

**LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE
PARENTESCO EN EL CÓDIGO PENAL
ESPAÑOL**

Director de la Tesis:

Dr.Dr.h.c.m.v.D. Lorenzo Morillas Cueva

Firma:

Doctoranda:

Lcda. Doña Esther Evelia Rubiales Béjar

Firma:

PARTE PRIMERA: INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRELIMINAR

I. Introducción.....	2
II. El parentesco en el Derecho histórico y en la codificación.....	4
III. El parentesco en el Derecho penal español vigente.....	11
IV. Algunos planteamientos de Derecho comparado.....	12
1. Justificación de la elección de los Códigos Penales analizados.....	12
2. El CP francés.....	14
3. El CP italiano.....	22
4. El CP alemán.....	31
5. El CP brasileño.....	35
6. El CP chileno.....	40
7. El CP Federal mejicano.....	51

PARTE SEGUNDA: LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

CAPÍTULO I: FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

I. Introducción.....	63
II. La diferente y opuesta relevancia que el parentesco tiene en el Derecho penal español y su proyección en un Derecho penal fundado en la culpabilidad.....	63
III. El conjunto de derechos y deberes jurídicos, éticos y morales que emanan de la relación parental, conyugal y análoga de afectividad y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental.....	68
IV. Teorías que sitúan el fundamento de la circunstancia en el incremento o disminución del desvalor de la conducta versus teorías que sitúan el fundamento de la circunstancia en la mayor o menor culpabilidad del autor.....	72
V. Toma de postura.....	83

CAPÍTULO II: ESTRUCTURA DE LA CIRCUNSTANCIA (I) : ÁMBITO DE
APLICACIÓN SUBJETIVO

I. Sujetos.....	118
1. Cuestiones preliminares y precisiones terminológicas.....	118
2. El agraviado.....	120
3. El cónyuge.....	123
4. Persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.....	125
4.1. Especial referencia a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.....	133
4.1.1. La institución de la adopción incardinada en el matrimonio homosexual.....	139
5. Ascendiente y descendiente.....	140
6. Hermano por naturaleza.....	141
7. Hermano por adopción.....	142
8. Parentesco por afinidad.....	145

CAPÍTULO III: ESTRUCTURA DE LA CIRCUNSTANCIA (II): ÁMBITO DE
APLICACIÓN OBJETIVO

I. ¿Cuándo la circunstancia es agravante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales de agravación.....	147
1. El elemento objetivo de la agravante.....	149
2. El elemento subjetivo de la agravante.....	149
3. Delimitación de la circunstancia agravante de parentesco a la luz de la jurisprudencia de la última década (1994-2004).....	151
4. Especial referencia a la “ <i>afectio maritalis</i> ” como <i>conditio sine qua non</i> para aplicar la agravante a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	190
4.1. Conceptualización.....	214
II. ¿Cuándo la circunstancia es atenuante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales de atenuación.....	215
III. ¿Cuándo la circunstancia es irrelevante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales.....	229

CAPÍTULO IV: COMPATIBILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS Y CON DETERMINADOS DELITOS EN PARTICULAR

I. Compatibilidad con otras circunstancias: especial referencia al miedo insuperable.....	234
II. Compatibilidad con determinados delitos en particular.....	236
1. Con los delitos contra las personas.....	236
1.1. El delito de homicidio: el mayor reproche de que se hace acreedor quien causa la muerte de persona con la que estaba unida por vínculos parentales, conyugales o afectivos.....	236
1.2. La posición de garantes que ocupan los progenitores frente al hijo.....	253
1.3. El delito de lesiones causadas entre cónyuges y parientes.....	264
1.4. Delitos de homicidio y lesiones en su modalidad de comisión por omisión.....	268
2. Con los delitos contra la libertad.....	279
2.1. Delito de detención ilegal entre parientes.....	279
3. Con los delitos contra la integridad moral: especial referencia al delito de violencia doméstica: la imposibilidad de apreciar la relación parental para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad sin quiebra del principio nebis in idem.....	281
4. Con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.....	283
4.1. Agresión sexual entre cónyuges.....	305
4.2. Toma de postura.....	323
5. Con los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.....	324
5.1. Delitos de robo.....	324
5.2. De la extorsión.....	325
5.3. El delito de apropiación indebida.....	328
6. La excusa absolutoria en el encubrimiento por favorecimiento personal.....	332
6.1. Aproximación histórica y cuestiones previas.....	332
6.2. Análisis jurisprudencial.....	335
7. La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.....	342
8. Con los delitos contra la salud pública.....	349

CONCLUSIONES.....	356
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	373
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS.....	384
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CITADAS.....	393
ABREVIATURAS.....	398

PARTE PRIMERA: INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRELIMINAR

I. Introducción.

Ya el Marqués de Beccaria en su célebre Tratado “De los delitos y de las penas” (año 1764) propugnaba la absoluta claridad de las normas penales, porque así los ciudadanos estarían en condiciones de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho.

Von Feuerbach explicaba que para que la pena produzca su función de coaccionar psíquicamente han de hallarse definidos en la ley, el delito y sus circunstancias y la pena, pues para que una amenaza produzca efecto intimidante el amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona.

Al Derecho Penal no podía pasar inadvertida la relación que entre las personas se crea en virtud del parentesco. De ahí la afirmación de Filangieri de que “el hijo que mata al padre comete un delito de cualidad diversa del que comete otro ciudadano que no tiene relación alguna de familia con él”.

El concepto de familia es histórico y contingente. Abordar un trabajo de investigación en el que ha de estudiarse el amor y el afecto entre las personas supone advertir de antemano que nos movemos en un terreno pantanoso, cargado de tintes ideológicos y moralizantes.

Podía pensarse incluso que estamos en presencia de un castillo de naipes, pero nada más lejos de la realidad, pues, a todas luces resulta indubitado, como demuestra la experiencia jurisprudencial, que las personas unidas por vínculos familiares, parentales, conyugales o afectivos se comportan de distinta manera que si de extraños se tratara.

Un Derecho Penal fundado en la culpabilidad no puede desconocer esta realidad.

Carrara consideraba la familia como la primera manifestación del instituto humano que nos impulsa a vivir en sociedad con nuestros semejantes, antes de que

cualquier Ley humana nos lo haya impuesto, y antes de que la razón o la experiencia nos hayan puesto de manifiesto sus necesidades o ventajas.

Actualmente hay una comprensión en constante evolución del concepto de familia. Existen diferentes células familiares –familias monoparentales, familias donde ambos integrantes están divorciados e incorporan a la nueva unidad familiar hijos de sus relaciones anteriores, muy pronto, matrimonios homosexuales, etc-. Esta amalgama de concepciones familiares interesa al ordenamiento jurídico y, en lo que a este trabajo de investigación se refiere, al Derecho Punitivo.

Resulta necesario analizar la trascendencia que en el actual Código se otorga al parentesco.

El Código Penal español recoge en el artículo 23 la circunstancia mixta de parentesco. A lo largo de nuestra tradición codificadora el parentesco ha jugado diferentes, opuestos e incluso antagónicos papeles, a saber, finalidades agravatorias, atenuatorias, de excusa absolutoria, o inane al hecho criminal. Por ello, el parentesco no tiene una función unívoca en nuestro Derecho. Este carácter, dual o ambivalente de la circunstancia mixta de parentesco puede suponer, una mayor reprochabilidad de la conducta o una mayor culpabilidad del agente, pues, un delito cometido entre familiares es más reprochable que el mismo delito cometido entre extraños cuando el hecho de su comisión refleja que el autor actúa despreciando los deberes y afectos propios de la relación parental que debían haberle inducido a comportarse de otra forma a la desaprobada.

Este opuesto alcance que tiene la relación parental puede suponer un plus o una disminución del reproche, lo que en un Derecho Penal basado en la culpabilidad, debe tener un eco en la determinación de la pena a través de un correcto mecanismo de individualización. En definitiva, el parentesco como idea o como pilar social requiere una comprensión del Derecho Penal que implica aceptar la eventual imposibilidad de que los miembros unidos por este vínculo se comporten entre sí del mismo modo que lo harían con un extraño.

Un Derecho Penal que se diga capaz de reprochar al autor lo que hizo pues hubiera podido hacer otra cosa, no puede a su vez despremiar el alcance del amor o el afecto que lleva a las personas a comportarse de un modo peculiar.

En este trabajo de investigación se abordará el estudio de la circunstancia mixta de parentesco en el Código Penal español.

II. El parentesco en el Derecho histórico y en la codificación.

Uno de los aspectos sociales que más ha evolucionado a lo largo de la historia y en concreto en el último cuarto del siglo XX y principios del XXI es la forma en la que se conciben las relaciones personales y grupales en el seno de la familia. Pero para poder comprender el significado penal del parentesco tenemos que volver atrás, siquiera sea brevemente, ya que sólo así, a partir de estas notas y caracteres, se entenderá por qué en la actualidad tiene relevancia jurídica y penal y cuáles son las claves históricas y los criterios para su correcta interpretación.

En este sentido deben ser citados los dos polos entre los que ha discurrido esta evolución. De una parte, se configura una concepción rígida de la familia, muy jerarquizada, incluyendo relaciones muy variadas y ajenas al vínculo de sangre, girando en torno al principio de autoridad. De otra, una familia reducida a los vínculos de sangre cuya cohesión depende más de una determinada ética familiar que de los principios de jerarquía y autoridad.

En el Derecho Romano la familia se caracterizaba por su carácter de grupo socio-político. La familia es el vínculo al que pertenecen todos los que están sometidos a la potestad del paterfamilias, por haber nacido dentro del grupo creándose el vínculo de sangre, cognición (*cognatio*); por haberse unido a él, creándose el vínculo por actos jurídicos o religiosos, agnición (*adgnatio*). El paterfamilias encarnaba un principio de autoridad sagrado y político. Bajo Fernández¹ señala cómo la familia como grupo se destacaba por su autonomía dirigida por el pater que impedía la intervención penal. Pese a ello la muerte de un paterfamilias se convertía en una cuestión pública de la que se

¹ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho Penal*, Barcelona, 1973, pp. 17 y ss.

encargaban los *quaestores parricidii*². Estos pilares sobre los que se sustentaba la familia habrían de conservarse durante mucho tiempo³ pero aquella autonomía criminal que hacía escasa la intervención del poder público en la familia desaparecería paulatinamente hasta la disgregación de la familia romana como grupo socio-político⁴.

La creación de un sistema de parentesco con un exacto sistema de medidas en líneas y grados venía a recuperar el origen natural de la familia. El sistema de vínculos partiría fundamentalmente de la paternidad biológica y de la unión sexual. A partir del siglo I se recortará la autoridad paterna aunque todavía el pater ostenta el *ius vitae et necis* (derecho de vida o muerte sobre los miembros de su familia); el *ius vendendi* (o derecho de vender a su hijo como esclavo) y el *ius exponendi* (o derecho de abandonar al hijo recién nacido).

Si acudimos a Las Partidas encontraremos en la Partida VII, Tít. XXXIII, Ley VI que componen la familia “*el señor della, e su muger, e todos los que biven so el, sobre quien ha mandamiento, asi como los fijos, e los sirvientes*”. Bajo⁵ anota como el principio de autoridad del padre y señor con la correlativa sumisión del resto de los miembros familiares no se había perdido. Otro ejemplo que señala este autor era la imposibilidad procesal de acusar a los ascendientes en razón del señorío que éstos

² Obsérvese que ya en la antigua Roma se daba un especial tratamiento al parricida. La *Lex Pompeia* enumeraba las relaciones que, existentes entre el homicida y la víctima, podían dar lugar a la calificación del hecho como parricidio. Vid. MOMMSEN, Th., *Römisches Strafrecht*, Graz-Austria, 1955, pp. 644 y 645.

³ Quintano Ripollés (Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. actualizada por GIMBERNAT, E., Madrid, 1996, pp. 249 y ss.) destaca en este sentido que la agravante de parentesco ya figuraba en el Digesto, Ley XVIII, párr. VIII, Tít. XI del Lib. XLVIII, para todos los parientes que atentaren unos contra otros, “*e incluso para los que lo hicieran contra sus patronos, amos o superiores jerárquicos dentro del amplísimo concepto de familia que abarcaba el Derecho romano*”; y que igualmente constituía agravación genérica en el Libro VIII, Título XXXI, Partida VII de las Partidas, al establecerse: “*Ca mayor pena meresce aquel que erró contra su señor, o contra su padre, o contra su mayoral, o contra su amigo, que si lo ficiese con quien no hubiese ninguno de estos debdos.*”

⁴ Vid. GALENO, G., Parentela e affinitá (Diritto Romano e vigente) en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Torino, 1968, pp.

⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., p. 19. Vid. también VALDÉS RUBIO, J. M^a, *Derecho Penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1903. Vid. FRANCISCO PACHECO, J., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, Madrid, 1881. Vid. ROVIRA CARRERÓ, P. I., *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, 1912. Vid. RAMIRO RUEDA, D. R., *Elementos de Derecho Penal*, Tomo I, Santiago, 1898. Vid. DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones)*, Tomo I, Valladolid, 1945. Vid. DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones) Parte General. Teoría de la Ley Penal. Teoría jurídica del delito*, Tomo II, Vol. 1º, Valladolid, 1948.

tienen sobre sus descendientes⁶. Y pese a la definición programática que entiende el parentesco como “*cosa que ata a los omes en grand amor*”⁷, lo cierto es que imperaba sobre el amor la autoridad paterna hasta el punto que una ley reconoce el derecho del padre de vender o comer a sus propios hijos en caso de necesidad.

La incipiente economía industrial de la burguesía daría otro sentido a la familia. La gran revolución burguesa impondría una nueva mentalidad que significará un cambio copernicano en la concepción de la familia⁸. La voz de la sangre lejos de entenderse como el cumplimiento irracional de una norma social de comportamiento obedecerá a la idea romántica de la vinculación afectiva y sentimental.

Si acudimos al CP de 1822 podemos encontrar la primera vez que se le confiere al parentesco efecto atenuatorio de la responsabilidad criminal, si bien esta atenuación se materializa endeblemente a través del amor, la amistad y la gratitud⁹.

⁶ Partida III, Título II, Ley II, “...*si fuese padre o abuelo que lo tuviese en su poderío, no puede mover demanda contra él por el deudo de la naturaleza et del señorío que ha sobre él*”.

⁷ Partida IV, Título VI.

⁸ Para Bajo esta nueva mentalidad puede simbolizarse en “*el cambio del dios justiciero y autoritario de la escolástica medieval...por el dios bonachón creado por el teísmo burgués*”. Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., op.cit., p. 18.

