subjetividad de todas las agravantes en la exigencia del «conocer» del artículo 60, mientras que al tratar del abuso de confianza, como un argumento más para mostrar que se refiere a la culpabilidad, utiliza la distinción que los autores modernos han establecido entre los párrafos del artículo 60 y la referencia a lo injusto o a la reprochabilidad, es decir, vinculación entre párrafo 2 e injusto, y párrafo 1 y culpabilidad; de ello resulta que da dos interpretaciones del artículo 60, por un lado entendido como manifestación del principio de culpabilidad y deduciendo de ello que *todas* las circunstancias agravantes son subjetivas y referidas a la culpabilidad, y por otro, estimando que las circunstancias referidas a la culpabilidad van al párrafo 1, y las referidas a lo injusto al párrafo 2.

Pese a darse, por tanto, todo este conjunto de dudas y confusiones respecto a los conceptos de las tres relaciones de las que estudiamos su posible conexión entre sí, veamos si Puig establece alguna de estas conexiones:

En dos ocasiones establece la triple equiparación. La primera cuando fundamenta en el artículo 60 y el principio de culpabilidad el hecho de que todas las agravantes sean subjetivas y referidas a la culpabilidad. La segunda, al tratar del abuso de confianza, en donde vincula subjetividad y culpabilidad entre sí, y en base al párrafo 1 del artículo 60 entendido en el sentido de que este párrafo se refiere a la culpabilidad, y el párrafo 2 a lo injusto. En realidad, sólo en el último de estos dos casos, se da la triple equiparación, pues en el primero aunque se da vinculación entre culpabilidad y subjetividad, no se distingue entre los párrafos del artículo 60.

En otras dos ocasiones, establece la equiparación entre culpabilidad y subjetividad, sin aludir además al artículo 60: En rela-

(151) Vid. nota 149.

(152) PUIG PEÑA, *N.E.J.*, págs. 156-158.

ción con todas las atenuantes, poniendo en función su subjetividad, de la referencia de culpabilidad; y respecto a la premeditación.

Aparte de estos ejemplos, es asimismo de destacar el que en ningún caso se de una quiebra a los planteamientos habituales de equiparación. Es decir, en ningún caso se nos presenta una circunstancia que la considere de naturaleza objetiva y la refiera a la culpabilidad, por ejemplo, lo cual viene a reafirmar la evidencia del respeto de Puig por las equiparaciones.

Podemos concluir diciendo en primer lugar que Puig Peña incurre en un buen número de contradicciones en su exposición. Al margen de ello, aunque admite la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad de un modo confuso, en varias ocasiones, se puede decir que afirma la subjetividad de *todas ellas* —y su referencia a la culpabilidad—, basándose para ello en la manifestación del principio de culpabilidad del artículo 60. Y de hecho en ningún momento llega a decir de ninguna circunstancia en concreto que se refiere a la antijuricidad. En este sentido mantiene una estrecha vinculación entre culpabilidad y subjetividad, en una línea doctrinal similar a la de Cuello.

Sin embargo, la penetración de criterios modernos en su exposición se manifiesta no sólo en estas alusiones confusas que realiza respecto a la posible relación de las circunstancias ya sea con lo injusto o con la culpabilidad, sino especialmente al tratar el artículo 60 que si bien en general lo entiende como Cuello y Ferrer, y determinante de la subjetividad y por tanto referencia a la culpabilidad, de todas las circunstancias, en una ocasión, relativa a una circunstancia en concreto, considera al párrafo 1 como referido a la culpabilidad y al párrafo 2 como referido a lo injusto.

POSTURA DE LUZON DOMINGO

Luzón se pronuncia extensamente sobre la problemática objeto de nuestro estudio (153). Si analizamos en primer lugar qué concepto posee de cada una de las tres parejas de términos, vemos

(153) LUZÓN, respecto a las atenuantes, niega que todas se refieran a la culpabilidad, aunque reconoce que las más sí. Con todo, sólo alude a la referencia a la antijuricidad o a la imputabilidad en relación con las eximentes incompletas, aparte del arrepentimiento que lo vincula a fundamentos de política penal, y de la edad juvenil que la refiere a la imputabilidad. De la preterintención dirá que tiene “naturaleza subjetiva, como enraizada en la culpabilidad, manifestada circunstanciadamente por su verificación objetiva”. De las tres atenuantes pasionales dirá repetidamente que su culpabilidad está disminuida; y de la octava que tiene naturaleza eminentemente subjetiva. La atenuante de motivos morales... la refiere a la culpabilidad, y considera que es subjetiva. Al referirse a las atenuantes por analogía, nos dirá que “la finalidad de la norma penal al disminuir la responsabilidad criminal es evitar merezcan igual

que en cuanto a la relación injusto-culpabilidad, se deduce, especialmente de la afirmación que hace referida a todas las atenuantes en general, que es consciente de la posible referencia de éstas, sea a una menor antijuricidad o a una menor culpabilidad. Sin embargo, si luego acudimos a las circunstancias en particular,

trato jurídico-penal, aquéllos que realizan el delito con plena culpabilidad, que aquéllos que obran con culpabilidad menos plena”...

Estima que pecan de ligereza los que afirman que así como las atenuantes tienen naturaleza subjetiva, las agravantes la tienen objetiva. La premeditación la estima subjetiva, “por cuanto guarda relación con el elemento de más marcado carácter subjetivo del delito —la culpabilidad-dolo—”, entre otras afirmaciones. El abuso de confianza y el carácter público, son subjetivas en cuanto que el culpable se prevale de unos vínculos morales de confianza o ha de prevalerse de tal carácter faltando a la confianza pública en él depositada, respectivamente. La publicidad la estima objetiva “basada en el mayor daño que al mal del delito añadirá la publicidad del mismo, reveladora de una mayor perversidad del sujeto, sólo requerirá ser abarcada por el dolo del autor, cuya voluntad consciente haya aceptado dicha publicidad”. Aprecia a la reiteración y reincidencia como objetivas, porque aunque su razón de ser pueda encontrarse en una presunción de intensificación de la culpabilidad o bien en la mayor peligrosidad del que vuelve a delinquir, “lo cierto es que basta con el dato objetivo de la anterior condena”. Afirma que “mientras para las agravantes de ofensa de la autoridad, morada y lugar sagrado no se requiere ningún elemento especial subjetivo, bastando con que el dolo del autor abarque dichas circunstancias conociéndolas y consintiendo en ellas, para las de desprecio de dignidad, edad y sexo, es imprescindible que el culpable obre con desprecio, lo que implica un indudable elemento subjetivo sin cuya concurrencia no se integra la respectiva agravante”. Luego insistirá en la naturaleza objetiva de morada y lugar sagrado, así como en la subjetiva de desprecio por la edad o el sexo, y en que no hace falta que en ofensa de la autoridad se tenga ánimo o intención de ofender a la autoridad.

