

Lo circunstancial en la determinación de la pena

Comentario de sentencia 1140/2019

The Circumstantial in Determining the Penalty

Sentence Comment 1140/2019

Dr. Yan Vera Toste

Abogado

Bufete Colectivo de Marianao, La Habana

Cuba

yanvera76@gmail.com



0000-0002-4211-4626

Tema del Comentario

La determinación de la pena, sus etapas. Lo circunstancial en la teoría del delito y su relación con la determinación judicial de la sanción penal, sus límites y efectos.

Ponente

Magistrada María Caridad Bertot Yero.

Extremos enjuiciados

Errores a la hora de valorar la trascendencia de lo circunstancial en la determinación de la pena en el proceso penal cubano.

Textos legales aplicados

Constitución de la República, Código penal cubano.

Fallo

Se declara CON LUGAR el recurso de casación por infracción de ley presentado por el representante legal del acusado modificándose la sentencia de primera instancia.

Introducción

Nuevamente la vida me da la oportunidad de comentar una sentencia cuya ponencia corre a cargo de la Magistrada María Caridad Bertot Yero. Esta aborda el interesante tema de la determinación de la pena y concretamente su vinculación con lo circunstancial o la *teoría general de las circunstancias* como elemento importante en la concreción de un «fallo justificable acertado».

El reconocimiento de la importancia de las circunstancias concurrentes no sólo debe apreciarse en la pena acordada por el tribunal en un caso concreto sino también debe ser objeto del discurso argumentativo del juez a la hora de motivar su decisión. Esencialmente sobre esta relación es que tratarán los siguientes comentarios.

Apuntes doctrinales necesarios

Aun cuando el tema de la determinación de la pena ha sido profusamente tratado en la doctrina, en nuestros predios sigue siendo necesario su desarrollo. Exiguos trabajos han

abordado la temática desde aristas generales. La individualización de la sanción resulta un tema de indubitada importancia de cara al desarrollo de una dogmática que permita a los operadores jurídicos perfeccionar la interpretación de la ley y de este modo contribuir a una impartición de justicia de mayor calidad por parte de nuestros tribunales.

La *individualización de la pena o individualización judicial* es un proceso donde la doctrina (Muñoz & García, 2002; Mir, 2002) ha establecido tres etapas fundamentales: I. determinación del marco legal abstracto que corresponde; II. determinación del marco legal concreto y III. la determinación de la pena o sanción que atañe al caso.

Estas fases o etapas, obviamente son ejecutadas por el tribunal sentenciador una vez que ha concluido la vista del juicio oral. Atendiendo a los fines de este comentario, solamente nos referiremos al último procedimiento, es decir, al momento en que los jueces deben decidir y seleccionar la pena a imponer.¹

En esta etapa ocurren dos subetapas: a) la determinación cualitativa o elección del tipo de pena y b) la determinación cuantitativa o elección de la extensión o cantidad de pena a cumplir. Este proceso, en una sociedad socialista como la nuestra y a partir de lo que establece nuestro texto constitucional, debe estar regido por los principios de *legalidad, utilidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, culpabilidad, proporcionalidad,*

*humanismo de las penas, respeto a la libertad y dignidad de los ciudadanos e igualdad.*²

Los principios señalados, posibilitan que el arbitrio judicial no se convierta en arbitrariedad, lo que sucedería de no tenerse presente. Estos, pueden extraerse tanto del texto constitucional, el Código Penal, como de los fines que cabe atribuirle al Derecho penal en una sociedad como la nuestra.

En especial se debe connotar el de igualdad. Este permite impedir tanto que por razones coyunturales (frecuencia de delitos, alarma social) se esgriman y legitimen fundamentos basados en prevención general para elevar la pena de los sujetos comisores más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente (Mir, 2002).

En este proceso, el tribunal toma en consideración el conjunto de reglas que se establecen en la ley y que realmente pertenecen a la fase de la individualización legal, pero que dejan ámbitos o márgenes para el ejercicio del arbitrio y de esa forma se integran en la individualización judicial (proceso dialéctico) unidas a otras que realmente, corresponden a esa fase en particular.

La doctrina alemana, para la fundamentación del citado proceso, ha desarrollado un grupo de teorías contraponiendo tres criterios esenciales: la prevención general, la especial y el principio de culpabilidad.³ Por supuesto, este análisis

toma como punto de partida la postura que con respecto a los fines de la pena se defienda.