⁹ Así el Capítulo 4º que reza “*Del modo de graduar los delitos, y aplicar y dividir las penas; de las circunstancias que los agravan o disminuyen; de las penas que se deben aplicar cuando concurren diferentes; y de la exclusión de todo asilo para los que delincan*”, del Título Preliminar del CP de 1822, establece en el artículo 107 que “*se tendrán por circunstancias que disminuyan el grado del delito, además de las que la ley declare en los casos respectivos, las siguientes : ...Segunda: la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la ligereza o el arrebató de una pasión que hayan influido en el delito*”. Asimismo en el Capítulo 2º del mismo Título que se nomina “*De los delincuentes y culpables, y de los que responden de las acciones de otros*” deben ser destacados los siguientes preceptos: el artículo 18 que califica como *auxiliadores y fautores*, no como *cómplices* a los que *voluntariamente y a sabiendas ayuden o cooperen con sus padres u otro ascendiente en línea recta a la ejecución de un delito en el acto de cometerlo alguno de éstos, o les suministren o proporcionen las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo. Lo propio se observará con la muger que en iguales casos ayude a su marido o coopere con él*; el artículo 19 que viene a decir que *las mujeres, hijos, nietos o biznietos que en cualquiera de los casos primero, segundo, quinto y sexto del artículo 16 sean auxiliadores y fautores del delito cometido por sus maridos, padre u otro ascendiente en línea recta, no serán castigados sino con la mitad de la pena señalada por la ley contra los autores del delito*; y el artículo 20 que señala que *las personas receptoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mugeres o de sus hermanos, no sufrirán por esto pena alguna; excepto si espendieren o distribuyeren alguno de los efectos en los que consista el delito, o se aprovecharen de alguno de ellos, sabiendo su procedencia, en cuyo caso serán castigadas con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito*. También se castigará con la misma pena en todos los casos a *las personas receptoras o encubridoras de cualquiera de sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores, o de aquellos con quienes estuvieren unidas por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la receptación o encubrimiento, y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía*. Vid. LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española. Codificación Penal*, Vol. I, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Centro de Publicaciones, Madrid, 1970, p. 25.

El CP de 1848 recoge como circunstancia genérica de modificación de la responsabilidad criminal, dentro de las de efecto agravatorio, la relación de parentesco (la primera del artículo 10). En efecto, el legislador penal del 48 sólo confería efectos agravatorios a la relación parental entre agraviado y ofensor¹⁰. Se aparta así de la opción seguida en 1822 donde esta relación parental tenía efecto atenuatorio. El CP de 1848, anota Bajo, sólo se refiere a grados de parentesco y no a relaciones sentimentales, pero sus comentaristas destacarán el importante papel que los lazos del cariño jugaban en la relevancia penal del vínculo familiar¹¹.

El CP de 1850, Libro Primero, Título I, Capítulo IV, mantiene en el art. 10.1^a como circunstancia agravante “*ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor*”. La redacción de este precepto permanece invariable con respecto a su antecesor.

La Ley Penal de 1870 después de describir entre qué personas el parentesco puede surtir efectos agravatorios determina la base sobre la que el parentesco puede ser circunstancia ya atenuante ya agravante tomando en consideración para ello, de una parte, la naturaleza del delito, y de otra, los efectos del mismo¹². Téngase en cuenta que es la primera vez que un Código penal español reconoce una doble y ambigua aplicabilidad a la circunstancia otorgando efectos ambivalentes a la relación parental, y por consiguiente pudiendo agravar o atenuar la responsabilidad criminal. Así en el Libro Primero, Título I, Capítulo IV, se establece en el art. 10.1^a que “*Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito*”. Además se incorpora la distinción entre hermano legítimo, natural o adoptivo, distinción ésta inexistente en los Textos Punitivos precedentes.

¹⁰ En este sentido Castro y Zúñiga, Vid. DE CASTRO Y OROZCO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal Explicado*, Tomo II, Granada, 1848, pp. 326 y 327, al analizar el artículo 326 que tipifica el delito de estupro resaltan que el incesto es en el caso del párrafo 2º de este mismo precepto, un delito específico; mientras que en ningún otro de los escritos en el Código constituye más que una circunstancia de agravación, según el núm. 1º del art. 10.

¹¹ Así, la primera de las 23 agravantes recogidas por el Código de 1848, en su art. 10, decía: “*ser el agraviado ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o afín en los mismos grados del ofensor*”.

¹² Dice así el CP de 1870 en su artículo 10: “Son circunstancias agravantes: 1ª. Ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los grados del ofensor”, y añade: “Esta circunstancia la tomarán en consideración los Tribunales para apreciarla como agravante o atenuante, según la naturaleza y los efectos del delito”.

El CP de 1928, Libro Primero, Título I, Capítulo III, que llevaba por rúbrica “*De la atenuación y de la agravación de la responsabilidad*”, regulaba en la Sección Tercera, dedicada a las “*circunstancias mixtas*” y dentro de las establecidas “*Por las condiciones del infractor*”, art. 69.3º que “*El parentesco, cuando el agraviado sea cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural, adoptivo o afín del ofendido, en los mismos grados, y el vínculo no calificará la infracción o determinará la pena*”. Asimismo en el art. 69 in fine se deja al arbitrio judicial apreciar las circunstancias 2ª, 3ª y 4ª como atenuantes o agravantes o dejar de tomarlas en consideración según la naturaleza, los accidentes y los efectos de la infracción. Se reconoce expresamente que el parentesco también puede ser inane al hecho delictivo. El parentesco a la luz de este precepto podía atenuar, agravar o ser inoperante, dejando esta decisión a los Tribunales –“*podrán*”- que deberán considerar un efecto u otros en función de la naturaleza, los accidentes y los efectos de la infracción.

Debe ser mencionado que ya se vislumbra la dificultad que va a presentar buscar fundamento a una circunstancia que puede agravar, atenuar la responsabilidad penal o ser inocua.

En el CP de 1932 aparece también con carácter mixto el parentesco –junto con la impronta, circunstancia 2ª-. En el Capítulo IV que rezaba “*De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, según los casos*”, el art. 11.1ª señala que “*Ser el agraviado, cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor*”. Además el Texto Punitivo del 32, sustituyó como criterio determinante de la aplicación de la circunstancia, el término “*accidentes*” por el más técnico de “*motivos*” del delito.

El CP de 1944, Capítulo V, que lleva por título “*De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal, según los casos*”, preceptúa en el art. 11 que “*Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados que el ofensor*”. Según el tenor de este precepto esta circunstancia despliega sus efectos en dos direcciones, esto es, en unos casos la existencia de la circunstancia va a provocar una atenuación de la responsabilidad criminal y en otras ocasiones va a determinar una

agravación de la misma. Debe resaltarse que en el texto se mencionaba al “*hermano legítimo*” junto al “*natural*”, y no se hacía ninguna referencia a las relaciones afectivas análogas a las conyugales. Además su enunciado era imperativo, lo que imposibilitaba que Jueces y Tribunales ponderaran la irrelevancia que, en un delito concreto, pudieran tener los lazos familiares entre agresor y víctima.

Debe destacarse la supervivencia de la circunstancia mixta de parentesco a lo largo de la tradición punitiva española desde que en 1870 apareciera por primera vez, como ha sido dicho, en sentido estricto.

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal justifica en la Exposición de Motivos la reforma normativa que opera en los siguientes términos: “*La circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 y, con ella, la regulación del encubrimiento del artículo 18 se modifica a fin de adaptar su fórmula como se hace en otros preceptos a los cambios legales producidos en la conceptualización de la filiación. Además se acoge en ambos preceptos la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores [sic] a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente con la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídicos penales de las relaciones afectivas*”.¹³

¹³ En este sentido Mestre Delgado, (vid. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante de parentesco*, Madrid, 1995, pp. 15 y 16) pone de manifiesto que la inclusión de la “*persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*” tenía dos interpretaciones posibles y, en consecuencia, dos alcances completamente distintos: o bien el legislador había querido tan sólo ampliar el ámbito de aplicación del precepto, para incorporar al mismo las relaciones estables y permanentes de convivencia, y dar a éstas trato análogo a las matrimoniales, o bien la reforma tenía un calado mayor, y con ella pretendía el legislador limitar la aplicación del artículo 11 del Código a aquellos supuestos en los que, además de la relación familiar o de convivencia prevista expresamente, concurría una situación contrastable y vigente de afectividad. La primera de estas interpretaciones, se justificaba en la realidad sociológica del país y, técnicamente, en la paralela modificación que habían experimentado, en los mismos términos que el artículo 11, los artículos 18 y 425 del Código penal, conducía a la ampliación del ámbito de relaciones personales recogido en el precepto, equiparando, a los efectos de su protección penal, las de convivencia estable a las conyugales. La segunda de las interpretaciones posibles del alcance de la reforma se sustentaba en que el legislador, pudiendo hacerlo, no había utilizado la expresión “*relación de convivencia*” para ampliar el ámbito personal del precepto, sino que había elegido el término “*relación de afectividad*” y, además, por la vía de la remisión analógica, parecía exigir que la relación matrimonial que sustenta la aplicación de la circunstancia mixta fuera tan sólo aquella en la que se mantuvieran vigentes los lazos de afectividad entre los cónyuges. Con esta segunda línea interpretativa, la aplicación jurisdiccional de la circunstancia mixta podía reducirse considerablemente, ya que requeriría para ello, y además de la relación objetiva de parentesco –o análoga-, la probada vigencia de los lazos de afecto entre los integrantes de esa relación.

El CP de 1995, al igual que en el antiguo Código, equipara la relación parental que surge de vínculos jurídicos con la relación de afectividad análoga, si bien el texto actual pone el acento en la nota de estabilidad – “*de forma estable*”- en tanto que el antiguo art. 11 CPTR 1973 la centraba en la nota de permanencia –“*de forma permanente*”. La doctrina científica ha detectado en el cambio operado algo más que una mera sustitución terminológica, en la medida en que la idea de estabilidad supone una objetivación de la relación análoga desconectándola del dato temporal de la duración propio de la permanencia y acercándola a la existencia de un proyecto común de convivencia duradero que no necesariamente debe tener como presupuesto en una relación permanente, ya que sin ésta permanencia puede constatarse la existencia de un proyecto común, de estabilidad en suma, precisamente en el sentido ya apuntado por la STS de 15 diciembre 1994.

Con la Reforma operada por la LO 11/ 2003 de 29 de septiembre¹⁴ de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros se produce un giro en la configuración de la circunstancia viniendo a cambiar el fundamento de la misma que pasa de ser la afectividad, reconocida por el Tribunal Supremo en sendos pronunciamientos, a ser el aprovechamiento de la relación parental y no parental para favorecer la comisión del hecho delictivo¹⁵.

¹⁴ Vid. OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica operada por la LO 11/2003, de 29 septiembre”, en *Libro Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005. Este autor suministra algunas reflexiones de urgencia entorno a la reforma, de las que sobresalen cuatro cuestiones fundamentales, a saber, en primer lugar, la LO 11/2003 modifica la circunstancia mixta de parentesco ampliando el círculo de sujetos a los que resulta aplicable dicha circunstancia; en segundo lugar, se elevan a la categoría de delito comportamientos que, hasta la entrada en vigor de aquella, eran simplemente constitutivos de falta. En este sentido, la falta de maltrato del art. 617.2 CP, la falta de lesiones del art. 617.1 CP y la amenaza leve cometida con armas o instrumentos peligrosos del art. 620.1º CP, cuando se cometen en el entorno doméstico y, más concretamente sobre los sujetos pasivos a los que alude el vigente artículo 173.2, pasan a ser constitutivos del delito tipificado en el art. 153 CP y dejan de ser considerados como una simple infracción leve. En tercer lugar, el delito de violencia habitual, que hasta la reciente reforma del CP se encontraba situado en el Título III relativo a las lesiones (art. 153), pasa a ubicarse en el marco de los delitos contra la integridad moral dando contenido a los nuevos apartados 2º y 3º del art. 173 CP que hasta ahora tipificaba exclusivamente el delito de grave trato degradante. En cuarto y último lugar, el autor hace algunas reflexiones entorno a la tipificación expresa de la ablación genital que pasa a integrar el nuevo apartado segundo del artículo 149 CP. Olmedo estima que integrar esta novedad legislativa en el marco de la violencia doméstica obedece a que también estas terribles y crueles conductas, con independencia de que tengan su origen en culturas extranjeras, pueden ser consideradas como una manifestación más de la violencia doméstica –de hecho, las suelen cometer los progenitores de la víctima o un familiar cercano- y, más específicamente, como hipótesis encuadrables dentro del concepto de violencia de género. Su comisión obedece, de forma indubitada, a roles discriminatorios a los que son sometidas las mujeres desde edades muy tempranas por culturas extrañas a la igualdad entre sexos.

¹⁵ El FGE emitió informe en el que indicaba que la reforma pretendía alcanzar, además de a las personas que incluye el vigente art. 23 –que se mantienen en el nuevo texto-, también a las infracciones cometidas

III. El parentesco en el Derecho penal español vigente.

La circunstancia mixta de parentesco del actual artículo 23 proviene, como ha sido dicho supra, del artículo 11 del anterior CP. Su naturaleza mixta se justifica por la diferente y opuesta relevancia penal que el parentesco ha tenido y tiene en el Derecho Penal español, en el que ha jugado papeles absolutorios –excusa absolutoria del actual artículo 268 idéntico al anterior artículo 564 del antiguo CP-, ha jugado finalidades agravatorias –delitos contra la vida, integridad personal-, y en otras ocasiones atenuatorias –como en las antiguas figuras del infanticidio o lesiones causadas para eximirse del Servicio Militar-.

El fundamento de esta diversidad de función puede encontrarse en la consideración del diverso y a veces opuesto alcance que la relación de parentesco lleva a las personas entre quienes concurre a comportarse de modo diferente que en relación entre quienes no concurre, lo que en un Derecho Penal fundado en la culpabilidad puede suponer un plus o una disminución del reproche que deba tener su eco en la determinación de la pena a través del expediente de las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal.

Por ello el parentesco no tiene una función unívoca como se reconoce en el vigente artículo 23 que principia por la frase “*es circunstancia que puede atenuar o agravar...*” lo que constituye un explícito reconocimiento de la diversa función que el parentesco tiene en relación con el concreto delito en que concurra, cuestión que queda

entre ex cónyuges o ex parejas de hecho y las cometidas respecto de los ascendientes, descendientes o hermanos del conviviente del ofensor.

Con la modificación se recoge una realidad social constituida por la existencia de dos tipos de relaciones próximas y asimilables a las familiares y que, a juicio del nuevo art. 23 son merecedoras de una especial respuesta penal:

1) Las relaciones subsistentes entre los miembros de una pareja tras la ruptura de una situación de convivencia matrimonial o extramatrimonial. La ruptura de la relación no implica el de las relaciones personales, que se mantienen por la concurrencia de determinadas razones, generalmente residenciadas en la existencia de hijos comunes.

Además, piénsese que aunque la relación esté rota esto coloca al posible agresor en una situación de ventaja con respecto a la víctima a diferencia de lo que sucede con personas extrañas. En este sentido, toda la información que se maneja respecto de la ex pareja viene a contribuir en el iter criminis favoreciendo la realización del hecho criminal y colocando a la víctima en una posición de mayor vulnerabilidad y desventaja, pues el agresor –aún, insistimos, ya rota la relación- conoce por ejemplo, donde vive la víctima, su lugar de trabajo, sus horarios, e incluso sus debilidades.