El precio... dice que tiene un doble carácter objetivo y subjetivo, y revela una mayor peligrosidad y “una abyección y depravación que actuando sobre el elemento subjetivo del delito, se traduce en una matización que califica e intensifica el dolo del sujeto”. La de inundación... estima que tiene naturaleza mixta, objetiva y subjetiva, pues no basta “que acompañen al hecho, sino que... ha de tener voluntad el agente de utilizar estos medios”; menos veneno, que se basa en una mayor perversidad y peligrosidad, las demás figuras de esta circunstancia se basan tanto en la “especial perversidad como en el riesgo de extensión de los males derivados de estos medios”. El ensañamiento es también mixto, pues aparte del efectivo aumento de males, requiere una intención perversa, y se basa en la mayor perversidad, que agrava su culpabilidad, y en la mayor peligrosidad. La astucia... es también mixta siendo su elemento subjetivo, el que ha de encaminarse directamente el sujeto a su empleo como medio más fácil para el logro de la ejecución del delito. Se basa en la mayor perversidad y peligrosidad. También son mixtas las de alevosía y gente armada; la de abuso de superioridad es mixta y su elemento subjetivo consiste en emplear la superioridad con la finalidad de asegurar el hecho. Mixtas son igualmente el naufragio... —cuyo elemento subjetivo está en el conocimiento de la calamidad y aprovechamiento de ello— y la nocturnidad —elemento subjetivo consistente en buscar o aprovechar la obscuridad— y el despoblado.

El parentesco como agravante se basa en la mayor perversidad, mayor culpabilidad, y mayor daño moral, y como atenuante en la menor culpa-

observamos que en ningún caso, ni atenuante ni agravante, refiere las circunstancias a la antijuricidad, con la excepción del parentesco que refiere, basándose en los criterios que da el artículo 11, tanto a lo injusto como a la culpabilidad, con lo cual no nos aclara nada su postura, y de algunas eximentes incompletas, al margen de nuestro estudio. Solamente en inundación..., ensañamiento, publicidad y parentesco, alude al mayor daño que el delito produce, a la extensión de los males, al daño moral... fundamentos todos éstos que quizá pudieran llevar a referir estas circunstancias a la antijuricidad, cosa, sin embargo, que él no hace; es más, en todas estas circunstancias no deja igualmente de citar su vinculación a una mayor perversidad y culpabilidad.

Si leemos detalladamente los fundamentos que aprecia en cada circunstancia notaremos que el fundamento prácticamente único de todas las circunstancias para Luzón, pese a su formulación general, es la mayor o menor perversidad —concepto basado en y referido a la culpabilidad— (154), si bien con frecuencia aparezca *junto a él*, el de peligrosidad, y el de la extensión del mal.

Ahora bien, esta conclusión de que refiere todas las circunstancias a la culpabilidad hay que entenderla, en mi opinión, del modo siguiente: Luzón se ha dejado influenciar por el hecho evidente de que una conducta que es más antijurídica, es también más reprochable (155), lo cual no quiere decir que la circunstancia que refleja tal situación haya de vincularse a la culpabilidad. Es decir, habrá circunstancias que reflejen una mayor reprochabili-

bilidad o disminución del daño moral del delito. Estima que los criterios legales de apreciación del artículo 11 están conectados, la naturaleza del delito a la antijuricidad, los motivos a la culpabilidad, y los efectos al daño moral.

Contempla el artículo 60 en base al principio de culpabilidad. Afirma que "no siempre el carácter más personal o más objetivo de la circunstancia determinará la comunicabilidad o no de la misma", y alude al criterio personal de la habitualidad del artículo 17, 3.º que sí que da origen a comunicabilidad, o al codefensor de un extraño que lo hace por venganza, en donde pese a ser objetiva la circunstancia, no habría comunicabilidad para él de la eximente de legítima defensa. A continuación dirá que "la mayor parte de las circunstancias ni son exclusivamente subjetivas, ni cerradamente objetivas, y las dificultades para encasillarlas bajo uno u otro aspecto son muy difíciles de considerar". Piensa que la referencia a uno u otro párrafo del artículo 60 de las circunstancias genéricas se descubre acudiendo a los "requisitos exigidos por la ley en cada caso para su estimación", refiriéndose con esas palabras al tenor literal de la formulación de las circunstancias en artículos 9 y 10, no al tenor literal de los párrafos del artículo 60. LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1964, tomo I, págs. 254, 291, 304, 315, 324, 325, 342, 350-351, 360-361, 401-402, 411, 375-376, 426, 434-440, 443, 363-364, 371-372, 374, 376-377, 391, 363, 416, 395, 415, 417, 421. Y del tomo II, págs. 7, 14, 15, 219-223.

(154) Como él mismo relaciona, entre otros casos, en ensañamiento. Vid. nota 153.

(155) Si prescindimos de los casos de responsabilidad objetiva que todavía perduran en nuestro Código.

dad, y éstas han de vincularse a la culpabilidad, y otras reflejan una mayor antijuricidad y han de vincularse a lo injusto, lo cual no obsta para que estas últimas, al indicar una mayor antijuricidad, no indiquen también una mayor reprochabilidad, como consecuencia de esa mayor antijuricidad. Este hecho evidente, por tanto, no ha de llevar a referir todas las circunstancias a la culpabilidad como ha hecho Luzón. Una prueba de que ha sido este error de perspectiva el que ha llevado a esta situación a Luzón lo encontramos en la agravante de publicidad, donde dice textualmente «basada en el mayor daño que al mal del delito añadirá la publicidad del mismo, reveladora de una mayor perversidad del sujeto»... así como en el hecho de que en los pocos casos que alude a expresiones cercanas a la antijuricidad, alude igualmente a la perversidad.