La determinación o individualización de la pena es un concepto que está indisolublemente ligado al de pena o sanción penal y sus fines. Mucho se ha escrito sobre esta y esencialmente sobre sus fines, ignorando la doctrina mayoritaria la verdadera esencia que se esconde en los profusos postulados que se han formulado al respecto.

La pena o sanción penal constituye la formalización de un castigo como respuesta de la clase dominante en defensa de sus intereses en un momento histórico determinado,⁴ la cual lleva implícito un juicio de valor público de carácter ético-social e histórico (Jescheck & Weigend, 2002). Es la forma que los Estados, a lo largo de la evolución de las sociedades, han encontrado para ejercer y mantener su hegemonía a través de la coerción institucional y formalizada.

A su vez, el proceso de determinación de la pena estuvo y está condicionado por el procedimiento establecido en la ley para lograr cumplimentar esos fines. La doctrina describe distintos procedimientos o sistemas que se han instaurado a la largo de la evolución del Derecho penal: a) indeterminación absoluta, b) indeterminación legal relativa, c) indeterminación judicial relativa y d) sistema de penas fijas (Bustos, 1989).

Si bien es cierto que la función judicial de determinar la pena se ha visto relacionada con ciertos condicionamientos legales, en un

determinado momento histórico el arbitrio judicial era muy amplio. Los jueces podían no sólo aumentar y disminuir las penas que la ley señalaba, sino que incluso, imponían otras distintas (Oneca & Rodríguez, 1986). En nombre del principio de legalidad, la filosofía penal liberal pretendió acabar con dichas facultades.

El Código penal francés de 1791 llevó al extremo el planteamiento legalista e instauró un sistema de penas fijas o absolutamente determinadas, sin que el juez pudiese modificarlas. Esto, al crear desigualdad por imposibilitar la individualización de la sanción, trajo consigo que ya en el Código penal francés de 1810 se cambiara el criterio y se confirió a los jueces un cierto arbitrio para la determinación de la pena dentro de un límite mínimo y uno máximo establecidos previamente en la ley (Mir, 2002). Este sistema que se mueve entre el legalismo y el arbitrio judicial es el que ha imperado en todo el ámbito cultural y legislativo hispanoamericano (Sistema de indeterminación legal relativa o de marcos penales).

Teorías sobre la individualización de la pena

Una de las cuestiones más importantes que se maneja a la hora de evaluar las teorías que la doctrina ha desarrollado para la individualización de la sanción, dentro del sistema de marcos penales, consiste en valorar su correspondencia con el derecho vigente y que estas permitan obtener un buen

rendimiento a la hora de determinar la pena a imponerse al sujeto o sujetos considerados responsables (López, 2000). En su mayoría, al ser fruto de la dogmática alemana, parten del fundamento del principio de culpabilidad, ya sea en un sentido amplio o estricto.

Teoría de la pena exacta o puntual

Esta concepción se basa en el *principio de culpabilidad*. La pena debe ser determinada en correspondencia con el grado de culpabilidad del sujeto responsable. Ahora bien, su esencia estriba, en que la culpabilidad no se puede medir en una zona en donde el tribunal pueda «moverse», sino debe hallarse la pena que resulte exactamente ajustada al grado de esa culpabilidad previamente determinada.

A la *Teoría de la pena exacta* se le ha achacado (Mir, 2002) que parte de un fundamento esencialmente retribucionista al no plantearse fines de prevención y que resulta complejo determinar con exactitud cuál es el punto concreto que le corresponde al individuo (fundamento práctico).

Teoría del ámbito de juego o espacio de juego

Esta teoría procede de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán (López, 2000) y *a contrario sensu* de la anterior, sostiene la idea de que la sanción penal ajustada a la culpabilidad (en sentido amplio), no es una sanción exacta, sino que comprende un determinado marco entre un máximo y un mínimo. Este marco es para el tribunal, una especie de «ámbito de juego» donde se puede

desplazar el juez atendiendo a finalidades o necesidades preventivas.

Se le atribuye a esta postura que posibilita *per se*, legitimar lo mismo finalidades preventivas, como retributivas de la pena. A su vez se discute ampliamente si solamente dentro del ámbito de juego deben admitirse finalidades desde la prevención especial como desde la general o solamente las primeras (Mir, 2002).