2) Las relaciones similares a las de afinidad que se dan entre el ofensor con los ascendientes, descendientes o hermanos de su pareja conviviente.

reservada a la doctrina jurisprudencial ante la inexistencia de una enumeración legal de supuestos, y es precisamente en base a los pronunciamientos jurisprudenciales que puede afirmarse en clave de generalidad y dejando a salvo situaciones concretas, que en epígrafes posteriores estudiaremos, que el parentesco a lo largo de la tradición jurisprudencial opera como circunstancia agravante en los delitos contra la vida e integridad, y que por el contrario suele operar como circunstancia atenuante en los delitos contra el patrimonio.

Al igual que en el antiguo Código el vigente equipara la relación parental que surge de vínculos jurídicos de la relación de afectividad análoga, bien que el texto actual ponga el acento en la nota de estabilidad –“*de forma estable*”-, en tanto que el derogado artículo 11 la centraba en la nota de permanencia –“*de forma permanente*”-. La doctrina científica ha buscado en el cambio operado algo más que una mera sustitución terminológica en la medida que la idea de estabilidad supone, insistimos, una objetivación de la relación análoga desconectándola del dato temporal de la duración propio de la permanencia y acercándola a la existencia de un proyecto común de convivencia duradero.

IV. Algunos planteamientos de Derecho comparado.

1. Justificación de la selección de los Códigos Penales analizados.

La finalidad perseguida por el derecho comparado es el conocimiento de otros sistemas jurídicos, esto es, la confrontación de ordenamientos jurídicos en aras a conocer las culturas jurídicas subyacentes. Es este conocimiento de modelos jurídicos el fin último y primordial de la ciencia comparativa¹⁶.

En este sentido el derecho comparado consiste en el estudio de las diferencias y de las similitudes entre dos o más conjuntos normativos jurídicos –para lo que a nosotros interesa- de naturaleza penal.

¹⁶ DE LA SIERRA, S., *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Madrid, 2004.

El derecho penal comparado es un método de acercamiento entre derechos nacionales preexistentes, es una disciplina metodológica.

A partir del siglo XVII aparecen los primeros esbozos de derecho penal comparado, con Montesquieu en su obra “El espíritu de las leyes” (1748). A partir del año 1830, el movimiento se acelera con las escuelas alemana y francesa –podemos citar como representantes de ambas a Feuerbach y Ortolan, Rossi respectivamente-. En el siglo XX, el derecho penal comparado alcanza su plenitud a través de sociedades científicas internacionales como la Asociación Internacional de Derecho Penal e Institutos de Investigación, ya sean nacionales, como Max Planck Institut en Friburgo o internacionales como el Consejo de Europa.

El interés del derecho penal comparado es determinar un corpus de principios comunes a los distintos derechos. Resulta indubitado el interés que despiertan los estudios penales comparativos por diversas razones:

- Los sistemas nacionales están actualmente más cerca unos de otros. La globalización afecta también al derecho penal, esto es, los derechos se acercan.

- Debido a este acercamiento existen razones de naturaleza práctica para hacer derecho penal comparado, esto es, el derecho penal comparado puede revelarse necesario como aplicación de un derecho nacional. En segundo lugar, el derecho penal comparado permite enriquecer los derechos nacionales, el derecho del vecino da ideas al legislador de un país. En efecto, el derecho comparado puede articularse como una técnica de inspiración.

- A fuerza de permitir importar normas, el derecho penal comparado armoniza, sin llegar a unificar, acercamientos que hacen que sistemas diferentes sean compatibles.

En este trabajo de investigación hemos seleccionado para analizar, tres de los Códigos Penales que por su tradición, importancia y cercanía se han considerado más representativos en Europa y en Latinoamérica, esto es, el Código Penal francés, el Código Penal italiano, el Código Penal alemán, el Código Penal brasileño, el Código Penal chileno y el Código Penal Federal mejicano.

2. El CP francés.

Aránguez Sánchez¹⁷ anota como la codificación penal francesa no sólo ha sido más precoz, sino también menos tempestuosa que la española. El vigente Código Penal francés es el tercero tras el de 1791 y el de 1810. Nuestra tradición legislativa conoce bastantes más reformas globales, los Códigos penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944. Esto no significa que el Código francés de 1810 no hubiera sufrido profundas modificaciones a lo largo de su dilatada vigencia, pues hubo casi un centenar de reformas que variaron sustancialmente su contenido. De sus originales 477 artículos, 290 habían sido modificados o incorporados como preceptos de nueva planta, y 44 habían sido derogados¹⁸.

El Código Penal francés consta de dos partes. La primera tiene rango de Ley, y está compuesta por cinco libros. El libro primero se ocupa de lo que conocemos como Parte General del Derecho penal. El libro segundo recoge los delitos contra las personas, el tercero contra los bienes, el cuarto contra la Nación, el Estado y la Paz Pública, y el quinto, y último de esta parte, es un “cajón de sastre” que lleva por título “otros delitos”, un título que deja intuir la auténtica finalidad de ese libro, esto es, servir de sede a nuevas incriminaciones que no encuentran un fácil acomodo en otros lugares. La segunda parte tiene rango reglamentario, y además del libro sexto, dedicado a las faltas, recoge una serie de disposiciones que desarrollan algunos aspectos de los libros anteriores.

De un exhaustivo análisis del Código Punitivo francés podemos inferir una serie de rasgos esenciales. En general, llama la atención la amplísima discrecionalidad judicial a la hora de determinar la pena. Como regla a seguir, el legislador sólo establece el límite máximo de la pena, con lo que no existen circunstancias atenuantes genéricas,

¹⁷ Vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., y ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal Francés. Traducido y anotado*, Segunda Edición, actualizada a enero de 2003, Granada, 2003.

¹⁸ Al igual que el Código Penal español, el Código Penal francés tuvo un largo proceso de elaboración. Desde el primer proyecto de 1892 hasta el definitivo, de 1983, no faltaron sucesivos textos que fueron dejando su legado y abriendo el debate sobre las principales cuestiones penales. Pero a diferencia de lo que sucedió en nuestro país, el Texto Punitivo francés no fue aprobado por una única ley (la LO 10/1995, de 23 de noviembre), sino por varias: las Leyes núm. 92-683 (Libro I), 92-684 (Libro II), 92-685 (Libro III), y 92-686 (Libro IV), todas ellas de 22 de julio de 1992, la Ley núm. 92-1336, de 16 de diciembre de 1992 (conocida como “Ley de Adaptación”, y además varios Decretos del Consejo de Estado, entre los que destaca el núm. 93-726, de 29 de marzo de 1993.

que habían sido introducidas por Ley de 26 de junio de 1824 precisamente con la intención de evitar que la discrecionalidad judicial sobre su apreciación pudiera provocar injustas absoluciones.

De otra parte, al igual que sucede en el Código Penal español, el legislador francés elimina delitos que habían perdido toda la fundamentación social que los respaldaba, como el infanticidio o el parricidio; para incluir nuevos valores sociales, como la equiparación de la pareja de hecho al matrimonio en cuanto a la agravación por malos tratos en el ámbito familiar; o para introducir nuevos delitos como las torturas o la inducción a los menores a la drogadicción y el alcoholismo. En otros casos se incluyen infracciones que buscan resolver concretos problemas de convivencia que se plantean en la sociedad actual, como las llamadas de teléfono o agresiones acústicas que buscan perturbar la tranquilidad de otro.

No existe en el CP francés un precepto homónimo al artículo 23 CP español. Sin embargo sí se establecen cláusulas de agravación en algunos preceptos basadas en la relación parental o tipos privilegiados en función de los vínculos parentales.

Así en la Sección 1ª que se rubrica “*De los delitos dolosos contra la vida*”, Capítulo Primero, Título II, Libro II, se establece en el artículo 221-4.2º que *el homicidio será castigado con reclusión perpetua cuando sea cometido... contra un ascendiente legítimo o biológico, o bien contra el padre o la madre adoptivos*.

La Sección 1ª que reza “*De los delitos dolosos contra la integridad de la persona*”, § 1. “*De la tortura y de la agresión con ensañamiento*”, Capítulo II, Título II, Libro II, viene a decir en el artículo 222-3.3º que *la infracción definida en el artículo 222-1 se castiga con veinte años de reclusión cuando sea cometida: ...Contra un ascendiente legítimo o biológico, o bien contra el padre o la madre adoptivos*¹⁹. Asimismo el apartado 6º del mismo precepto (222-3) agrava la pena cuando sea cometida “*Por el cónyuge de la víctima o la persona a quien se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*”²⁰.

¹⁹ El artículo 222-1 determina que el hecho de someter a una persona a tortura o a agresión con ensañamiento será castigado con 15 años de reclusión.

²⁰ En francés, *concubin*.

De otra parte, en el último párrafo del art. 222-3 se establece que la infracción definida en el mismo se castiga también con veinte años de reclusión cuando va acompañada de agresiones sexuales distintas de la violación. Dicha pena alcanzará los treinta años de reclusión cuando esta infracción sea cometida contra un menor de quince años *por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por otra persona que tenga autoridad sobre el menor.*

El § 2. que se rubrica “*De las lesiones*” viene a decir en el art. 222-8 que la infracción definida en el art. 222-7, esto es, toda agresión que provoque la muerte imprudente, se castiga con la pena de veinte años de reclusión cuando se cometa *contra un ascendiente legítimo o biológico, o bien contra el padre o la madre adoptivos* (apartado 3º). Asimismo el apartado 6º de este mismo precepto contempla el supuesto de que la agresión se cometa *por el cónyuge de la víctima o la persona a la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.* Este mismo precepto in fine señala que la pena alcanzará los treinta años de reclusión cuando la infracción definida en el art. 222-7 sea cometida *contra un menor de quince años por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, o por otra persona que tenga autoridad sobre el menor.*

También se contempla una modalidad agravada para el caso de que la agresión provoque una mutilación o una invalidez permanente y se cometa *contra un ascendiente legítimo o biológico o bien contra el padre o la madre adoptivos* (art. 222-10, 3º). Asimismo el apartado 6º de este precepto agrava también el supuesto de agresión cometida *por el cónyuge de la víctima o la persona a que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.*

La pena alcanzará los veinte años de reclusión cuando la infracción definida en el artículo anterior sea cometida *contra un menor de quince años por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, o por otra persona que tenga autoridad sobre el menor.*

Para el caso de que la agresión haya provocado una incapacidad laboral absoluta se castiga con la pena de cinco años cuando se cometa *contra un ascendiente legítimo o biológico, o bien contra el padre o la madre adoptivos* (art. 222-12, 3º). Asimismo el apartado 6º de este mismo precepto contempla el supuesto, al igual que sucede en los

casos anteriores, de que la agresión se cometa *por el cónyuge de la víctima o la persona a la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*.

Las penas alcanzarán los diez años de prisión cuando la agresión sea cometida *contra un menor de quince años por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por otra persona que tenga autoridad sobre el menor* (art. 222-12 in fine).

Cuando la agresión haya provocado una incapacidad laboral inferior o igual a ocho días, o bien no haya provocado ninguna incapacidad laboral se castigará con la pena de tres años cuando se cometa *contra un ascendiente legítimo o biológico, o bien contra el padre o la madre adoptivos* (art. 222-13, 3º). El apartado 6º de este mismo artículo contempla el caso de que la agresión se cometa *por el cónyuge de la víctima o la persona a la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*.

Este mismo precepto en el último párrafo señala que las penas alcanzarán los cinco años cuando la agresión sea cometida *contra un menor de quince años por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, o por otra persona que tenga autoridad sobre el menor*.

De otra parte, la Sección 3ª que lleva por título “*De las agresiones sexuales*”, § 1. rubricado “*De la violación*” estima en el art. 222-24, que la violación será castigada con la pena de veinte años de reclusión *cuando haya sido cometida por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por otra persona que tenga autoridad sobre la víctima* (apartado 4º).

Obsérvese que a diferencia de los supuestos anteriores no se contempla aquí una agravación específica para el caso de que la violación se cometa por el cónyuge de la víctima o persona a la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad²¹.

²¹ A diferencia de lo que sucede en el Código Penal Francés, que contempla cláusulas de agravación específicas para determinados delitos fundadas en el parentesco entre agresor y víctima, el Código Penal Español establece una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal basada en la relación parental en la parte general que, en principio, es aplicable a todos los tipos de la parte especial siempre y cuando no sea incompatible por constituir ya un elemento normativo del tipo, como sucede por ejemplo

El § 2. “*De las demás agresiones sexuales*” estima en el art. 222-28 que las agresiones sexuales distintas de la violación se castigarán con siete años de prisión *cuando haya sido cometida por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, o por otra persona que tenga autoridad sobre la víctima* (apartado 2º).

El art. 222-30 señala que la infracción definida en el artículo anterior se castigará con la pena de diez años de prisión *cuando haya sido cometida por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por otra persona que tenga autoridad sobre la víctima* (apartado 2º).

El Capítulo V “*De los delitos contra la dignidad de la persona*”, Sección 2ª “*Del proxenetismo y de las infracciones análogas*”, establece en el art. 225-7 que el delito de proxenetismo será castigado con la pena de diez años cuando sea cometido *por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo de la persona que se prostituye, o bien por una persona con autoridad sobre ella, o que abusa de la posición que le confieren sus funciones* (apartado 5º).

El Capítulo VII rubricado “*De los delitos contra los menores y la familia*”, Sección 2ª “*Del abandono de familia*”, art. 227-3 viene a decir que el que no acate una decisión judicial o un convenio judicialmente aprobado que le obliga a pagar a favor de un hijo menor de edad, legítimo, biológico o adoptivo, de un descendiente, de un ascendiente o del cónyuge, una pensión, una contribución, subsidios o prestaciones de cualquier tipo en virtud de una de las obligaciones familiares previstas por los Títulos V, VI, VII y VIII del Libro Primero del Código Civil, dejando de cumplir íntegramente esta obligación durante más de dos meses, será castigado con la pena de dos años de prisión.

en la violencia doméstica que ya contempla la relación parental, por lo que no puede volver a tenerse en cuenta. A priori parece que la solución del Texto Punitivo Español contempla todos y cada uno de los supuestos de la parte especial, insistimos, siempre y cuando exista compatibilidad y no se vulnere el principio nebis in idem, incluyendo la violación entre cónyuges. El problema que desde nuestra perspectiva plantean las cláusulas específicas de agravación es que si se produce el olvido del legislador no existe fórmula para recoger la conducta, como sucede en el Derecho Penal Francés, que no establece un supuesto agravado para el caso de que la violación se produzca dentro del matrimonio o sea cometida por persona con análoga relación a la matrimonial.

La Sección 3ª “*De los delitos contra el ejercicio de la patria potestad conjunta*” estima que *el que, siendo ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, sustraiga a un menor de aquellos que ejercen la patria potestad o de aquellos a quienes ha sido confiado o en casa de quienes tiene su residencia, será castigado con la pena de un año de prisión* (art. 227-7).

La Sección 5ª rubricada “*De la puesta en peligro de menores*” señala en el art. 227-15 *el que, siendo ascendiente legítimo, biológico o adoptivo, o bien toda persona que ejerza su patria potestad u otra forma de autoridad sobre el menor de quince años, lo prive de alimentos y cuidados hasta comprometer su salud, será castigado con la pena de siete años de prisión.*

El art. 227-17 establece que *el que, siendo el padre o la madre legítimos, biológicos o adoptivos, no cumpliera con sus obligaciones legales, sin motivo legítimo, hasta comprometer la salud, la seguridad, la moralidad o la educación de su hijo menor, será castigado con la pena de dos años de prisión*²².