En cuanto a la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, estima que puede haber de ambas naturalezas, así como de naturaleza mixta, si bien no aprecia ninguna atenuante objetiva o mixta.

Respecto a las agravantes, llama enseguida la atención la abundancia de agravantes mixtas, diez frente a tres objetivas y tres subjetivas. Esto tiene una explicación: Luzón apreciará en muchas ocasiones elementos subjetivos que generalmente coincidirán con las circunstancias en que la doctrina aprecia habitualmente la necesidad del «aprovecharse» o «buscar de propósito», pero que otras veces son elementos subjetivos que resultan difícil de distinguir del dolo de la acción constitutiva de la circunstancia. En todos estos casos, Luzón concluirá que tales circunstancias son mixtas. De todos modos es de destacar cómo Luzón, a diferencia de Del Rosal, no concluye, a partir de la existencia de tales elementos subjetivos que todas esas circunstancias se refieren a la culpabilidad, sino que el motivo por el que Luzón lleva todas las circunstancias a la culpabilidad, incluso las que él considera objetivas, está basado en otras razones ya aludidas.

En cuanto al concepto que posea del artículo 60 lo estima en función del principio de culpabilidad relativo a los partícipes.

Si atendemos ahora a las posibles conexiones que puede establecer entre las tres parejas de conceptos, se puede afirmar que no vincula la referencia de la circunstancia a lo injusto o a la culpabilidad con los párrafos del artículo 60.

En relación con la vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, en varias ocasiones conecta la naturaleza subjetiva a la referencia a la culpabilidad de un modo explícito, como en preterintención y premeditación. De todos modos, al referir en último término todas las circunstancias a la culpabilidad, no cabe hablar de equiparaciones objetivo-injusto, subjetivo-culpabilidad, pues tanto las objetivas como las subjetivas terminan referidas a la culpabilidad.

En relación con la vinculación entre la naturaleza objetiva o subjetiva, y los párrafos del artículo 60, si bien es verdad que hace una declaración respecto a la no vinculación fija de los párrafos del artículo 60 con las circunstancias según su naturaleza, lo que añade a continuación sobre la dificultad de precisar la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, va en la línea de vincular tal naturaleza a los párrafos del artículo 60 en una relación fija. Por otro lado, los ejemplos que pone para demostrar la no siempre vinculación existente de lo personal y lo objetivo a la no comunicabilidad y comunicabilidad, respectivamente, no se basan en circunstancias atenuantes o agravantes, sino en el artículo 17, 3.º y en una eximente, rompiendo además tal vinculación en base a los requisitos que se exigen por la ley para su estimación.

Por último, comparto la afirmación de que hay que atenerse para referir al artículo 60 a las circunstancias a su formulación legal y a los requisitos para su estimación, pero echo en falta la afirmación de que tal atención a su formulación legal, no es para determinar si son objetivas o subjetivas, y en base a ello ir al párrafo 2 ó 1 del artículo 60, como parece dar a entender Luzón, sino para comparar su formulación legal con el tenor literal de los párrafos del artículo 60, es decir, haciendo una comparación directa entre las formulaciones literales de la circunstancia y los párrafos del artículo 60, sin mediación de la estructura conceptual objetividad-subjetividad.

En resumen, Luzón refiere todas las circunstancias al elemento culpabilidad, pese a su formulación general en la que afirma que pueden estar en lo injusto o en la culpabilidad, debido a la confusión en que incurre al estimar que puesto que todo lo que se refiere a una mayor antijuricidad, refleja una mayor culpabilidad igualmente debe de ir a la culpabilidad.

Aun cuando da una naturaleza mixta a la mayoría de las circunstancias, parece aceptar, aunque no de modo muy claro una vinculación entre la naturaleza objetiva y el párrafo 2 y la naturaleza subjetiva y el párrafo 1.

POSTURA DE ALGUNOS MONOGRAFISTAS SOBRE CIRCUNSTANCIAS

Como colofón de todo el análisis doctrinal que venimos haciendo, puede ser interesante hacer una somera alusión a diversos autores que al tratar monográficamente alguna circunstancia, toman postura, ya sea explícita o implícitamente en el problema que estudiamos.

Ya se aludió al inicio de este trabajo a la poca bibliografía que hay sobre las circunstancias modificativas. Pues bien, de toda ella, en pocos casos se pronuncian los autores respecto al artículo 60 en relación con su circunstancia, así como respecto a si está en

lo injusto o en la culpabilidad, aunque sí que lo hacen con más frecuencia en cuanto a su naturaleza objetiva o subjetiva, pero generalmente, sin ponerla en contacto con las otras relaciones antedichas, pues no atienden a ellas.

En todo caso, se puede aludir a algunos autores.

Camargo Hernández en su monografía sobre la alevosía coloca como un argumento más en favor de su naturaleza subjetiva, el de que se le haya de aplicar el artículo 60, párrafo 2, que exige el «conocer», así como la exigencia jurisprudencial del «buscar de propósito» o «aprovecharse»; y posteriormente, al analizar su fundamento afirma que los autores que consideren a esta circunstancia de naturaleza objetiva la referirán a la mayor antijuricidad del hecho, y los que la consideren de naturaleza subjetiva, a la mayor culpabilidad; y él expone su postura a favor de la referencia a la culpabilidad con dos motivos, el primero de ellos «porque si como hemos visto la alevosía es de naturaleza subjetiva, no puede tener su fundamento en un aumento de la antijuricidad, que, generalmente, es objetiva» (156).