Teoría del valor posicional

Esta postura surge para conjugar el dilema creado entre culpabilidad y prevención, surgido por las anteriores posiciones teóricas. El grado de culpabilidad determinado fijará la pena en su duración (sentido cuantitativo), mientras que la prevención fijará, el aspecto cualitativo de la pena, por ejemplo, si va a ser subsidiada.

Aquí los fines de la sanción tendrán relevancia en dependencia del momento de la determinación de la pena que vaya a ser examinada (valor posicional). En un primer momento la pena es retribución y en el segundo primará su finalidad preventiva.

La postura sostenida por el Código penal cubano

Ninguna de estas concepciones ha tenido cabida en la práctica jurídica cubana, la cual parte de los presupuestos recogidos en el artículo 47 de nuestro código penal. El Código penal cubano ha basado tradicionalmente la individualización de la pena en una dualidad de criterios: a) la peligrosidad social del

hecho⁵ y b) *las circunstancias concurrentes* y c) la personalidad del sujeto determinado responsable (Rivero, 2006). Estos elementos son los que han servido de baremo y argumentación a los tribunales cubanos para fundamentar las penas impuestas.

Como se puede apreciar, las circunstancias concurrentes son elementos que el tribunal no puede pasar por alto y que deben materializarse en la pena concreta a que arribe según el propio mandato del legislador. A partir de este requisito se desprenden varias interrogantes: I) ¿Existen límites a la apreciación de las circunstancias?; II) ¿En qué medida influyen en la determinación de la pena concreta?

Teoría general de las circunstancias modificativas

Supra hemos establecido que la mayoría de las legislaciones modernas adoptaron el modelo de marcos penales o sistema de indeterminación relativa. Dentro de estos marcos fijados por el legislador, el tribunal deberá individualizar la pena concreta que le corresponda al sujeto determinado responsable en la sentencia. Dentro de los elementos a valorar encontramos las circunstancias concurrentes.

Estas circunstancias como señaló Mejías (2003) surgieron como un instrumento con que hacer frente a los excesos del arbitrio judicial. No obstante, con el paso del tiempo su presencia en las legislaciones se ha revelado como una exigencia derivada de los principios

del Derecho penal moderno, al que se le vinculan la necesidad de concreción, individualización, personalización del hecho y de la pena en sí.

Las circunstancias constituyen situaciones que rodean la realización del hecho objeto de valoración por el Derecho penal o especiales condiciones del sujeto comisor de este (*circum-stare*: estar alrededor), que suponen una gravedad o atenuación del marco penal o una modulación y adecuación de la pena. Pueden ser generales o estar recogidas de manera específica en un tipo penal determinado en la Parte Especial del Código penal.

Presentan una doble naturaleza que las vinculan con la *Teoría del delito* y con la de *la pena*. Es por ello que Quirós (2015), distingue entre las que constituyen elementos constitutivos del delito y circunstancias de la sanción.

En este trabajo nos interesa abordar las circunstancias de la sanción que tienen un carácter genérico y bajo el rubro de circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad penal se encuentran recogidas en los artículos 52 y 53 del Código penal. Ambas clasificaciones presentan una doble naturaleza: subjetiva y objetiva.

Límites

Las objetivas se relacionan con el hecho y afectan directamente el grado de injusto (lesividad social concreta) y en principio pueden ser apreciadas o afectan a todos los

intervinientes en el hecho enjuiciado, mientras que las subjetivas se refieren a cualidad o características que sólo pueden ser apreciadas en el sujeto en que concurren y afectan al grado de reproche del sujeto (culpabilidad). Lo anterior encuentra respaldo legal en la regulación del principio de *comunicabilidad de las circunstancias* previsto en el artículo 51 del Código penal.

Otra de las limitaciones que encontramos en el orden práctico lo constituye el *principio de inherencia* recogido en el apartado 2 del artículo 47 del Código penal. Ya que prohíbe que una circunstancia que es elemento constitutivo de un delito, pueda ser apreciada a su vez como circunstancia agravante de la responsabilidad penal. El principio enunciado se deriva del *non bis in ídem* y evita que se valore dos veces una misma circunstancia.