El art. 227-26 prescribe que la persona mayor de edad que ejerciere sin violencia, intimidación, amenaza ni sorpresa una agresión sexual respecto a un menor de quince años será castigada con la pena de diez años de prisión *cuando haya sido cometida por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima* (apartado 1º).

El art. 227-27 castiga con la pena de dos años de prisión las agresiones sexuales sin violencia, intimidación, amenaza ni sorpresa respecto a un menor de más de quince años, y que no se haya emancipado a través del matrimonio, *cuando hayan sido cometidas por un ascendiente legítimo, biológico o adoptivo o por cualquier otra persona con autoridad sobre la víctima* (apartado 1º).

El Libro III “*De los delitos graves y menos graves contra el patrimonio*”, Título Primero “*De las apropiaciones fraudulentas*”, Capítulo Primero “*Del robo*”, Sección 2ª

²² Aránguez Sánchez y Alarcón Navío afirman que resulta bastante cuestionable desde una perspectiva de política criminal la indeterminación y el sesgo ideológico que supone el empleo del término “moralidad” en este contexto.

“Disposiciones generales”, establece en el art. 311-12 que *no podrá dar lugar a procedimientos judiciales el robo cometido por una persona:*

1º. En perjuicio de su ascendiente o de su descendiente;

2º. En perjuicio de su cónyuge, salvo cuando los esposos tengan la separación matrimonial o están autorizados a residir por separado.

Asimismo, el Capítulo II “*De las extorsiones*”, Sección 1ª “*De la extorsión*” establece que *las disposiciones del art. 311-12 son aplicables a las infracciones previstas por la presente Sección.*

En el mismo sentido se pronuncia el art. 312-12 de la Sección 2ª “*Del chantaje*”, al decir que *las disposiciones del art. 311-12 serán aplicables a las infracciones previstas por la presente Sección.*

También sucede lo ya descrito en el Capítulo III “*De la estafa y de las infracciones afines*”, Sección 1ª “*De la estafa*”, art. 313-3 in fine que preceptúa que *las disposiciones del art. 311-12 serán aplicables al delito de estafa.*

Sucede lo propio en el Capítulo IV “*De las defraudaciones*”, Sección 1ª “*De la apropiación indebida*”, art. 314-4 que señala como aplicables al delito de apropiación indebida las disposiciones del art. 311-12.

El Capítulo III “*De los delitos contra la administración pública cometidos por particulares*”, Libro IV “*De los delitos graves y menos graves contra la Nación, el Estado y la Paz Pública*”, Sección 11ª “*De los delitos contra el estado civil de las personas*”, tipifica en el art. 433-20 el delito de bigamia cuando dice que *toda persona que, estando comprometida por los vínculos del matrimonio, contraiga otro antes de que se haya disuelto el anterior será castigada con la pena de un año de prisión.*

El Capítulo IV “*De los delitos contra la administración de justicia*”, Sección 1ª “*De la obstrucción a la actuación de la justicia*”, establece en el art. 434-1 que *todo el que, teniendo conocimiento de un delito grave cuyos efectos se pueden aún prevenir o limitar, o cuyos autores sean susceptibles de cometer nuevos delitos graves que podrían*

evitarse, no informe a las autoridades judiciales o administrativas será castigado con la pena de tres años...

Quedan al margen de las disposiciones anteriores, salvo en lo que se refiere a los delitos graves cometidos contra menores de quince años;

1º. Los padres en línea directa o sus cónyuges, así como los hermanos y hermanas y sus cónyuges, del autor o del cómplice del delito grave.

2º. El cónyuge del autor o del cómplice del delito grave, o la persona que mantenga conocida convivencia marital con él.

De otra parte, el art. 434-6 determina que el que proporcione al autor o cómplice de un delito grave o de un acto de terrorismo castigado con un mínimo de diez años de prisión²³ un alojamiento, un lugar de refugio, ayudas, medios de existencia o cualquier otro medio de sustraerle a las investigaciones o a su detención, será castigado con la pena de tres años de prisión y 300.000 F de multa. Las penas podrán alcanzar los cinco años de prisión y 500.000 F de multa cuando la infracción sea cometida de manera habitual.

Quedan exentos de las disposiciones anteriores:

1ª. Los padres en línea directa y sus cónyuges, así como los hermanos y hermanas y sus cónyuges, del autor o cómplice del delito grave o del acto de terrorismo.

2ª. El cónyuge del autor o del cómplice del delito grave o del acto de terrorismo, o la persona que, de manera notoria, viva en situación marital con él.

El art. 434-11 estipula que todo aquel, conociendo pruebas de la inocencia de una persona detenida provisionalmente o juzgada por delito grave o menos grave, se abstenga voluntariamente de prestar enseguida declaración ante las autoridades judiciales o administrativas, será castigado con la pena de tres años...

²³ Este último supuesto ha sido añadido por la Ley núm. 96-647, de 22 junio 1996.

No obstante, está exento de pena el que preste declaración de manera tardía, aunque espontánea.

Están excluidos de las disposiciones del primer párrafo:

1º. El autor o cómplice de la infracción que motivaba el procesamiento, sus padres en línea directa y sus cónyuges, así como sus hermanos y hermanas y sus cónyuges;

2º. El cónyuge del autor o del cómplice de la infracción que motivaba el procesamiento, o bien la persona que mantenga conocida convivencia marital con él.

Como ha sido dicho líneas arriba, puede observarse que el Texto Punitivo Francés establece excusa absoluta entre parientes en los arts. 311-12, 312-9, 312-12, 313-3, 314-4, 434-1, 434-6 y 434-11.

3. El CP italiano.

La Constitución de La República Italiana proclama en el Título relativo a los Principios Fundamentales la República como forma institucional del Estado. Asimismo declara el trabajo como elemento que otorga dignidad al ciudadano, establece la democracia representativa (art. 1), reconoce y garantiza los derechos naturales e inviolables del hombre (art. 2) y la igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley.

En el Título II rubricado “*Relaciones ético-sociales*”, proclama en el art. 29 que La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural fundada en el matrimonio. Asimismo se reconoce la igualdad moral y jurídica de los cónyuges²⁴, con los límites establecidos en la Ley y garantiza la unidad familiar. Además se distingue entre el matrimonio civil y el matrimonio canónico.

²⁴ Vid. Ley de 19 mayo 1975, n. 151 y vid. también arts. 143-148 Código Civil italiano.

El art. 30 reconoce el deber y el derecho de los progenitores a educar a los hijos, aunque hayan nacido fuera del matrimonio²⁵.

La Ley asegurará a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda la tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los miembros de la familia legítima²⁶.

La República promoverá las medidas económicas necesarias para favorecer la maternidad, la infancia y la juventud y en particular para salvaguardar los derechos de las familias numerosas.

Si acudimos al Código Penal italiano observaremos que no existe un precepto homónimo al art. 23 del CP español. Sin embargo, sí se contempla la relación parental como circunstancia agravante en determinados casos, en otros aparece como elemento constitutivo del delito o como causa de no punibilidad en determinados tipos.

El art. 61 del CP italiano establece las circunstancias agravantes comunes, once en total. Así se preceptúa en el apartado 11) que agrava el delito cuando no es elemento constitutivo o circunstancia agravante especial, haber cometido el hecho con abuso de autoridad o de relaciones domésticas²⁷, o bien con abuso de relaciones laborales, de cohabitación o de hospitalidad.

Si acudimos a la parte especial encontramos en el Capítulo V, Título I, Libro II, art. 307 que tipifica la asistencia a los partícipes de conspiración o de banda armada, que no es punible quien comete el hecho a favor de pariente próximo, de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano, hermana y afines del mismo grado, tío y sobrino.

En el Capítulo I que se rubrica “*De los delitos contra la actividad judicial*”, Título III “*De los delitos contra la administración de justicia*”, Libro II, el art. 384 establece como casos de no punibilidad, que en los casos previstos en los arts. 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 371 ter, 372, 373, 374 y 378, no es punible quien ha

²⁵ Vid. arts. 147, 148, 261, 279 CC. italiano.

²⁶ Vid. arts. 250 y ss., 536, 573, 577, 578 y 580 CC. italiano.

²⁷ La doctrina italiana entiende por “relaciones domésticas” todas las relaciones existentes en el seno de la familia entre sus componentes, estén o no ligados por vínculo de sangre.

cometido el hecho por causa de necesidad de salvarse a sí mismo o a un pariente próximo de un grave e inevitable daño a la libertad o al honor.

El Título IX “*De los delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres*”, Capítulo II “*De la ofensa al pudor y al honor sexual*”, Libro II, castigaba en el art. 532²⁸, la instigación a la prostitución de un descendiente, de la mujer y de la hermana.

El Capítulo III “*Disposiciones comunes*”, Título IX, preceptúa en el art. 540, que lleva por rúbrica “*Relación de parentesco*”²⁹, que a todos los efectos de la ley penal, cuando la relación de parentesco se considera como elemento constitutivo o como circunstancia agravante o atenuante o como causa de no punibilidad, la filiación natural se equipara a la filiación legítima³⁰.

El Título XI “*De los delitos contra la familia*”³¹, Capítulo I “*De los delitos contra el matrimonio*”, tipifica en el art. 556 el delito de bigamia³², que viene a decir que quien estando legalmente casado con efectos civiles, y contrajere otro matrimonio con efectos civiles, será castigado con la pena de reclusión de uno a cinco años³³.

El art. 561 recogía casos de no punibilidad y circunstancia atenuante. Este precepto fue declarado ilegítimo por la Corte Constitucional de La República Italiana en Sentencia de 3 diciembre 1969, n. 147. La norma original establecía que en el caso previsto en el art. 559 (adulterio), no es punible la conducta de la mujer cuando el marido la haya inducido a la prostitución o bien haya obtenido alguna ventaja de prostituirla.

²⁸ Las disposiciones contenidas en los arts. 531 a 536 han sido sustituidas por los arts. 3-6, 1. 20 febrero 1958, n. 75 (ley sobre prostitución).

²⁹ En italiano, “Rapporto di parentela”.

³⁰ Vid. arts. 231-235, 250, 251, 269 y 278 CC italiano.

³¹ Vid. CANDIAN, A., *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel Diritto penale*, Milano, 1943; PATERNITI, C., *La famiglia nel Diritto penale*, Milano, 1970; PISAPIA, G.D., “I rapporti di famiglia como causa di non punibilità” en *Studi di Diritto penale*, Padova, 1956; PISAPIA, G.D., “I rapporti di famiglia como causa di non punibilità” en *Riv. it. dir. pen.*, 1951, pp. 40-41.

³² Vid. RICCIO, S., *La bigamia*, Napoli, 1934.

³³ Vid. arts. 82, 83, 106-116 CC italiano.

Asimismo este precepto tampoco castigaba a los cónyuges legalmente separados por culpa del otro cónyuge, o bien si había sido injustamente abandonado.

Si el hecho –el adulterio- se cometía por cónyuge legalmente separado por culpa propia o por mutuo consenso, la pena se disminuía o atenuaba.

El Capítulo II “*De los delitos contra la moral familiar*”, Título XI, castiga en el art. 564 con la pena de reclusión de uno a cinco años, el incesto cometido con un descendiente o un ascendiente, o con un afín en línea recta, o bien con una hermana o hermano.

La pena de reclusión será de dos a ocho años en el caso de relación incestuosa.

En los casos previstos en las disposiciones precedentes, si el incesto se comete por persona mayor de edad con persona menor de dieciocho años, la pena se agravará para la persona mayor de edad.

La condena que recaiga contra el progenitor implica la pérdida de la patria potestad de éste o de la tutela legal.

El art. 565 tipifica los atentados cometidos contra la moral familiar. Así, quien a través de periódicos o de cualquier otro medio escrito o de publicidad ofenda la moral familiar realiza el tipo.

El Capítulo IV “*De los delitos contra la asistencia familiar*”, Título XI, encuadra en el art. 570 la violación de las obligaciones de asistencia familiar. De esta forma, comete el delito quien abandone el domicilio doméstico, o realice una conducta contraria al orden o a la moral de la familia, o se sustraiga a las obligaciones inherentes a la potestad del progenitor, o a la cualidad de cónyuge. Asimismo se castiga a quien malverse o dilapide los bienes del hijo menor o del cónyuge.

El art. 571 tipifica el abuso de los medios de corrección o de disciplina³⁴. Así, quien abusa de los medios de corrección o de disciplina y daña a una persona sometida a su autoridad, o a él confiada por razones de educación, instrucción, cura, vigilancia o custodia, o bien por el ejercicio de una profesión, será castigado, si del hecho se deriva el peligro de una enfermedad en el cuerpo o en la mente, con la reclusión de seis meses.

Si del hecho se deriva una lesión personal, se aplicarán las penas establecidas en los arts. 582 y 583, si se deriva la muerte se aplicará la reclusión de tres a ocho años.

El art. 572 del Texto Punitivo italiano castiga el delito de maltrato familiar o contra la infancia³⁵. De esta forma se tipifica la conducta de quien, fuera de los casos indicados en el art. precedente –abuso de medios de corrección y de disciplina–, maltrata a una persona de la familia o a un menor de catorce años, o a una persona sometida a su autoridad, o a él confiada por razones de educación, instrucción, cura, vigilancia, o custodia, o por el ejercicio de una profesión, será castigado con la reclusión de uno a cinco años.

Si del hecho se deriva una lesión personal grave, se aplica la reclusión de cuatro a ocho años; si se deriva una lesión muy grave, la reclusión será de siete a quince años; si se deriva la muerte, la reclusión será de doce a veinte años.

El art. 573 establece la sustracción de menores. Así, quien sustrae a un menor que haya cumplido catorce años con el consentimiento de éste, al progenitor que ejerce

³⁴ Vid. MANTOVANI, F., “Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, Anno VI – N. 3-4, Luglio-Dicembre 1964, Milano, 1964, pp. 509 a 516; PISAPIA, G.D., “Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957, p. 99; PISAPIA, G.D., “Norme di diritto e norme di civiltà: a propósito del preteso ius corrigendi del marito nei confronti della moglie” en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1957, p. 421; PISAPIA, G.D., “L’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi di fronte alla legge penale” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, 1963, p.3.

³⁵ Vid. MANTOVANI, F., “Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, Anno V – N. 3, Luglio-Settembre, 1963, Milano, 1963, pp. 383 a 425; SARDIELLO, “La condizione della donna convivente more uxorio ed il reato di maltrattamenti” en *Rivista Penale*, 1939, II, p. 225; ESCOBEDO, “Maltrattamenti in persona della concubina” en *Giustizia Penale*, 1941, II, p.957; AZZALI, “La concubina quale soggetto passivo del reato di maltrattamenti” en *Rivista Italiana*, 1950, p. 527; LOFREDO, “Maltrattamenti a donna convivente more uxorio” en *Rivista Penale*, 1950, II, p. 65; GIOFFREDI, “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII, p. 38; PISAPIA, G. D., “Spunti esegetici e dommatici sull’art. 572 CP” en *Riv. ital. dirit. proc. pen.*, 1960, p. 577; PISAPIA, G. D., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1963, p. 9.

la patria potestad o al tutor, o bien lo retenga contra la voluntad del mismo progenitor o tutor, será castigado con la reclusión de dos años.