Respecto a la premeditación, en otra monografía del mismo autor, cuando trata de tomar postura sobre si es de naturaleza objetiva o subjetiva, se inclina por esto último porque es una circunstancia basada en una mayor culpabilidad del agente; y viceversa, cuando se trata de ver su fundamento, afirma que «aceptando plenamente la dirección subjetiva, el verdadero fundamento de la circunstancia agravante de premeditación se encuentra en aumento de la culpabilidad del agente». Estima por otro lado que se incluye en el párrafo 1 del artículo 60 (157).

De lo visto se deduce que la equiparación entre naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad, y naturaleza objetiva y referencia a la antijuricidad, en Camargo es total, pues no sólo en base a la subjetividad refiere la circunstancia a la culpabilidad, sino que también invierte el sentido de la equiparación, y de la culpabilidad infiere su subjetividad.

No ocurre lo mismo con la relación entre los párrafos del artículo 60 y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, o a la naturaleza objetiva o subjetiva; pues considerando tanto a la alevosía como a la premeditación subjetivas y referidas a la culpabilidad, a la primera la incluye en el párrafo 2 y a la segunda en el párrafo 1. En todo caso, como se deduce con claridad de la alusión que hace al artículo 60 al argumentar la naturaleza subjetiva de la circunstancia, creo que no hay duda que Camargo entiende el artículo 60 en el sentido que hacen Ferrer Sama y Cuello, es decir, como manifestación del principio de culpabilidad que *determina* que todas las circunstancias sean subjetivas y refe-

(156) CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: *La alevosía*, Barcelona, 1963, páginas 39-41.

(157) Del mismo autor, *La premeditación*, Barcelona, 1958, páginas 25-31, 165-166 y 172.

ridas a la culpabilidad; el que luego coloque a las circunstancias en distintos párrafos del artículo 60 es irrelevante, pues Camargo no pone en relación el párrafo 1 con la culpabilidad, y el párrafo 2 con lo injusto, sino ambos con la subjetividad y la culpabilidad.

Bajo Fernández, en su monografía sobre el parentesco, parece en ocasiones estar pensando igualmente en la relación fija entre elementos objetivos y la referencia a lo injusto y elementos subjetivos y referencia a la culpabilidad, cuando hablando del fundamento de la circunstancia de parentesco, escribe que «a la afirmación de que son consideraciones en torno a la culpabilidad las que fundamentan la modificación de la responsabilidad criminal por parentesco, parece oponerse como serio obstáculo el que la ley utilice criterios objetivos para determinar el carácter agravatorio o atenuatorio de la circunstancia», pero subsana tal dificultad diciendo que tales criterios objetivos no pueden entenderse más que como complementarios de los «motivos» también recogidos en el texto del artículo 11, junto a la naturaleza y efectos del delito —que son los que considera objetivos—, lo que hace que tales criterios pasen a tener en cuenta «el mundo subjetivo del delincuente» (158).

Por otro lado, la utilización que hace de las exigencias jurisprudenciales de que se de una real vinculación afectiva entre el sujeto activo y pasivo, así como de que el autor conozca que el sujeto pasivo sea pariente, elementos todos ellos subjetivos que forman parte del contenido de la circunstancia —el segundo, de todas las circunstancias, pues se refiere al principio de culpabilidad—, para reafirmar la referencia de la circunstancia a la culpabilidad, parecen ir en la misma línea (159), (160).

Mir Puig, en su estudio sobre la reincidencia, estima que tanto la reincidencia específica, como la reiteración, están incluidas en el artículo 60, párrafo 1, lo cual no es óbice para que estime que la reincidencia es una causa de agravación del injusto y no de la culpabilidad (161), es decir, rompe la equiparación que parte de la doctrina hace entre el párrafo 1 del artículo 60 y referencia de las circunstancias a la culpabilidad.

Cobo Del Rosal, en un artículo dedicado a algunos aspectos de las atenuantes quinta y octava plantea en un par de ocasiones unos interrogantes sobre la naturaleza objetiva y subjetiva de las circunstancias y su justificación, así como respecto a la corrección de su vinculación con el artículo 60, que si bien no dejan tras-

(158) BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona. 1973, págs. 40-43.

(159) *Ibidem*, págs. 55 y 57.

(160) En todo caso, no puedo dejar de hacer notar que esta interpretación de lo escrito por BAJO la expongo con algunas reservas, pues de su discurso no se puede sacar una conclusión suficientemente clara sobre lo que él piensa de este tema.

(161) MIR PUIG, S.: *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974, págs. 294, 405 y 529-534.

lucir su pensamiento sobre el problema objeto de este estudio, inducen a pensar que tal problema es objeto, igualmente, de su preocupación (162).

TESIS PROPUESTA

Hasta aquí, he intentado dar una panorámica de la situación actual del problema en la doctrina española. No hay duda de que hay variadas opiniones, así como algunos malentendidos y confusiones.

Se aprecia en primer lugar, un grupo de autores que, si bien sus posturas dogmáticas no les impiden concebir las tres parejas de conceptos objeto de nuestro estudio, diferenciándose ya sólo por este hecho de los autores más antiguos, también analizados, parecen sin embargo, más preocupados por el deseo de dejar bien claro que no hay lugar en las circunstancias para la responsabilidad objetiva, haciendo girar todo su análisis en torno a este hecho. En esta línea, Ferrer Sama, basándose en la manifestación del principio de culpabilidad del artículo 60, concluirá que todas las circunstancias son subjetivas, postura a la que se unirán Cuello y Camargo, introduciendo un elemento más, la referencia de las circunstancias a la culpabilidad, en cuanto subjetivas. En una línea similar, pese a que en alguna ocasión parezca que se separe de esta postura, se coloca Puig Peña.