Una tercera limitación no reconocida en nuestra práctica judicial, pero sí en otros países y en la doctrina lo encontramos en el *principio de compatibilidad* (Muñoz & García, 2002). Este principio se relaciona con el de *non bis in ídem* y consiste en la no apreciación de multiplicidad de circunstancias cuando estas sean compatibles. En esencia prohíbe que en un mismo hecho se aprecien circunstancias si estas se hallan ligadas entre sí de tal forma que la existencia de una presuponga necesariamente la coexistencia de las otras.

Efectos

En otros textos penales⁶ se establecen reglas a observar por el juez a la hora de determinar

la pena concreta a imponer a un sujeto en un caso concreto cuando concurren varias circunstancias atenuantes, varias agravantes o varias atenuantes y agravantes.

En los supuestos antes descritos sólo el legislador cubano toma cartas en el asunto cuando coexisten multiplicidad de circunstancias o cuando una de ellas concurre de modo muy intenso. Así, en el artículo 54 se recoge la atenuación y agravación extraordinaria de la pena, posibilitando al tribunal disminuir hasta la mitad el límite mínimo del marco penal o aumentar hasta la mitad el máximo, sin que ofrezca una guía de como imponer la pena exacta dentro de ese nuevo marco penal creado amén del empleo de un término en extremo normativo y que lacera el principio de legalidad en su exigencia de ley clara o principio de certeza: *de modo muy intenso* (Mejías, 2003).

Muchos pudieran insistir en que las reglas se encuentran fijadas en el artículo 47 del Código penal en relación con el 27 del propio texto legal, pero de *lege ferenda* sería bueno establecer algunas que ayuden al tribunal a adecuar de una manera más justa la pena y a lograr uniformidad en la administración de justicia y evitar las incoherencias en el uso del arbitrio judicial. Es por ello que la mayor o menor incidencia en la determinación de la pena concreta sigue recayendo hoy en día en nuestra práctica judicial en la fundamentación de nuestros jueces. De ahí la importancia de la sentencia que hoy comentamos.

Comentarios a la sentencia *stricto sensu*

La sentencia comentada en un CONSIDERANDO y de manera muy sintética, maneja coherentemente un grupo de argumentos que vienen a servir de guía y concreción metodológica sobre el tema hasta aquí abordado doctrinalmente.

En dicho Considerando se consigna:

(...) es por ello que lo circunstancial deviene en lo más importante, en lo determinativo en el fallo judicialmente acertado, porque representa la singularidad o característica del hecho, ya que sin ser lo sustancial, individualiza el acto típico definido en ley, de ahí la importancia para la función de la justicia, no solo el de fijarlas en el relato fáctico también motivar su trascendencia al fallo (...).

En otro momento del razonamiento la sentencia en ese mismo Considerando expone:

(...) lo que deviene en una atenuante del grado de la pena, aspecto que obvió la Sala, pues a pesar de apreciar la concurrencia de lo estipulado en el Artículo 52 inciso ch) del Código Penal, no valoró racionalmente su trascendencia a la medida de la condena y tanto es así que fijó la solicitada por la acusación que no advirtió en los hechos la concurrencia de la referida atenuante, amén de que denegó, de acuerdo a su arbitrio, que esta se manifestara de manera intensa, a pesar de que los argumentos que esgrime para ello,

*no son adecuados porque la vecina conoció de lo ocurrido, justamente a través de los expresado por el comisor (...).*⁷

Importante resulta la correspondencia de los conceptos que se manejan en la sentencia con los criterios dominantes en la doctrina actual. A su vez, la sentencia comentada recalca la importancia de la lógica, racionalidad y razonabilidad del argumento como exigencia de la motivación de la sentencia en claro cumplimiento del mandato constitucional de tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 92 de nuestra carta magna.

Conclusiones

De cara a una necesaria modificación y actualización de nuestro Código penal, sentencias como la comentada, elevan el prestigio de nuestra judicatura y la ubican en un peldaño de búsqueda de la justicia en franco cumplimiento de las exigencias de la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Guardan estrecha concordancia con principios que deben ser consustanciales a nuestro sistema de enjuiciar socialista y democrático, como la individualización, humanismo de las penas, proporcionalidad, entre otros y señalan el camino y la trascendencia que, para la individualización de la sanción penal en un caso concreto, juegan las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad.

Nuevamente resultó un grato reencuentro con un pensamiento «revolucionario» y atemperado a las exigencias que demandan los

tiempos en que vivimos, donde la razón y la ciencia deben imponerse a la arbitrariedad y la ignorancia.