La pena se disminuye si el hecho se comete con fin de matrimonio y se agrava si el hecho se comete con fines libidinosos.

El Título XII rubricado “*De los delitos contra la persona*”, Capítulo I “*De los delitos contra la vida y la incolumidad individual*”, establece en el art. 576 una serie de circunstancias agravantes y recoge la pena de cadena perpetua para quien cause la muerte de ascendiente o descendiente, cuando concurra alguna de las circunstancias indicadas en los números 1 a 4 del art. 61 o cuando se utilice un medio venenoso o insidioso o bien cuando exista premeditación (art. 576.2).

El art. 577 tipifica “otras circunstancias agravantes” y señala la pena de cadena perpetua para quien cometa el hecho tipificado en el art. 575 (homicidio) contra ascendiente o descendiente (apartado uno).

Este mismo precepto in fine determina que la pena será de reclusión de veinticuatro a treinta años si el hecho se comete contra el cónyuge, el hermano o la hermana, el padre o la madre adoptivos, el hijo adoptivo, o contra un afín en línea recta.

Puede observarse que el Código Penal italiano prelación según el grado de parentesco la sanción que corresponde cuando se comete homicidio. En este sentido, considera más grave atentar contra el padre o la madre biológicos o contra el hijo biológico que contra los progenitores adoptivos o el hijo adoptivo. Desde una perspectiva de política criminal tenemos que ser críticos con esta distinción punitiva.

No se comprende que ha llevado al legislador italiano a considerar que es más grave atentar contra la vida de los padres biológicos que hacer lo propio con los padres adoptivos.

El art. 578 sanciona el infanticidio en condiciones de abandono material y moral. De esta forma, la madre que causa la muerte del hijo recién nacido inmediatamente después del parto, o del feto durante el parto, cuando el hecho se ha producido por las

condiciones de abandono material y moral conexas al parto, será castigada con la reclusión de cuatro a doce años.

Expresamente se excluye la aplicación de las agravantes contenidas en el art. 61 del mismo Cuerpo Legal.

El art. 585 recoge una serie de circunstancias agravantes y viene a decir que en los casos previstos en los arts. 582, 583 y 584 –lesiones personales, tipo agravado de lesiones personales y homicidio preterintencional respectivamente-, la pena se aumentará de un tercio a la mitad si concurre alguna de las agravantes previstas en el art. 576 CP y se aumentará hasta un tercio, si concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en el art. 577, o bien si el hecho se comete con armas o con sustancias corrosivas.

El art. 587 –ya derogado por el art. 1,1 de la Ley de cinco de agosto de 1981, n. 442 “derogación de la relevancia penal de la causa de honor”- tipificaba el homicidio o lesiones personales “por causa de honor”. El texto originario disponía que quien causara la muerte del cónyuge, de la hija o de la hermana, cuando era sorprendida en acto de relación carnal ilegítima o este hecho determinaba una ofensa a su honor o al de la familia, se castigaba con la pena de reclusión de tres a siete años.

El art. 591 recoge el abandono de personas menores o incapaces. En la última parte de este precepto se agrava el hecho cuando se comete por el progenitor, el hijo, el tutor o el cónyuge, o bien por el adoptante o el adoptado.

El Capítulo II “*De los delitos contra el honor*”, Título XII, preceptúa en el art. 597 la querrela de la persona ofendida y la extinción del delito. En este sentido se declara que si la persona ofendida muere antes de que termine el proceso, o si se trata de una ofensa a la memoria de un difunto pueden proseguir la querrela los parientes próximos, el adoptante o el adoptado.

El Capítulo III “*De los delitos contra la libertad individual*”, Sección I “*De los delitos contra la personalidad individual*”, señala en el art. 600 bis el tipo de prostitución de menores. Así, quien induzca a la prostitución a una persona de edad

inferior a los dieciocho años o bien favorezca la prostitución será castigado con la reclusión de seis a doce años y con multa.

El art. 600 ter tipifica la pornografía de menores. Quien induzca a un menor de dieciocho años a realizar exhibiciones pornográficas o produzca material pornográfico será castigado con reclusión de seis a doce años y con multa de veinticinco mil ochocientos veintidós euros a doscientos cincuenta y cuatro mil doscientos veintiocho euros.

El art. 600 sexto recoge circunstancias agravantes y viene a decir que en los casos previstos en los arts. 600 bis, 600 ter y 600 quinto la pena se aumentará de un tercio a la mitad si el hecho se comete contra un menor de catorce años.

Asimismo, cuando estas conductas sean cometidas por el ascendiente, el progenitor adoptivo o por el cónyuge o conviviente, o un afín hasta el segundo grado, o pariente hasta el cuarto grado colateral, el tutor o la persona a la que haya sido entregada el menor por razón de cura, educación, instrucción, vigilancia, custodia, trabajo, o bien por públicos oficios incardinados en el servicio público o en el ejercicio de una función o bien se cometa en perjuicio del menor en estado de enfermedad o disminución psíquica, natural o provocada, la pena se aumentará de la mitad a dos tercios.

La Sección II “*De los delitos contra la libertad personal*” tipifica el secuestro de persona y agrava la pena que pasa de seis meses a ocho años a ser de uno a diez años cuando el hecho se cometa en perjuicio de un ascendiente, un descendiente o el cónyuge.

El art. 609 ter recoge una serie de circunstancias agravantes estableciendo en el apartado cinco una pena de seis a doce años si el hecho tipificado en el art. 609 bis – violencia sexual- se comete contra persona que no ha cumplido los dieciséis años y el culpable es el ascendiente, el progenitor adoptivo o el tutor.

El art. 609 cuarto tipifica los actos sexuales con menores. De esta forma cuando el culpable sea el ascendiente, el progenitor adoptivo, el tutor, o bien otra persona que,

por razón de cura, de educación, de instrucción, de vigilancia o de custodia, el menor le sea confiado o tenga con este último una relación de convivencia, se aplicará la pena establecida en el art. 609 bis cuando el menor no haya cumplido los dieciséis años.

El art. 609 octavo regula la violencia sexual en grupo y estipula que la pena se aumentará si concurre alguna de las circunstancias agravantes previstas en el art. 609 ter.

El Título XIII “*De los delitos contra el patrimonio*”, establece en el Capítulo III “*Disposiciones comunes a los capítulos precedentes*”, una exención de punibilidad a la querrela de la persona ofendida por los hechos cometidos en perjuicio de pariente (art. 649).

En este sentido no es punible quien cometa alguno de los hechos previstos en este Título en perjuicio:

1) Del cónyuge no legalmente separado³⁶.

2) De un ascendiente o descendiente o de un afín en línea recta, o bien del adoptante o del adoptado³⁷.

3) De un hermano o una hermana que convivan con él.

Los hechos previstos en este Título son punibles si se cometen en perjuicio del cónyuge legalmente separado, o bien del hermano o de la hermana que no convivan con el autor del hecho, o bien del tío o el sobrino o del afín en segundo grado que con él convivan³⁸.

Las disposiciones de este artículo no se aplicarán a los delitos previstos en los arts. 628, 629 y 630 o en cualquier otro delito contra el patrimonio que se haya cometido con violencia contra la persona.

³⁶ Vid. arts. 150 y 151 CC italiano.

³⁷ Vid. arts. 75, 78 y 291 CC italiano.

³⁸ Vid. art. 78 CC italiano.

El Libro III “*De las infracciones en particular*”, Título II BIS “*De las infracciones concernientes a la tutela de la privacidad*”, tipifica en el art. 734 bis la divulgación de la imagen de persona ofendida por los actos de violencia sexual. Así, quien en los casos de los delitos previstos en los arts. 600 bis, 600 ter, 600 cuarto, 600 quinto, 609 bis, 609 ter, 609 cuarto, 609 quinto y 609 octavo, divulgue por cualquier medio de comunicación de masa, la imagen de la persona ofendida sin su consentimiento será castigado con arresto de tres a seis meses.

4. El CP alemán.

Roxin³⁹ estudia las causas de exclusión de la responsabilidad en la Parte Especial a través de casos en particular y manifiesta que la exclusión de la culpabilidad en sentido estricto es una materia que sólo pertenece a la Parte General, pues se ha de enjuiciar conforme a parámetros unitarios si alguien podía actuar de otro modo en una situación determinada, es decir, si era asequible a la norma o no.

En cambio, si en determinadas situaciones de conflicto es preventivamente imprescindible la punición a menudo sólo se puede determinar conforme a las peculiaridades del concreto delito. Así se explica que se produzcan *casos de exclusión de la responsabilidad no sólo en la Parte General y desde perspectivas de superior rango (¡hecho realizado por motivos de conciencia!), sino también en la Parte Especial y limitados a determinados tipos*. A continuación Roxin cita a modo de ejemplo alguno de los casos más importantes entre los que destacaremos:

1. La omisión de denuncia contra parientes, § 139 III 1.

Según el § 139 III 1, la omisión de una denuncia en sí exigida por el § 138 (omisión de denuncia de determinados delitos) contra un pariente está, salvo que se trate de delitos gravísimos, “*exenta de pena*” cuando el sujeto se haya esforzado seriamente “*por apartar*” al pariente “*del delito o por evitar el resultado*”. El precepto se considera

³⁹ Vid. ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, D.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997, pp. 955 y ss.

por un sector doctrinal una “*causa personal de supresión de la punibilidad*”⁴⁰. Sin embargo, la semejanza estructural con el § 35 muestra al precepto como causa de exclusión de la responsabilidad.

Debe tenerse en cuenta que el conflicto entre el deber de denuncia y la solidaridad entre parientes disminuye la libertad de decisión del afectado, sin suprimirla. Pero como los esfuerzos serios del sujeto le muestran como una persona en principio fiel al Derecho, que no precisa de intervención preventivo especial, y como también la opinión pública (prescindiendo de los hechos gravísimos) es comprensiva con que alguien pueda no denunciar a su pariente, se puede renunciar a hacerle jurídico penalmente responsable.

2. El incesto entre menores de edad, § 173 III.

Según el § 173 III, no se castiga por incesto⁴¹ a los descendientes y a los hermanos “si en el momento del hecho no tenían aún dieciocho años”. Aquí se observa también fácilmente que la razón de la impunidad consiste en una disminución de la culpabilidad que se une a una falta de necesidad preventiva de punición.

La adolescencia, con sus trastornos propios de la pubertad, disminuye la capacidad de comprensión y de inhibición en cuestiones sexuales, sin excluirla por completo (de lo contrario el § 173 III sería superfluo). A ello se añade –anota Roxin– que la punición está francamente contraindicada desde la perspectiva de la prevención especial, porque habría de perjudicar de manera permanente el desarrollo del adolescente.

Tampoco desde el punto de vista de prevención general se requiere una sanción penal, porque los deslices juveniles en este terreno no incitan a los adultos a la imitación y, por otro lado, la opinión pública está dispuesta a ser indulgente con tales sucesos por ser debidos al desarrollo (¿?).

⁴⁰ Vid. MAURACH/SCHROEDER, BT/

⁴¹ Vid. ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, 1995, pp. 19 a 45 –caso del incesto–.

En cambio, el § 173 III se interpreta mayoritariamente en la literatura científica como *causa personal de exclusión de la punibilidad*. Pero esto sólo podría convencer si la exculpación estuviera limitada al caso de exclusión plena de la culpabilidad. Como sin embargo también en causas de exculpación reconocidas, como el § 35, confluyen elementos de prevención orientada conforme a los fines de la pena, no existe motivo alguno para ubicar el § 173 III en una categoría del delito fuera de la exclusión de la responsabilidad; el que se caracterice expresamente incluso al § 173 III como una *causa personal de exclusión de la punibilidad basada en consideraciones relativas a la culpabilidad sólo puede conducir a la confusión sistemática; pues no está claro en qué consistiría la peculiaridad que diferencia este caso de otras causas de exculpación*.

3. El favorecimiento personal o frustración de la pena en provecho de otro y a la vez para el propio sujeto, § 258 V.

Según el § 258 V no se castiga por favorecimiento personal o frustración de la pena a quien pretende evitar mediante el hecho simultáneamente una pena o medida dirigida contra él mismo. No se discute que la exención de pena se basa en una situación afín al estado de necesidad.

No se debe obligar al sujeto *a echarse a sí mismo la soga al cuello*; se equipara el tema a las motivaciones exculpatorias del § 35. Aunque se trata claramente de un caso de exclusión de la responsabilidad jurídico-penal⁴², se aprecia con carácter muy general una causa personal de exclusión de la punibilidad, subrayándose a menudo a este respecto que la misma “*tiene su fundamento en el terreno de la culpabilidad*” o “*tiene sus raíces en la culpabilidad*”. Sin embargo, queda sin aclarar cómo es que la ubicación en el “*terreno de la culpabilidad*” no daría como resultado una causa de exculpación, sino una causa de exclusión de la punibilidad.

⁴² Vid. SCHNEIDER, 1991, 160 ss., 382 ss., atribuye de manera convincente el privilegio del autofavorecimiento en este precepto (y en otros tipos más) a razones político-criminales de prevención general; a favor en cambio de la exclusión de la culpabilidad DREHER/TRÖNDLE, § 258, nm. 13.

4. El favorecimiento personal o frustración de la pena en provecho de un pariente, § 258 VI.

Según el § 258 VI está exento de pena quien comete el hecho en provecho de un pariente.

Aquí concurre la situación de conflicto interno que dificulta la motivación con la circunstancia de que *la imposición de una pena tampoco parece imprescindible desde la perspectiva de la prevención. Pues quien actúa obstaculizando o frustrando la pena sólo en provecho de un pariente no demuestra con ello una actitud en principio hostil al derecho, de modo que tanto desde puntos de vista de prevención especial como en atención a la opinión pública, se puede prescindir de la sanción jurídico penal*⁴³.

En cambio, mayoritariamente se aprecia, como en el caso del § 258 V, una causa personal de exclusión de la punibilidad, que sin embargo también aquí un sector doctrinal pone en conexión con el “*ámbito de la culpabilidad*”, mientras que el BGH, siguiendo al RG, ve en el antiguo precepto del § 257 II, correspondiente al § 258 VI, una causa personal de exclusión de la punibilidad “*que deja intactas tanto la antijuridicidad como la culpabilidad del sujeto*”⁴⁴.

I. El tratamiento dogmático en estos casos.

Si se considera que los casos expuestos son causa de exclusión de la responsabilidad, entonces su tratamiento dogmático también ha de seguir las reglas propias de esta categoría –reflexiona Roxin-.

La participación de quien no se halla en una situación excluyente de la responsabilidad es por tanto punible, y el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de la exclusión de la responsabilidad se ha de tratar por analogía con el § 35 II.

⁴³ Muy semejante el análisis de BLOY, 1976, 125 ss. A favor de la exclusión de la culpabilidad también JESCHECK ...

⁴⁴ BGHSt 9, 71 (74); a favor de una causa de exclusión de la punibilidad también BGHSt 14, 172 s.