En todos estos autores es evidente que la triple relación de conceptos, de la que hablábamos al inicio de este trabajo, no puede presentarse ya que al menos uno de estos términos, el artículo 60, no lo relacionan con las otras dos parejas de conceptos distinguiendo y dando diferente significación a los dos párrafos. Todo ello es debido, como ya indicamos en su lugar (163), a que tampoco utilizan la distinción entre naturaleza objetiva y subjetiva de las circunstancias en el mismo sentido y en el mismo momento del proceso de análisis de éstas que el resto de los

(162) Afirma que "la cuestión sobre la procedencia o no de preguntarse por la "naturaleza objetiva" o "naturaleza subjetiva", será desarrollada, con detalle, en otro estudio en el que se lleve a cabo una interpretación del artículo 60 del Código penal y su posible significación no sólo con respecto a este concreto extremo, sino también en referencia con las distintas conclusiones que han sido extraídas, con genérica pretensión, de su expresa vigencia", y en otro lugar dirá "al margen, por el momento, de su posible clasificación como usualmente se ha venido repitiendo, dentro del catálogo de las atenuantes, como objetiva o subjetiva, e incluso, de la también habitual concesión de su "naturaleza objetiva o subjetiva" o hasta "mixta", cuestiones éstas, cuya razón y sentido serán abordadas en otra ocasión". COBO DEL ROSAL, N.: *Consideraciones sobre las atenuantes de arrebató u obcecación, y provocación y amenaza adecuada*. Anales de la Universidad de la Laguna, 1968, pág. 15, notas 16 y 24.

(163) Vid. supra análisis de la postura de FERRER SAMA.

autores. En todo caso, en este grupo de autores sí que se da la clara vinculación entre naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad de las circunstancias, con alguna salvedad.

Tenemos, por otro lado, otro grupo de autores que sí que muestran la conexión entre las tres parejas de conceptos en el sentido ya conocido. A ellos especialmente va dirigido todo este trabajo puesto que el grupo anterior considero que parte de posturas ya superadas. Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, Rodríguez Mourullo, son autores que, evidentemente, presentan la triple equiparación de conceptos, si bien los dos últimos, como ya vimos, presentan algunas quiebras a tal equiparación.

En este mismo grupo cabe incluir igualmente a Del Rosal y Luzón Domingo, si bien estos autores toman algunas posturas un tanto *sui generis*, y sólo cabe hablar en ellas de una única, y no triple, equiparación, la existente entre objetividad-injusto, y subjetividad-culpabilidad. Finalmente, hay otro par de autores, Córdoba Roda y Mir Puig, ya analizados, así como mi maestro Cerezo Mir (164), los cuales muestran una desvinculación clara del grupo de autores anterior en especial porque realizan sus análisis sobre la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, al párrafo 1 ó 2 del artículo 60, y eventualmente a su naturaleza objetiva o subjetiva, con entera independencia unos de otros y sin relacionarlos entre sí. En todo caso, se hecha en falta en ellos una afirmación tajante de la independencia de las tres parejas de conceptos.

Si nos centramos ahora en la búsqueda de una justificación a cada una de las tres posibles vinculaciones que se dan entre las tres parejas de conceptos, y nos detenemos en primer lugar, en la vinculación más extendida, la consistente en conectar *naturaleza subjetiva* de las circunstancias con referencia de ellas a la *culpabilidad*, y *naturaleza objetiva* de ellas y referencia a lo *injusto*, veremos que dada la moderna teoría de lo injusto es difícilmente sostenible tal postura. Es algo admitido prácticamente por todos que en lo injusto se dan con cierta frecuencia elementos subjetivos, así como que no hay obstáculos para que elementos objeti-

(164) CEREZO MIR en su programa realiza una decidida afirmación de la vinculación de unas circunstancias a lo injusto y otras a la culpabilidad, siendo ésta la división clave para su estudio —y no la pretendida naturaleza objetiva o subjetiva a la que dedica escasa atención—, pues coloca en una lección todas las circunstancias atenuantes o agravantes referidas a lo injusto, al final del estudio de lo injusto de los delitos dolosos, y en otra lección aparte, al final del estudio de la imputabilidad y reprochabilidad, las referidas a la culpabilidad. Al igual que CÓRDOBA RODA y MIR PUIG, tampoco parece vincular tales categorías de la teoría del delito en relación con las circunstancias, con los párrafos del artículo 60, como demuestra al considerar como agravante referida a lo injusto a una circunstancia que evidentemente tiene que ir al párrafo 1 del artículo 60 cual es la de parentesco, y lo mismo ocurre con el carácter público. Por supuesto, CEREZO ha afirmado en conversación privada que es consciente de esta situación.

vos, si bien son escasos, aparezcan en la culpabilidad. Esta formulación comúnmente aceptada no impide que, sin embargo, en algunos autores sigan pesando los métodos de análisis anteriores, en especial en áreas de la teoría del delito tan poco estudiadas como la de las circunstancias y sólo así es explicable que todavía ahora la afirmación de que una circunstancia posea elementos subjetivos lleve a afirmar que se refiera a la culpabilidad.

Este hecho está claro que se presenta en Cuello, Camargo y Puig Peña por un lado, y con posturas más modernas, en Del Rosal y Rodríguez Mourullo (165). No se presenta al mismo nivel, sino de un modo más atenuado en Antón Oneca y Rodríguez Devesa, debido a que ambos autores no ven ningún inconveniente en que circunstancias que poseen elementos subjetivos en su naturaleza puedan seguir referidas a la antijuricidad, pero no obstante, *nominalmente*, en planteamientos generales, no dejan de insistir en que las circunstancias subjetivas han de ir a la culpabilidad, y las objetivas a la antijuricidad, en una actitud que sólo se explica, como ya he dicho, debido a la poca atención prestada a este sector de la teoría del delito.

A su vez Quintano Ripollés presenta una postura encuadrable igualmente entre los autores que vinculan objetividad y subjetividad con injusto y culpabilidad, si bien en una postura intermedia entre las modernas que al aparecer un elemento subjetivo llevan la circunstancia a la culpabilidad, y las que admiten circunstancias con elementos subjetivos en la antijuricidad a la vez que mantienen a nivel general la formulación, pues recoge en un apartado separado las circunstancias que suelen exigir el aprovechamiento o el buscar de propósito, sin decidirse a vincularlas a la acción o a la culpabilidad; asimismo, ya vimos que presentaba quiebras en todas sus formulaciones, y en ésta igualmente.