Notas

¹ Para Quirós es en esta etapa en que realmente puede decirse que nos encontramos en la individualización o adecuación de la sanción. Definiéndola como aquella que, mediante un proceso de concreción, se lleva a cabo por los tribunales, al resolver los casos concretos que se someten a su conocimiento y decisión y que implica la elección de la sanción aplicable. Vid. Quirós Pérez, R. (2015). *Manual de Derecho penal*, t. 4, Parte 1, p. 213.

² Sobre algunos de estos principios vid. Vera Toste, Yan, *Apuntes básicos sobre los principios informadores del Derecho penal o límites al ius puniendi*, en red jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana. Para Quirós solamente deben valorarse en este proceso el de *proporcionalidad* y el de *individualización*. Vid. Quirós Pérez, *op. cit.*, pp. 214-215.

³ Zip en Alemania denomina a esta trilogía como “triángulo mágico de la determinación de la pena”,

⁴ Es importante acotar que desde una visión dialéctico materialista no pueden verse esos intereses solamente económicos. También conlleva la valoración de condiciones y valores económicos, sociales y espirituales en una sociedad y en un momento histórico, que se interpretan como voluntad política. El Derecho es expresión no sólo de voluntad política, sino que expone a su vez, las condiciones de lucha de las clases en cada sociedad con todos sus atributos y manifestaciones. Para ampliar sobre una concepción marxista y dialéctica materialista del

Derecho, vid. Fernández Bulté, J. (1997). *Filosofía del Derecho*, pp. 289-295.

⁵ El término correcto a emplear por el legislador en el artículo 47 debió ser el de lesividad social y no peligrosidad social, ya que el juez lo que analiza es un hecho ya ocurrido y que ha afectado o puesto en peligro bienes jurídicos.

⁶ Vid. Por ejemplo Ley Orgánica 10 de 23 de noviembre de 1995, Código penal español. Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.ª Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo

en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

⁷ Importante destacar que no resulta el criterio aquí resaltado el único existente en nuestro máximo órgano de justicia. P. ej. la Sentencia 1544 de 21 de marzo de 1995 de la Sala Penal del Tribunal Supremo Popular consigna lo siguiente: CONSIDERANDO: “(...) no obstante de la narrativa fáctica de la sentencia alegada por los recurrentes, y la apreciación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad penal del artículo 52 ch) del Código Penal en nada determinaría en cuanto al fallo, dado que las sanciones impuestas se encuentran adecuada a derecho, por lo que el motivo por infracción de

ley articulado por los acusados debe rechazarse”.

Referencias bibliográficas

- José Antón Oneca & José Arturo Rodríguez Muñoz, (1986). *Derecho penal, Parte general*. 2da Ed. Madrid: Gráfica Administrativa.
- Bustos Ramírez, J. (1989). *Manual de Derecho penal, Parte general*. 3ra Ed. Barcelona: Ariel Derecho.
- Fernández Bulté, J. (1997). *Filosofía del Derecho*. La Habana: Ed Félix Varela.
- Jescheck, H. H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho penal, Parte general*. 5ta Ed. Granada: Comares.
- López Barja de Quiroga, J. (2000). Introducción al Título III. En Cobo del Rosal, M. (Dir.) *et al, Comentarios al Código Penal*, t. I. Madrid: Edersa.
- Mejías Rodríguez, C. A. (2003). *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*. Tesis de Doctorado. Facultad de Derecho, Universidad de la Habana, Cuba.
- Mir Puig, S. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. 6ta Ed. Barcelona: Reppetror,
- Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2002). *Derecho penal, Parte General*. 5ta Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Quirós Pérez, R. (2015). *Manual de Derecho penal*, t. 4, Parte 1. La Habana: Ed. Félix Varela.
- Rivero García, D. (2006). La individualización de la pena. En Colectivo de autores, *La implementación de las penas alternativas: experiencias comparadas de Cuba y Brasil*. La Habana: Unión Nacional de Juristas de Cuba,

Vera Toste, Y. (2009). *Apuntes básicos sobre los principios informadores del Derecho penal o límites al ius puniendi*. Red jurídica de la Facultad de Derecho, Universidad de la Habana.

Conflicto de intereses:

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Fecha de enviado: 24/04/2021

Fecha de aceptado: 28/04/2021