Particularmente en la cuestión del error existen muchos puntos poco claros. Un sector doctrinal califica de decisiva la situación objetiva, y otro únicamente la representación subjetiva del sujeto. Todas estas hipótesis precisan de revisión. Proceden de una época en la que la posición sistemática de estos preceptos era aún poco clara y no había tenido aún lugar una regulación legal del error de exculpación. Roxin cita como ejemplo que cuando Rvβ caracteriza el § 258 VI como causa personal de exclusión de la punibilidad y a pesar de ello localiza su fundamento en el terreno de la culpabilidad, es contradictorio calificar de totalmente irrelevante el error aludiendo a la antigua jurisprudencia. Pues el no tener en cuenta de ninguna manera –afirma este autor- el error invencible sobre un elemento relevante para la culpabilidad atenta contra el principio de culpabilidad.

Cuando por otro lado Stree interpreta el mismo precepto exactamente de la misma manera, pero propugna tratar al modo de un error de tipo toda representación errónea, el mismo contradice la valoración legal que se expresa en el § 35 II. Sería totalmente incomprensible, sostiene Roxin, que alguien que en el caso del § 35 II por ejemplo toma a un extraño por un pariente sólo fuera exculpado en caso de invencibilidad del error, mientras que aquel que sufriera la misma representación errónea en el marco de los § 139 III 1 ó 258 VI quedara impune por muy grave que fuera su responsabilidad en la provocación del error.

5. El CP brasileño.

El Código Penal brasileño establece en el art. 61 las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal. Así, señala que son circunstancias que agravan la pena, siempre que no cualifiquen la infracción, cometer el delito contra ascendiente, descendiente, hermano o cónyuge -apartado e)-. Asimismo el apartado f) agrava el delito cuando se comete con abuso de autoridad, de relaciones domésticas, de cohabitación u hospitalidad.

En la parte especial, Título I rubricado “*Crímenes contra la persona*”, Capítulo I “*Delitos contra la vida*”, se tipifica en el art. 123 el infanticidio –matar al propio hijo durante el parto- que se castiga con una pena de dos a seis años.

El Capítulo II que lleva por Título “*De las lesiones corporales*”, regula en el art. 129 § 9º el delito de violencia doméstica⁴⁵ y viene a decir que si la lesión se practica contra ascendiente, descendiente, hermano, cónyuge o compañero con quien conviva o haya convivido, prevaliéndose el agente de las relaciones domésticas, de cohabitación o de hospitalidad, será castigado el autor con la pena de seis meses a un año.

El Capítulo III que se nomina “*De la puesta en peligro de la vida o salud*”, tipifica en el art. 133 el abandono de incapaz y en el § 3º- II aumenta la pena en un tercio si el agente es ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, tutor o curador de la víctima.

El art. 134 califica como delito la conducta de abandonar a recién nacido para ocultar la deshonra propia y se castiga con la pena de detención de seis meses a dos años.

Si del hecho resulta lesión corporal de naturaleza grave, la pena será de uno a tres años.

Si el resultado es de muerte la pena será de dos a seis años.

El Capítulo VI que lleva por Título “*De los crímenes contra la libertad individual*”, Sección I “*De los crímenes contra la libertad personal*”, regula en el art. 148 § 1º - I la conducta de privar a alguien de su libertad mediante secuestro y establece la pena de reclusión de dos a cinco años, si la víctima es ascendiente, descendiente, cónyuge o persona mayor de sesenta años.

El Título II “*De los crímenes contra el patrimonio*”, establece en el Capítulo VIII las disposiciones generales y señala en el art. 181 que está exento de pena quien cometa cualquiera de los delitos previstos en este Título en perjuicio:

I- Del cónyuge, con constancia de sociedad conyugal.

⁴⁵ Este precepto fue incluido por la Ley núm. 10886 de 17 junio 2004.

II- Del ascendiente o descendiente, sea parentesco legítimo o ilegítimo, sea civil o natural.

El art. 182 viene a decir que solamente se procede mediante representación y enumera los casos en los que se cometa alguno de los delitos previstos en este Título en perjuicio:

I- Del cónyuge judicialmente separado.

II- Del hermano legítimo o ilegítimo.

III- Del tío o sobrino con quien el agente cohabite.

El art. 183 establece que no se aplican las disposiciones establecidas en los artículos anteriores en los siguientes casos:

I- Si el crimen es de robo o extorsión, o, en general, cuando se haya empleado grave amenaza o violencia contra la persona.

II- Sea un extraño el que participa en el crimen.

III- Si el crimen se realiza contra persona de edad igual o superior a sesenta años.

En el Título VI “*De los crímenes contra las costumbres*”, Capítulo I “*De los crímenes contra la libertad sexual*”, el art. 216-A determina que quien obtenga favorecimiento sexual, prevaleciendo el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia, inherentes a su empleo, cargo o función, será castigado con la pena de detención de uno a dos años⁴⁶.

El Capítulo V del Título VI señala las disposiciones generales aplicables a los capítulos anteriores y determina en el art. 225 que los crímenes recogidos en los

⁴⁶ Precepto incluido por la Ley núm. 10224 de 15 mayo 2001.

capítulos precedentes se perseguirán a través de denuncia, no obstante, el § 1º declara que procede acción pública si el crimen se comete con abuso de patrio poder, o con cualidad de padrastro, tutor o curador.

El art. 226 tipifica que la pena se aumentará en la cuarta parte si el agente es ascendente, padre adoptivo, padrastro, hermano tutor o curador, preceptor de la víctima o tenga cualquier otro título de autoridad sobre la misma (apartado II).

Asimismo el apartado III de este mismo precepto incrementa la pena en la cuarta parte si el agente está casado.

El Título VII que se rubrica “*De los delitos contra la familia*”, Capítulo I “*De los crímenes contra el casamiento*”, recoge en el art. 235 § 1º el delito de bigamia. Así realiza el tipo aquel que no estando casado, contraiga matrimonio con persona casada y conozca esta circunstancia y será castigado con la pena de reclusión o detención de uno a tres años.

El art. 240 tipifica el adulterio⁴⁷ y se castiga con la pena de quince días a seis meses de detención. La pena no puede ser solicitada por el cónyuge “desquitado” o por el cónyuge que consiente el adulterio o lo perdona expresa o tácitamente.

⁴⁷ Para un estudio en profundidad sobre el adulterio vid. COBO DEL ROSAL, M., “El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal) en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1962, pp. 509 a 530. Vid. también AUSERE PÉREZ, A., “De la despenalización del adulterio” en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, Segunda Época-Volumen 26/1 (De la fundación, Vol. 36), 1978, Fascículo 60, enero-junio, Bilbao, pp. 1 a 14. Este autor señala cómo en la repulsa del adulterio que han hecho todas las legislaciones, siempre se ha sido más tolerante con la infidelidad masculina; bien es verdad que se castiga a ambos, pero no lo es menos que suele quedar impune la infidelidad ocasional del varón. Ya en el Código de Hammurabi se dice “*si se sorprende a la esposa de hombre acostada con otro, ambos serán arrojados al Eufrates*”, he aquí una prueba de que nada se dice del esposo infiel.

En la Lex Julia Adulteriis, promulgada en tiempo del emperador Octavio Augusto y comentada en el Digesto bizantino, la mujer adúltera no puede unirse en matrimonio con hombre libre. Aunque no se sanciona con la pena de muerte, existe un derecho a matar en el acto a los adúlteros sorprendidos, insistiendo, en que ello ha de ser inmediatamente “*de un solo golpe y con la misma ira*” (D. 48-5-24).

De otra parte, debe ser destacado que existen diferencias sustanciales en textos punitivos que siguen vigentes como por ejemplo el guatemalteco en los que se otorga un trato discriminatorio a la mujer. En este sentido, la mujer comete adulterio si yace una sola vez con varón, mientras que el marido, para que se castigue su conducta como concubinato, tiene que meter a la concubina dentro de la casa conyugal.

El Juez puede dejar de aplicar la pena si había cesado la vida en común entre los cónyuges o si el querellante había practicado cualquiera de los actos previstos en el art. 317 del Código Civil⁴⁸.

El Capítulo II rubricado “*De los crímenes contra el estado de la filiación*”, determina en el art. 242 que registrar como propio el hijo de otro, ocultar un recién nacido o sustituirlo, suprimiendo o alterando su derecho inherente al estado civil, se castiga con la pena de reclusión de dos a seis años⁴⁹.

El Capítulo III que lleva por título “*De los crímenes contra la asistencia familiar*”, preceptúa en el art. 244 que dejar, sin causa justa, de proveer subsistencia al cónyuge, al hijo menor de dieciocho años no apto para el trabajo, o a un ascendiente inválido o mayor de sesenta años, dejando de proporcionarles los recursos necesarios faltando al pago de la pensión alimenticia judicialmente acordada, o dejar, sin causa justa, de socorrer a un ascendiente o descendiente, gravemente enfermo⁵⁰, se castiga con la pena de detención de uno a cuatro años y multa de una a diez veces más del salario mínimo vigente en el país.

El art. 245 del Texto Punitivo brasileño viene a decir que entregar un hijo menor de dieciocho años a una persona en cuya compañía se sepa o se deba saber que el menor corre peligro moral o material⁵¹.

El art. 246 castiga la conducta de quien deja, sin justa causa, de proveer instrucción primaria al hijo en edad escolar con la pena de detención de quince días a un mes o multa.

El Título XI que se nomina “*De los crímenes contra la Administración Pública*”, Capítulo III “*De los crímenes contra la Administración de Justicia*”, establece en el art. 348 el favorecimiento personal. Así, este precepto tipifica la conducta de quien sustrae de la autoridad pública al autor de un crimen conminado con pena de reclusión. Sin

⁴⁸ Vid. Ley núm. 3071 de 1916.

⁴⁹ Vid. Ley núm. 6898 de 1981.

⁵⁰ Redacción dada por la Ley núm. 10741 de 2003.

⁵¹ Redacción dada por la Ley núm. 7251 de 1984.

embargo, está exento de pena –excusa absolutoria- si quien presta el auxilio es ascendiente, descendiente, cónyuge o hermano del criminal (§ 2º).

6. CP chileno.

El Código Penal chileno, Libro I, Título I rubricado “*De los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan*”, recoge en el art. 10.5 que están exentos de responsabilidad criminal el que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de sus parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive, de sus afines legítimos en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor.

El art. 11.4 determina que son circunstancias atenuantes la de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos⁵².

El apartado 5 del Título I que se nomina “*De las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal según la naturaleza y accidentes del delito*”, contiene en el art. 13 un precepto homónimo al art. 23 del CP español y reza como sigue:

Es circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes del delito: ser el agraviado cónyuge, pariente legítimo por consanguinidad o afinidad en

⁵² Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., Barcelona, 1973, pp. 187 a 206. El autor analiza en profundidad la atenuante de vindicación de ofensa y estima que la determinación de la naturaleza y fundamentación de la atenuante requiere una glosa, a saber, en primer lugar, insiste en la menor culpabilidad en contraposición a otras interpretaciones. En segundo lugar, precisa las consideraciones legales que conceden efectos atenuantes a un móvil, el de la venganza, moralmente desaprobado.

toda la línea y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, padre o hijo natural o ilegítimo reconocido del ofensor.

Como puede observarse el art. 13 del Texto Punitivo chileno alude a la naturaleza y accidentes –efectos- del delito pero no menciona los motivos.

El Título II rubricado “*De las personas responsables de los delitos*”, determina en el art. 17 in fine que están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1 de este artículo⁵³.

El art. 52 viene a decir que a los autores de tentativa de crimen o simple delito, a los cómplices de crimen o simple delito frustrado y a los encubridores de crimen o simple delito consumado, se impondrá la pena inferior en dos grados a la que señala la ley para el crimen o simple delito.

Asimismo, el art. 52 in fine exceptúa los encubridores comprendidos en el número 4 del art. 17, a quienes se aplicará la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados.

El art. 64 habla de la comunicabilidad y determina que las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren.

El Libro II que lleva por Título “*Crímenes y simples delitos y sus penas*”, Título III “*De los crímenes y simples delitos que afectan los derechos garantidos por la*

⁵³ El apartado 1 del art. 17 establece que son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1. Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

Constitución”, apartado 3 “*Crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad, cometidos por particulares*”, viene a decir en el art. 146 que el que abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad, sufrirá la pena de reclusión menor en su grado medio si divulgare o se aprovechare de los secretos que ellos contienen, y en el caso contrario la de reclusión menor en su grado mínimo.

Esta disposición no es aplicable entre cónyuges, ni a los padres, guardadores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles o cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

El Título V del Libro II que se nomina “*De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos*”, apartado 6 “*Fraudes y exacciones ilegales*”, proclama en el párrafo 3º del art. 240 que las mismas penas se impondrán a las personas relacionadas en este artículo, si en el negocio u operación confiados a su cargo dieren interés a su cónyuge, a alguno de sus ascendientes o descendientes legítimos por consanguinidad o afinidad, a sus colaterales legítimos, por consanguinidad por tercer grado inclusive y por afinidad hasta el segundo también inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, o a personas ligadas a él por adopción.

El apartado 9 del Título V del Libro II tipifica el cohecho y determina que en los casos en que el delito previsto en el artículo anterior tuviere por objeto la realización u omisión de una actuación de las señaladas en los arts. 248 ó 248 bis⁵⁴ que mediare en causa criminal a favor del procesado, y fuere cometido por su cónyuge, por alguno de

⁵⁴ El art. 248 establece que el empleado público que solicitare o aceptare recibir mayores derechos de los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo en razón del cual no le están señalados derechos, será sancionado con suspensión en cualquiera de sus grados y multa de la mitad al tanto de los derechos o del beneficio solicitados o aceptados.

El art. 248 bis dispone que el empleado público que solicitare o aceptare recibir un beneficio económico para sí o un tercero para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, será sancionado con la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, y además, con la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargos u oficios públicos temporales en cualquiera de sus grados y multa del tanto al duplo del provecho solicitado o aceptado.

Si la infracción al deber del cargo consistiere en ejercer influencia en otro empleado público con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado, se impondrá la pena de inhabilitación especial o absoluta para cargo u oficio público perpetuas, además de las penas de reclusión y multa establecidas en el inciso precedente.

sus ascendientes o descendientes consanguíneos o afines, por un colateral consanguíneo o afín hasta el segundo grado inclusive, o por persona ligada a él por adopción, sólo se impondrá al responsable la multa que corresponda conforme las disposiciones antes mencionadas.

El apartado 11 “*Denegación de auxilio y abandono de destino*”, del Título V del Libro II viene a decir en el art. 259 que el empleado que “solicitar” a persona sujeta a su guarda por razón de su cargo, sufrirá la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio.

Si la persona “solicitada” fuere cónyuge, conviviente, descendiente, ascendiente o colateral hasta el segundo grado de quien estuviere bajo la guarda del solicitante, las penas serán reclusión menor en sus grados medio a máximo e inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

El Título VI que lleva por rúbrica “*De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares*”, apartado 8 “*De las infracciones de las leyes y reglamentos relativos a las armas prohibidas*”, determina en el art. 295 bis que se aplicarán las penas de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo al que, habiendo tenido noticias verosímiles de los planes o de las actividades desarrolladas por uno o más miembros de una asociación ilícita, omite ponerlas oportunamente en conocimiento de la autoridad.