Es decir, vemos que algunos autores siguen manteniendo la concepción ya superada, expuesta, de vinculación de todo lo subjetivo a la culpabilidad; algún otro, duda al respecto; pero tanto este último como otros, aunque no aceptan tal vinculación a un nivel particular, en las formulaciones generales la siguen afirmando. Y en ninguno de ellos se mantiene en todo momento separado el análisis que se realiza de la naturaleza de la circunstancia por un lado, y de la referencia a los elementos del delito por otro, sino que, tarde o temprano, se vinculan ambos análisis y se transforman en uno sólo.

Mi postura al respecto, como se habrá podido traslucir, reside

(165) En estos autores, en base al concepto de "aprovecharse" o "buscar de propósito" que exigen en algunas circunstancias, elemento subjetivo éste que ya hemos visto que presenta problemas y diversidad de opiniones entre los autores no ya sólo en función de la referencia a la culpabilidad de la circunstancia en la que se exija, o no, sino respecto a si es un elemento subjetivo incluido en el dolo de las circunstancias o bien un elemento subjetivo adicional, problema éste de gran interés.

en afirmar que no cabe hacer ninguna relación entre la naturaleza objetiva o subjetiva, y la referencia a lo injusto o a la culpabilidad, siendo estos dos análisis independientes, el primero basado en el análisis de los elementos del tipo de las circunstancias, y el segundo, en el fundamento de ella en función del contenido de las categorías dogmáticas de la teoría del delito. Todo ello basado en que actualmente está claro que no puede pretenderse hacer una vinculación entre subjetividad y culpabilidad, y objetividad e injusto, ni siquiera con las lógicas excepciones que algunos autores ya establecen respecto a elementos subjetivos de lo injusto de una circunstancia, por las graves confusiones a que se presta. Sabido es que cuando surgen algunos elementos subjetivos que pueden presentar dudas respecto a su clasificación en lo injusto o en la culpabilidad, se ha de ir a un análisis pormenorizado de tal elemento, existiendo criterios como los de Welzel o Gallas para ayudar a tomar tal decisión (166).

En todo caso, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia, a no ser que tenga como contenido esencial el averiguar si exige el elemento subjetivo de «aprovecharse» o «buscar de propósito», la considero poco justificada, pues en todo caso incluso la averiguación de la presencia de tal elemento subjetivo puede incluirse en todo el análisis que se ha de realizar en cada circunstancia relativo a su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad.

Otra de las vinculaciones que a lo largo de este estudio hemos visto aparecer con frecuencia es la consistente en llevar las *circunstancias* consideradas de *naturaleza subjetiva* al *párrafo 1 del artículo 60*, y las consideradas de *naturaleza objetiva* al *párrafo 2*. Estimo que tal conexión es igualmente incorrecta, por una serie de razones, la primera de ellas, ya citada, en función de la poca justificación que considero que posee la averiguación de la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia.

En segundo lugar, porque es mi opinión que el legislador, cuando elaboró el artículo, y el mismo tenor literal de él, no se encaminan a formular una distinción entre las circunstancias de naturaleza objetiva y las de naturaleza subjetiva, en base a los párrafos del artículo 60, sino que se pretende únicamente dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias. El artículo 60 sólo tiende a asegurar que nadie puede ser responsable de algo que carece de cualquier vínculo con él, como sería el caso de una circunstancia que no sólo no estuviera relacionada con su persona, sino que ni siquiera conociera que se daba su existencia en un hecho en el que él intervino de algún modo. Toda la doctrina ha interpretado el artículo 60 como una manifestación del

(166) WELZEL, H.: *Das deutsche Strafrecht*. 11 Auflage. Berlín, 1969, pág. 79; y GALLAS, W.: *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. Berlín, 1955, págs. 45-47.

principio de culpabilidad; sin embargo, luego se ha querido ver algo más en él, y autores como Antón Oneca, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, y Rodríguez Mourullo, han establecido la vinculación entre naturaleza objetiva de las circunstancias y párrafo 2, y naturaleza subjetiva y párrafo 1 —sin nombrar ese otro grupo de autores que del artículo 60 han deducido la naturaleza subjetiva de todas las circunstancias—.

Es de notar cómo, si el legislador hubiera deseado vincular la naturaleza subjetiva de las circunstancias al párrafo 1 y la naturaleza objetiva al párrafo 2, tuvo una inmejorable oportunidad en el Código de 1928, debido a que dividió a las circunstancias en las basadas en las circunstancias de la infracción, y las basadas en las condiciones del infractor, división que todos los comentaristas interpretaron como un deseo del legislador de marcar su naturaleza objetiva o subjetiva. Pues bien, al artículo 150 —hoy 60— le hubiera bastado, en lugar de mantener el texto hasta cierto punto casuístico que venía del Código de 1848 y que aún perdura, con decir, en lugar del párrafo 1, que las circunstancias basadas en las condiciones del infractor se apreciarían si concurrían, y, en lugar del párrafo 2, que las basadas en las circunstancias de la infracción, se apreciarían si conocían su existencia. No actuó, sin embargo, así el legislador (167), lo que nos lleva a pensar que no coinciden de modo tan estrecho como afirman algunos autores; párrafo 1 y subjetividad, y párrafo 2 y objetividad.

Por otro lado, ya hemos visto cómo tal vinculación ha terminado por presentar quiebras en algunos autores que inicialmente la han afirmado, tales como Quintano Ripollés (168), y en cierto sentido, Rodríguez Mourullo (169). Además, prescindiendo de la consideración dogmática que pueda tener el elemento de «buscar de propósito» o «aprovecharse» no hay duda de que es un elemento subjetivo, que si bien en Antón no impide que la circunstancia siga considerándola objetiva, en Rodríguez Devesa hace que la considere mixta, y en Quintano se le da un tratamiento especial, todos ellos refieren tales circunstancias con ese elemento subjetivo al párrafo 2, con lo que la distinción entre objetividad y subjetividad de los párrafos del artículo 60, ya no aparece tan nítida.

Finalmente, Córdoba nos va a dar un nuevo argumento en contra de tal equiparación cuando nos diga que una misma circunstancia puede en determinados casos modificar la responsabi-

(167) Código penal. Edición oficial. Madrid, 1928, arts. 64 a 69 y 150.