Quedará exento de las penas a que se refiere este artículo el cónyuge, los parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, y el padre, hijo natural o ilegítimo de alguno de los miembros de la asociación. Esta exención no se aplicará si se hubiere incurrido en la omisión, para facilitar los integrantes de la asociación el aprovechamiento de los efectos del crimen o simple delito.

El apartado 11 “*De las amenazas de atentado contra las personas y propiedades*”, Título VI, castiga en el art. 296 al que amenazare seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que

constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho.

Para los efectos de este artículo se entiende por familia el cónyuge, los parientes en la línea recta de consanguinidad o afinidad legítima, los padres e hijos naturales y la descendente legítima de estos, los hijos ilegítimos reconocidos y los colaterales hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad legítimas.

El Título VII que reza “*Crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública*”, apartado 2 “*Abandono de niños y personas desvalidas*”, señala en el art. 347 que si el abandono se hiciera por los padres legítimos o ilegítimos o por persona que tuvieren al niño bajo su cuidado, la pena será presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiera casa de expósitos, y presidio menor en su grado medio en los demás casos.

El art. 348 establece que si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere alguna de las personas comprendidas en el artículo anterior, y la de presidio menor en su grado máximo en el caso contrario.

A tenor de lo dispuesto en el art. 350, la pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el que abandona es alguno de los relacionados en el art. 347.

El art. 352 tipifica el abandono de cónyuge, ascendiente, descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufriere lesiones graves o muriere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo.

El art. 354 –apartado 3 que regula los crímenes y simples delitos contra el estado civil de las personas-, determina que el que usurpare el estado civil de otro, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se impondrán al que sustrajere, ocultare o expusiere a un hijo legítimo o ilegítimo con ánimo verdadero o presunto de hacerle perder su estado civil.

El art. 355 viene a decir que el que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare, reclamándolo sus padres, guardadores o la autoridad, a petición de sus demás parientes o de oficio, ni diere explicaciones satisfactorias acerca de su desaparición, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio.

El art. 356 preceptúa que el que teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de diez años, lo entregare a un establecimiento público o a otra persona, sin la anuencia de la que se lo hubiere confiado o de la autoridad en su defecto, y de ello resultare perjuicio grave, será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

A tenor de lo dispuesto en el art. 357 el que indujere a un menor de edad, pero mayor de diez años, a que abandone la casa de sus padres, guardadores o encargados de su persona, sufrirá las penas de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

El apartado 6 del Título VII que se dedica a la regulación del estupro y otros delitos sexuales, señala en el art. 363 que será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de doce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

1º. Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aún transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno.

2º. Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia o cuidado, o tiene con ella una relación laboral.

3º. Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima.

4°. Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.

El art. 367 bis apartado 4 determina que el que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

No obstante, se impondrán las penas señaladas en el artículo anterior en los siguientes casos:

4. Si el autor fuere ascendiente, descendiente, marido, hermano, tutor, curador o encargado de la educación de la víctima.

El art. 368 viene a decir que si los delitos previstos en los dos párrafos anteriores hubieran sido cometidos por autoridad pública, ministro de un culto religioso, guardador, maestro, empleado o encargado por cualquier título o causa de la educación, guarda, curación o cuidado del ofendido, se impondrá al responsable la pena señalada al delito con exclusión de su grado mínimo, si ella consta de dos o más grados, o de su mitad inferior, si la pena es un grado de una indivisible.

Se exceptúan los casos en que el delito sea de aquellos que la ley describe y pena expresando las circunstancias de usarse fuerza o intimidación, abusarse de una relación de dependencia de la víctima o abusarse de autoridad o confianza.

El art. 369 manifiesta que no puede procederse por causa de los delitos previstos en los arts. 361 ó 366 quater, sin que se haya denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía por la persona ofendida, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien la tuviere bajo su cuidado. Si la persona ofendida, a causa de su edad o estado mental, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos, guardadores o persona encargada de su cuidado, o si, teniéndolos, estuvieren imposibilitados o implicados en el delito, la denuncia podrá ser efectuada por los educadores, médicos u otras personas que tomen conocimiento del hecho en razón de su

actividad, o podrá procederse de oficio por el ministerio público, quien estará facultado también para deducir las acciones civiles a que se refiere el art. 370.

En caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en el art. 361 y 366.1⁵⁵ en contra de aquel con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1ª. Si sólo concurriere alguna de las circunstancias de los numerandos 2º ó 3º del art. 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2ª. Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.

Como puede observarse el Código Penal chileno da un trato privilegiado cuando la violación se comete en el matrimonio o por persona conviviente con la víctima.

Desde nuestra perspectiva debemos ser críticos con esta previsión, pues el hecho criminal, esto es, la violación, resulta más reprochable cuando se comete contra una persona con la que, en definitiva, se comparte un proyecto de vida en común, y esto es así, porque en base al vínculo conyugal se traiciona el principio de confianza y solidaridad que debe regir este tipo de relaciones, además el autor se prevale de su relación con la víctima y de su conocimiento de la misma para ejecutar la conducta, ahí reside la mayor vileza de su comportamiento, por lo que a los ojos del derecho penal debe ser más culpable la conducta de quien actúa agrediendo sexualmente a su cónyuge

⁵⁵ El art. 361 tipifica la violación y dispone que será castigada con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado medio. Comete violación el que accede carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona mayor de doce años, en alguno de los casos siguientes:

1º. Cuando se use fuerza o intimidación.

2º. Cuando la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia.

3º. Cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima.

Asimismo, el art. 366.1 preceptúa que el que abusivamente realizare una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años, será castigado:

1º. Con reclusión menor en cualquiera de sus grados, cuando el abuso consistiere en la concurrencia de alguna de las circunstancias enumeradas en el art. 361.

o pareja de hecho que si de un extraño se tratare. Aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina, insistimos, que desde la sede de este trabajo de investigación no puede despreciarse ese plus de culpabilidad a la hora de aplicar la sanción penal y de valorar la conducta delictiva.

El art. 370 bis establece que el que fuere condenado por alguno de los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores cometido en la persona de un menor del que sea pariente, quedará privado de la patria potestad si la tuviere o inhabilitado para obtenerla si no la tuviere y, además, de todos los derechos que por el ministerio de la ley se le confieren respecto de la persona y bienes del ofendido, de sus ascendientes y descendientes. El juez así lo declarará en la sentencia, decretará la emancipación del menor si correspondiere, y ordenará dejar constancia de ello mediante subinscripción practicada al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

El pariente condenado conservará, en cambio, todas las obligaciones legales cuyo cumplimiento vaya en beneficio de la víctima o de sus descendientes.

El art. 371 dispone que los ascendientes, guardadores, maestros y cualesquiera personas que con abuso de autoridad o encargo, cooperan como cómplices a la perpetración de los delitos comprendidos en los dos párrafos precedentes, serán penados como autores.

Los maestros o encargados de la educación o dirección de la juventud, serán además condenados a inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio.

El art. 372 pone de manifiesto que los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros condenados por la comisión de los delitos previstos en los dos párrafos precedentes en contra de un menor de edad, serán también condenados a las penas de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oídos como parientes en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad por el tiempo que el tribunal determine.

El apartado 9 “*Del incesto*” del Título VII, viene a decir en el art. 375 que, el que conociendo las relaciones que lo ligan, cometiere incesto con un ascendiente o

descendiente por consanguinidad o con un hermano consanguíneo, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio.

El apartado 10 que se nomina “*Celebración de matrimonios ilegales*”, del Título VII condena en el art. 386 a la viuda que se case antes de los doscientos setenta días desde la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiere quedado encinta. Incurrirá en las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

En las mismas penas incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si se casare antes de su alumbramiento habiendo quedado encinta, o antes de los doscientos setenta días, contados desde la fecha de su separación legal.

En los casos de este artículo deberá aplicarse lo que dispone el 128 del Código Civil en su inciso segundo.

Llama la atención que solamente se tipifique la conducta de la viuda –mujer- y no se diga nada respecto a la del viudo –hombre-. Esta reminiscencia histórica machista y discriminatoria debería desaparecer del Texto Punitivo chileno.

El art. 387 señala que, el guardador que, en contravención a lo que dispone el Código Civil, antes de la aprobación legal de sus cuentas, contrajere matrimonio o prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos o descendientes con la persona que tuviere o hubiere tenido en guarda, será castigado con reclusión menor en su grado medio y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

El Título VIII del Libro II que lleva por rúbrica “*Crímenes y simples delitos contra las personas*”, tipifica en el art. 390 el delito de homicidio y reza como sigue: el que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge, será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo.

El apartado 2 del Título VIII regula el infanticidio y determina en el art. 394 que cometen infanticidio en padre, la madre o los demás ascendientes legítimos o ilegítimos que dentro de las cuarenta y ocho horas después del parto, matan al hijo o descendiente, y serán penados con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.

El apartado 3 del Título VIII “*De las lesiones corporales*”, viene a decir en el art. 400 que si los hechos a que se refieren los anteriores artículos de este párrafo se ejecutaren contra alguna de las personas que menciona el 390, o con cualquiera de las circunstancias segunda, tercera y cuarta del número 1 del 391⁵⁶ las penas se aumentarán en un grado.

El apartado 8 “*Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores*” del Título VIII preceptúa en el art. 424 que podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria el cónyuge, los hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos, los hijos y padres naturales y el heredero del difunto agraviado.

El Título IX que reza “*Crímenes y simples delitos contra la propiedad*”, regula en el apartado 11 las disposiciones generales y establece en el art. 489 una excusa absolutoria. En este sentido señala que están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los parientes consanguíneos legítimos en toda la línea recta.
2. Los parientes consanguíneos legítimos hasta el segundo grado inclusive de la línea colateral.
3. Los parientes afines legítimos en toda la línea recta.
4. Los padres y los hijos naturales.

⁵⁶ Estas circunstancias recogen lo siguiente: premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno y con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor al ofendido (circunstancia segunda, tercera y cuarta respectivamente).

5. Los cónyuges.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito.

El Libro III, Título I, regula las faltas. El art. 495.6 castiga con multa de una unidad tributaria mensual al cónyuge que escandalizare con sus disensiones domésticas después de haber sido amonestado por la autoridad.

7. El CP Federal mejicano.

El Título II, Libro I, Capítulo V que regula la “*Sanción Pecuniaria*”, establece en el art. 30 bis que tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: 1º. El ofendido; 2º. En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge supérstite o el concubinario o la concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento.

El art. 32 preceptúa que están obligados a reparar el daño en los términos del art. 29:

I.- Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II.- Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso, cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause.

El Libro II, Título IV “*Delitos contra la Seguridad Pública*”, Capítulo I “*Evasión de presos*”, dispone en el art. 151 que el artículo anterior⁵⁷ no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas.

El Título VIII del Libro II que lleva por rúbrica “*Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres*”, Capítulo II “*Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil y prostitución sexual de menores*”, viene a decir en el art. 202 que queda prohibido emplear a menores de dieciocho años en cantinas, tabernas y centros de vicio. La contravención a esta disposición se castigará con prisión de tres días a un año, multa de veinticinco a quinientos pesos y, además, con cierre definitivo del establecimiento en caso de reincidencia. Incurrirán en la misma pena los padres o tutores que acepten que sus hijos o menores, respectivamente, bajo su guarda, se empleen en los referidos establecimientos.

El art. 203 señala que las sanciones contenidas en los artículos anteriores se duplicarán cuando el delincuente tenga parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o habite en el mismo domicilio con la víctima, aunque no existiera parentesco alguno, así como por el tutor o curador; asimismo perderá la patria potestad respecto de todos sus descendientes, el derecho a alimentos que le correspondieran por su relación con la víctima y el derecho que pudiera tener respecto a los bienes de ésta.

Cuando el delito sea cometido por un miembro o miembros de la delincuencia organizada se aplicará, la pena de diez a quince años de prisión y de mil a cinco mil días de multa.

El art. 204 determina que los delincuentes de que se trata en este capítulo quedarán inhabilitados para ser tutores y curadores.

⁵⁷ Este precepto castiga con la pena de seis meses a nueve años de prisión al que favoreciere la evasión de algún detenido, procesado o condenado. Si el detenido o procesado estuviese inculcado por delito o delitos contra la salud, a la persona que favoreciere su evasión se le impondrán de siete a quince años de prisión, o bien, tratándose de la evasión de un condenado, se aumentarán hasta veinte años de prisión.

El Título X que lleva por título “*Delitos cometidos por servidores públicos*”, Capítulo VIII “*Ejercicio abusivo de funciones*”, manifiesta en el art. 220 que comete el delito de ejercicio abusivo de funciones:

I.- El servidor público que en el desempeño, de su empleo, cargo o comisión, indebidamente otorgue por sí o por interpósita persona, contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones, efectúe compras o ventas o realice cualquier acto jurídico que produzca beneficios económicos al propio servidor público, a su cónyuge, descendientes o ascendientes, parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado a cualquier tercero con el que tenga vínculos afectivos, económicos o de dependencia administrativa directa, socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte.

II.- El servidor público que valiéndose de la información que posea por razón de su empleo, cargo o comisión, sea o no materia de sus funciones, y que no sea del conocimiento público, haga por sí, o por interpósita persona, inversiones, enajenaciones o adquisiciones, o cualquier otro acto que le produzca algún beneficio económico indebido al servidor público o a alguna de las personas mencionadas en la primera fracción.

El Título XI “*Delitos cometidos contra la administración de justicia*”, Capítulo I “*Delitos cometidos por los servidores públicos*”, establece en el art. 225 apartado XXV que son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos nombrar síndico o interventor en un concurso o quiebra, a una persona que sea deudor, pariente o que haya sido abogado del fallido, o persona que tenga con el funcionario relación de parentesco, estrecha amistad o esté ligada con él por negocios de interés común.

El Título XIV “*Delitos contra la Economía Pública*”, Capítulo III “*Juegos prohibidos*”, estipula que al que con fines lascivos asedie reiteradamente a persona de cualquier sexo, valiéndose de su posición jerárquica derivada de sus relaciones laborales, docentes, domésticas o cualquiera otra que implique subordinación, se le impondrá sanción hasta de cuarenta días de multa. Si el hostigador fuese servidor

público y utilizare los medios o circunstancias que el cargo le proporcione, se le destituirá de su cargo.

El Título XV que se nomina “*Delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual*”, Capítulo I “*Hostigamiento sexual, abuso sexual, estupro y violación*”, preceptúa en el art. 265 bis que si la víctima de la violación fuera la esposa o concubina, se impondrá la pena prevista en el artículo anterior. Este delito se perseguirá por querrela de parte ofendida.

El art. 266 bis determina que las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

II.- El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquel, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo, o por el padrastro o amasio de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima.

IV.- El delito fuere cometido por la persona que tiene al ofendido bajo su custodia, guarda o educación o aproveche la confianza en él depositada.

El Capítulo III del Título XV se dedica a la regulación del incesto. Así, el art. 272 señala que se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión. Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

El Capítulo IV del Título XV se dedica al adulterio. En este sentido el art. 274 viene a decir que no se podrá proceder contra los adúlteros sino a petición del cónyuge ofendido, pero cuando éste formule su querrela contra uno solo de los culpables, se procederá contra los dos y los que aparezcan como codeincuentes.