(168) En relación con la agravante de precio, recompensa y promesa, que ya hemos visto. Vid. análisis de QUINTANO supra. Igualmente aparece una contradicción evidente en la atenuante de motivos morales, altruistas y patrióticos, de la que dice que es objetiva y que por tanto va al párrafo 2 del art. 60, si bien resulta evidente que la atenuante 7.^a se adapta perfectamente a la formulación literal del párrafo 1 del art. 60. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, págs. 151-152.

(169) Vid. análisis de RODRÍGUEZ MOURULLO supra.

lidad en base al párrafo 1 del artículo 60, y en otras ocasiones en base al párrafo 2 del artículo 60 (170); citando el ejemplo del abuso de superioridad según se atiende a los medios interpuestos para la realización del delito —párrafo 2— o a la relación entre ofendido y ofensor. Es evidente que si esto es así, si una circunstancia puede variar de colocación en los párrafos del artículo 60 según el aspecto al que se atiende y al tenor literal de tales párrafos, mal se podrá afirmar que tal circunstancia posea una u otra naturaleza, pues ya no se trata de una circunstancia similar a las mixtas de Rodríguez Devesa que pese a ser predominantemente objetivas, poseen elementos subjetivos, lo que no impide que vayan siempre al párrafo 2, sino que en este caso es una circunstancia en la que no predominan unos elementos sobre otros, sino que abarca ambos, lo cual demuestra por un lado, la inconsistencia de la distinción objetividad-subjetividad, y por otro lado la decisiva atención que hay que prestar a la formulación literal de los párrafos del artículo 60, al margen de elaboraciones conceptuales previas, para colocar una circunstancia correctamente en uno u otro de los párrafos.

En este sentido, propugno la independencia de ambos análisis, el de la naturaleza, objetiva o subjetiva —si se considera justificado el realizarlo—, y el de la inclusión en uno u otro de los párrafos del artículo 60 de una circunstancia. Este último análisis habrá de realizarse ateniéndose estrictamente a la formulación legal de la circunstancia y a su contenido, relacionándolo con el tenor literal de los párrafos del artículo 60, sin mediar estructuras conceptuales apriorísticas.

Nos queda por ver finalmente la última de las tres relaciones que se ha venido estableciendo, la vinculación entre referencia de la circunstancia a lo *injusto*, y párrafo 2 del artículo 60, y referencia de la circunstancia a la *culpabilidad* y párrafo 1 del artículo 60. Esta vinculación parece en principio más fundamentada que las anteriores puesto que está acorde tanto con la misión básica del artículo 60, reafirmar el principio de culpabilidad, como con el distinto enfoque que este principio presenta cuando se refiere a elementos de lo injusto o a elementos de la culpabilidad.

Sin embargo, estimo que tampoco el tenor literal de los párrafos del artículo 60 se ajusta plenamente a los contenidos dogmáticos de injusto y culpabilidad.

Digamos en primer lugar que la mayoría de los autores que han formulado la vinculación que ahora estudiamos no lo han hecho de un modo directo, sino actuando como gozne la división de la naturaleza de las circunstancias en objetiva y subjetiva. En cuanto que una circunstancia es, por ejemplo, subjetiva, va al párrafo 1 y se refiere a la culpabilidad; el punto decisivo es la:

(170) CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*. Barcelona, 1972, tomo II, págs. 154-155.

naturaleza subjetiva, que da pie a las otras dos afirmaciones. Como, por otra parte, ya he dicho que no resulta muy justificada, según mi opinión, la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias, en estos casos, si faltara tal elemento, la relación entre artículo 60 y referencia a los elementos del delito se rompería, por faltarle el elemento de conexión.

Sin embargo, aún se dan casos, como hemos visto, en los que la vinculación se establece directamente, sin elementos intermedios. Pues bien, es precisamente el autor que presenta claramente una vinculación *directa* entre los dos términos de la relación que estamos estudiando, Rodríguez Mourullo, el que, a su vez, muestra en otras circunstancias una quiebra más evidente a la relación párrafos del artículo 60 y referencia a los elementos del delito (171).

Por otro lado, y como muestra de que un análisis independiente de la referencia de las circunstancias a los elementos del delito, y de su vinculación a uno u otro de los párrafos del artículo 60, puede dar lugar a soluciones contrarias a las que propugnan estos autores, podemos constatar cómo Cerezo Mir (172) refiere la agravante de parentesco, al igual que Córdoba Roda (173) —éste, tanto cuando agrava como cuando atenúa—, a lo injusto, lo cual no les parece contradictorio con el hecho de que sea una circunstancia que sin duda ha de ir al párrafo 1 del artículo 60. En la misma línea, Mir Puig refiere la reincidencia y la reiteración a lo injusto, y afirma explícitamente que son del párrafo 1 del artículo 60 (174).

Soy de la opinión, por consiguiente, de que tampoco esta última vinculación injusto-párrafo 2, y culpabilidad-párrafo 1, es sostenible. Ahora bien, ya he indicado que esta relación tenía un fundamento mayor que las otras dos estudiadas, y de ello deriva, sin duda, el que no se pueda afirmar de una manera tan tajante como en otras ocasiones, la independencia entre estos dos análisis.

Y es que resulta que si rompemos la vinculación entre los dos párrafos del artículo 60 y la referencia a los elementos del delito, nos podemos encontrar, al menos teóricamente con circunstancias que pertenezcan a la culpabilidad y que según el tenor literal del artículo 60 hayan de ir al párrafo 2, y circunstancias que pertenezcan a lo injusto y hayan de ir al párrafo 1. ¿Es esto inobjetable visto bajo las exigencias de la dogmática?

(171) Vid. su análisis *supra*, en especial nocturnidad y despoblado, e incendio, naufragio...

(172) Vid. nota 164.

(173) CÓRDOBA RODA. *El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1967, pág. 175.

(174) MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*. Barcelona, 1974, págs. 294 y 405.

Estudiemos el primer caso. Sabido es que la participación es una participación en la conducta antijurídica del autor; sin embargo, si una circunstancia referida a la culpabilidad, fuera al párrafo 2, nos encontraríamos con que bastaría que el partícipe conociera que *el autor* actuaba más o menos reprochablemente, para que a *él*, al partícipe, se le apreciara una mayor o menor reprochabilidad, es decir, iríamos a parar a una participación en la culpabilidad del autor, cosa insostenible en dogmática. Sin embargo, la solución a este dilema se da por sí sola en base al planteamiento que hemos venido tomando siempre que nos hemos referido a la interpretación del contenido de los párrafos 1 ó 2 del artículo 60. He mantenido en toda ocasión que tales párrafos se han de interpretar ateniéndose con fidelidad a su tenor literal; es éste, comparado con la formulación legal de la atenuante o agravante, el que nos dirá en qué párrafo se ha de incluir la circunstancia en cuestión. Se han de evitar estructuras conceptuales tales como naturaleza objetiva o subjetiva o referencia a injusto o culpabilidad, como mediadores entre el texto de la circunstancia y el texto del artículo 60. En este sentido, sí que podemos decir que el párrafo 2 del artículo 60, si bien no está formulado, como he venido insistiendo, pensando en excluir las circunstancias referidas a la culpabilidad, tiene una formulación tal que resulta muy difícil de imaginar que, a tenor de su literalidad, criterio al que estimo hay que atenerse, sea incluíble una circunstancia referida a la culpabilidad. Yo no he detectado ningún autor que haya considerado a una circunstancia en este sentido.

En cuanto a la otra posibilidad, a la posibilidad de que circunstancias referidas a lo injusto puedan resultar encuadrables en el párrafo 1 según el tenor literal de éste, surge igualmente otra dificultad tanto para el autor como para los partícipes: Al resultar encuadradas estas circunstancias en el párrafo 1, devendrían circunstancias que habrían de ser apreciadas por el mero hecho de concurrir en el sujeto, sin necesidad de que éste conociera los hechos que llevaran a la apreciación de la circunstancia, situación ésta que parece no encajar debidamente con la referencia de la circunstancia a lo injusto, pues en virtud de ello, como todo elemento objetivo de lo injusto, resulta evidente que ha de mediar la conciencia y voluntad de la realización de los elementos del tipo para que éstos se le puedan imputar al sujeto.

Este problema, en relación con la reiteración y reincidencia, ya ha sido advertido por Mir Puig el cual —aludiendo a unas afirmaciones de Rodríguez Muñoz (175) en las que estima que al párrafo 1 del artículo 60 pueden ir tanto circunstancias objetivas, como objetivo-subjetivas, y en éstas últimas habría de exigirse el que el sujeto tenga conocimiento de ellas, para que se puedan apreciar— realiza unas observaciones muy acertadas. Sabido es que él la

(175) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal de Mezger*. Madrid, 1957, 3.ª edic., tomo II, págs. 119-120 y 352-353.

reiteración y reincidencia las lleva al párrafo 1 del artículo 60, y las refiere a lo injusto, encontrándose con la discordancia que acabo de señalar, y afirma lo siguiente: «Que el artículo 60 no excluye la necesidad de conocimiento de los hechos fundamentales de las *circunstancias personales*, lo demuestra la exigencia, reconocida por la Jurisprudencia, del conocimiento del parentesco en la circunstancia mixta del artículo 11, C. p., ejemplo de circunstancia personal. Por otra parte, de la literalidad del mencionado artículo 60 no se deduce aquella exclusión. Este precepto prohíbe sólo la transmisibilidad de las circunstancias a aquellos partícipes en quienes no concurren, aunque las conozcan. Pero no dice que, para que concurren en el sujeto a que afectan, no hace falta que éste conozca los elementos objetivos en que se fundan» (176). Comparto plenamente tal tesis de Mir Puig, y su afirmación de que el párrafo 1 del artículo 60 lleva implícito el requisito del «conocer», aparte del de «concurrir». El que circunstancias referidas a lo injusto tengan que llevarse al párrafo 1 del artículo 60, en virtud del tenor literal de este artículo, no presentará, por tanto, ningún tipo de dificultad derivado de las exigencias dogmáticas que la referencia de una circunstancia a lo injusto conlleva.

En resumen, hechas estas salvedades, se puede concluir que entre párrafos del artículo 60 y referencia a lo injusto o a la culpabilidad no hay, en mi opinión, tampoco vinculación, si bien es cierto que aunque las referidas a lo injusto pueden ir al párrafo 1 ó 2, resulta difícil pensar una circunstancia que referida a la culpabilidad, vaya al párrafo 2, dada la redacción legal de tal párrafo.

La tesis final de este trabajo ha de formularse, por tanto, en el sentido de que entre la referencia de las circunstancias a lo injusto o a la culpabilidad, su naturaleza objetiva o subjetiva, y los párrafos 2 ó 1 del artículo 60, no hay ninguna relación fija o unívoca. Cualquier relación que pueda darse entre algunos de los términos de las tres relaciones se ha de entender como mera coincidencia y ocasional, pues son tres parejas de conceptos que se han de analizar, y situar cada circunstancia en relación con ellos, de un modo independiente y por separado. Incluso puede ser cuestionable la utilidad de seguir manteniendo la dicotomía naturaleza objetiva-subjetiva, relativa a las circunstancias.

(176) MIR PUIG, op. cit., págs. 294-295. El término "personal" referido a las circunstancias, no es sinónimo de "subjetiva" como ya he insinuado en nota 131, sino que hace referencia a las circunstancias que han de ir al párrafo 1 del artículo 60, con total independencia de la relación que tales circunstancias puedan tener con las otras dos parejas de conceptos que estudiamos. En realidad, es un término obtenido del texto literal del párrafo 1 del artículo 60, cuando habla de circunstancias que consistieren en una "causa personal". En relación con su argumentación en cuanto a la exigencia del conocimiento en el parentesco, igualmente, CÓRDOBA RODA, *El parentesco...*, cit., pág. 175, y BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona, 1923, pág. 57.