Esto se entiende en el caso de que los dos adúlteros vivan, están presentes y se hallen sujetos a la acción de la justicia del país.

El art. 276 preceptúa que cuando el ofendido perdona a su cónyuge, cesará todo procedimiento si no se ha dictado sentencia, y si ésta se ha dictado, no producirá efecto alguno. Esta disposición favorecerá a todos los responsables.

El Título XVI “*Delitos contra el estado civil y bigamia*” establece en el art. 277 apartado III que se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en algunas de las infracciones siguientes: a los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas.

El art. 279 castiga con la pena de prisión de hasta cinco años o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto ni declarado nulo, contraiga otro matrimonio con las formalidades legales.

El Título XVII rubricado “*Delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones*”, Capítulo Único “*Violación de las leyes sobre inhumaciones y exhumaciones*”, señala en el art. 280 apartado II párrafo 2º que se impondrá prisión de tres días a dos años o de treinta a noventa días multa: al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esa circunstancia.

En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio.

El Título XVIII “*Delitos contra la paz y seguridad de las personas*”, Capítulo I “*Amenazas*”, determina en el art. 282 apartado II párrafo 2º que se aplicará sanción de tres días a un año de prisión o de ciento ochenta a trescientos sesenta días multa al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

Si el ofendido fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo.

En el Título XIX rubricado “*Delitos contra la vida y la integridad corporal*”, en su Capítulo I “*Lesiones*”, el art. 295 manifiesta que al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondientes a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

El art. 300 viene a decir que si la víctima fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habiten en el mismo domicilio, se aumentará la pena que corresponda hasta en una tercera parte en su mínimo y en su máximo, con arreglo a los artículos que preceden, salvo que también se tipifique el delito de violencia familiar.

El Capítulo III que se nomina “*Reglas comunes para lesiones y homicidio*”, Título XIX, preceptúa en el art. 321 bis que no se procederá contra quien culposamente ocasione lesiones u homicidios en agravio de un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubino, adoptante o adoptado, salvo que el autor se encuentre bajo el efecto de bebidas embriagantes, de estupefacientes o psicotrópicos, sin que medie prescripción médica, o bien que no auxiliare a la víctima.

El Código Penal Federal mejicano dedica el Capítulo IV del Título XIX al “*Homicidio en razón del parentesco o relación*”. De esta forma el art. 323 –pues este capítulo sólo contiene un precepto ya que el art. 324 ha sido derogado- tipifica la acción de privar de la vida a un ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimiento de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará a la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

El art. 327 manifiesta que se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

I.- Que no tenga mala fama;

II.- Que haya ocultado su embarazo;

III.- Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el Registro Civil, y

IV.- Que el infante no sea legítimo.

El Capítulo VII que lleva por título “*Abandono de personas*”, señala en el art. 336 que al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión, o de ciento ochenta a trescientos sesenta días de multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado.

El art. 337 determina que el delito de abandono de cónyuge se perseguirá a petición de la parte agraviada. El delito de abandono de hijos se perseguirá de oficio y, cuando proceda, el Ministerio Público promoverá la designación de un tutor especial que represente a las víctimas del delito, ante el Juez de la causa, quien tendrá facultades para designarlo. Tratándose del delito de abandono de hijos, se declarará extinguida la acción penal, oyendo previamente la autoridad judicial al representante de los menores, cuando el procesado cubra los alimentos vencidos, y otorgue garantía suficiente a juicio del Juez para la subsistencia de los hijos.

El art. 338 declara que para que el perdón concedido por el cónyuge ofendido pueda producir la libertad del acusado, deberá éste pagar todas las cantidades que hubiere dejado de suministrar por concepto de alimentos y dar fianza a otra caución de que en lo sucesivo pagará la cantidad que le corresponda.

A tenor de lo dispuesto en el art. 343 los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.

El Capítulo VIII del Título XIX se dedica a regular la violencia familiar. Así, el art. 343 bis viene a decir que por violencia familiar se considera el uso de la fuerza física o moral así como la omisión grave, que de manera reiterada se ejerce contra un miembro de la familia por otro integrante de la misma contra su integridad física, psíquica o ambas, independientemente de que pueda producir o no lesiones.

Comete el delito de violencia familiar el cónyuge, concubina o concubinario; pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado, adoptante o adoptado, que habite en la misma casa de la víctima.

A quien comete el delito de violencia familiar se le impondrán prisión de seis meses a cuatro años y perderá el derecho de pensión alimenticia. Asimismo se le “sujetará” a tratamiento psicológico especializado.

Este delito se perseguirá por querrela de la parte ofendida, salvo que la víctima sea menor de edad o incapaz, en que se perseguirá de oficio.

El art. 343 ter preceptúa que se equipara a la violencia familiar y se sancionará con seis meses a cuatro años de prisión al que realice cualquiera de los actos señalados en el artículo anterior en contra de la persona con la que se encuentre unida fuera del matrimonio; de los parientes por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado de esa persona, o de cualquier otra persona que esté sujeta a la custodia, guarda, protección, educación, instrucción o cuidado de dicha persona, siempre y cuando el agresor y el agredido habiten en la misma casa.

El Título XX “*Delitos contra el honor*”, Capítulo II “*Injurias y difamación*”, determina en el art. 350 que el delito de difamación⁵⁸ castigará con prisión hasta de dos años o multa de cincuenta a trescientos pesos, o ambas sanciones a juicio del juez.

Si el ofendido fuere alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 343 bis y 343 ter, en este último caso siempre y cuando habite en el mismo domicilio con la víctima, la pena se aumentará en un tercio.

El art.352 señala que no se aplicará sanción alguna como reo de difamación ni de injuria:

II.- Al que manifestare su juicio sobre la capacidad, instrucción, aptitud o conducta de otro, si probare que obró en cumplimiento de un deber o por interés público, o que con la debida reserva lo hizo por humanidad, por prestar un servicio a persona con quien tenga parentesco o amistad, o dando informes que se hubieren pedido, si no lo hiciere a sabiendas calumniosamente.

El Capítulo IV del Título XX se dedica a establecer las disposiciones comunes a los capítulos precedentes. De esta forma el art. 360 manifiesta que no se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes:

I.- Si el ofendido ha muerto y la injuria, la difamación o la calumnia fueren posteriores a su fallecimiento, sólo se podrá proceder en virtud de queja del cónyuge, de los ascendientes, de los descendientes o de los hermanos.

El Título XXI que lleva por rúbrica “*Privación ilegal de la libertad y de otras garantías*”, Capítulo Único, preceptúa en el art. 366 ter que comete el delito de tráfico de menores, quien traslade a un menor de dieciséis años de edad o lo entregue a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor.

⁵⁸ La difamación consiste, a tenor de lo dispuesto en el Texto Punitivo mejicano, en comunicar dolosamente a una o más personas, la imputación que se hace a otra persona física, o persona moral en los casos previstos por la ley, de un hecho cierto o falso, determinado, o indeterminado, que pueda causarle deshonor, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien.

Cometen el delito a que se refiere el párrafo anterior:

I.- Quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor, aunque no haya sido declarada, cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o por haber otorgado su consentimiento para ello;

II.- Los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor.

El art. 366 quater declara que las penas a que se refiere el artículo anterior se reducirán en una mitad cuando –entre otros supuestos- el padre o madre de un menor de dieciséis años de manera ilícita o sin el consentimiento de quien o quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor, sin el propósito de obtener un lucro indebido, lo trasladen fueran del territorio nacional con el fin de cambiar su residencia habitual o impedir a la madre o padre, según sea el caso, convivir con el menor o visitarlo.

El Título XXII “*Delitos en contra de las personas en su patrimonio*”, Capítulo VI “*Daño en propiedad ajena*”, pone de manifiesto en el art. 399 bis que los delitos previstos en este título se perseguirán por querrela de la parte ofendida cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad asimismo hasta el segundo grado. Igualmente se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos a que se refiere el párrafo anterior. Si se cometiere algún otro hecho que por sí solo constituya un delito, se aplicará la sanción que para éste señala la ley.

El Título XXIII “*Encubrimiento y operaciones con recursos de procedencia ilícita*”, Capítulo I “*Encubrimiento*”, castiga el encubrimiento en el art. 400 con la pena de prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa.

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;

b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y

c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

PARTE SEGUNDA: LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

CAPÍTULO I: FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO

I. Introducción.

Abordamos este capítulo comenzando con el análisis de la diferente y opuesta relevancia que el parentesco tiene en el Derecho Penal español. Asimismo, estudiaremos la importancia del conjunto de derechos y deberes jurídicos, éticos y morales que emanan de la relación parental, conyugal y análoga de afectividad y la transgresión del principio de confianza propio de este tipo de relaciones.

De otro lado, pasaremos lista a las diversas teorías que se acercan al fundamento de la circunstancia agrupándolas, de un lado, en aquellas que sitúan el fundamento de la misma en el incremento o disminución del desvalor de la conducta, y de otro, en aquellas que gravitan entorno a la mayor o menor culpabilidad del autor.

Por último expondremos cuál es nuestra postura en lo que al fundamento concierne y revisaremos las distintas posturas que explican la comunicabilidad de la circunstancia tomando como paradigma el antiguo delito de parricidio.

II. La diferente y opuesta relevancia que el parentesco tiene en el Derecho penal español y su proyección en un Derecho penal fundado en la culpabilidad

Para Mestre Delgado⁵⁹ este carácter dual, o ambivalente, de la circunstancia de parentesco se recogía expresamente en el art. 11 del ACP. Así, la existencia de los mismos lazos de parentesco o matrimonio (o relaciones de afectividad análogas a las conyugales) entre el agresor y la víctima de un delito puede suponer, en unos casos, una mayor reprochabilidad de la conducta (o una mayor culpabilidad del agente, como en otras ocasiones sostiene la jurisprudencia) y, en otras, un menor desvalor. Para determinar, en cada caso concreto, cuál sea la eficacia de esta circunstancia mixta no existen reglas fijas...no obstante, el marco de referencia en todos los supuestos es el

⁵⁹ Vid. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante...*, op. cit., Madrid, 1995, p...

mismo: *el ámbito de derechos y obligaciones que surgen de la relación familiar (o de la afectiva asimilada a la conyugal)*...Puede intuirse –sigue Mestre- que un delito cometido entre familiares es más reprochable que el mismo delito cometido entre extraños *cuando el hecho mismo de su comisión refleja que su autor actúa infringiendo esos deberes y afectos propios de la relación de parentesco y que debían haberle impedido la realización del hecho desaprobado*. De igual modo es posible concluir que un delito es menos reprochable que el mismo delito cometido entre extraños *si el elenco de derechos que también vertebran esa relación parental o matrimonial (o afectiva asimilada) propician la comisión del hecho o relajan el vigor de los mandatos que lo impiden*. En este sentido se pronuncia la STS de 4 de junio 2001 al afirmar que la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como *atenuante o agravante* atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que *un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima*⁶⁰.

Para Ganzenmüller Roig⁶¹ la naturaleza mixta del artículo 23 deriva de la diferente y opuesta relevancia penal que el parentesco ha tenido y tiene en el Derecho español, en el que cumple funciones de excusa absolutoria –actual artículo 268 CP- y normalmente tendrá carácter agravatorio en los delitos contra la vida, integridad personal, y en otras ocasiones atenuatorias –como en las antiguas figuras del infanticidio o lesiones causadas para eximirse del Servicio Militar y ciertos casos de donaciones mínimas de sustancias estupefacientes-.

⁶⁰ Vid. STS de 4 de junio 2001, núm. 1025/2001. [RJ 2001/5614]. Asimismo la STS de 31 enero 1981, manifiesta que el fundamento de la agravante es el “intento de destrucción de la relación de parentesco”, o la STS de 10 marzo 1982, en la que se defiende que el fundamento subjetivo de la circunstancia mixta es la influencia del parentesco en el ánimo del autor del delito.

⁶¹ Vid. GANZENMÜLLER ROIG, C., SOTO NIETO, F., HERRÁIZ PAGES, J., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente responsables. Comentario de los artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995*, Barcelona, 2000, pp. 255 a 268.

Su fundamento⁶² está en la consideración del diverso y a veces opuesto alcance que la relación de parentesco lleva a las personas entre quienes concurre a comportarse de modo diferente que en relación entre quienes no concurre, lo que en un Derecho Penal basado en la culpabilidad puede suponer un plus o una disminución del reproche que deba tener un eco en la determinación de la pena a través de un correcto mecanismo de individualización. Por ello el parentesco no tiene una función unívoca como se reconoce en el vigente artículo 23 del Código Penal que principia por la frase “*es circunstancia que puede atenuar o agravar...*” lo que constituye un explícito reconocimiento de la diversa función que el parentesco tiene en relación con el concreto delito en que concurra, cuestión que queda reservada a la doctrina jurisprudencial ante la inexistencia de una enumeración legal de supuestos, y es precisamente en base a los pronunciamientos jurisprudenciales que puede afirmarse en clave de generalidad, y dejando a salvo situaciones concretas que más adelante matizaremos, que el parentesco suele operar como circunstancia agravante en los delitos contra la vida e integridad, y que por el contrario, actúa como circunstancia atenuante en los delitos contra el patrimonio.

Se discute la naturaleza dogmática de la circunstancia de parentesco y, en concreto, si afecta al injusto penal o a la culpabilidad. Para Mir si puede agravar la pena ya se comprende que, según el planteamiento dogmático que defiende, no puede afectar a la culpabilidad. Y, ciertamente, no modifica ni la imputabilidad ni la normal exigibilidad de la conducta. Las expectativas sociales pueden conferir al hecho una mayor o menor gravedad⁶³. Ello afecta al grado del injusto penal (en su parte objetiva – “naturaleza” y “efectos” del delito- y en su parte subjetiva – “motivos” del delito-), y no a su posibilidad de atribución al sujeto (culpabilidad). Para que el parentesco pueda tenerse en cuenta, el TS requiere *que de hecho no haya perdido su significado de vinculación*. Así, la Sentencia de 23 abril 1970 rechaza la circunstancia cuando, por concurrir “*profunda enemistad y odio mutuo*”, “*no puede hablarse de vínculos de parentesco entre los protagonistas, puesto que había cesado toda relación familiar y se*

⁶² El autor reseña como Cobo del Rosal y Rodríguez Mourullo, estimaban que el fundamento mismo de la agravación de la pena en los delitos contra la integridad física no era otro que el reproche ético y personal que cabía hacer a quien mataba o intervenía en la muerte de un pariente, factor y condición que no es trasladable a un extraño.

⁶³ Vid. CÓRDOBA RODA, J., “El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal” en *ADPCP*, 1967, p. 175.

conducían como extraños”. Ello sucederá, a fortiori cuando el agente desconozca la relación de parentesco, por lo que es preciso el conocimiento de dicha relación . La necesidad de la existencia de una efectiva vinculación entre los parientes viene a confirmarse por la nueva redacción del artículo 11 cuando habla de la “*análoga relación de afectividad*”.

La reciente STS de 6 febrero 2004, sobre unos hechos que describen la agresión recíproca entre padre e hijo, señala con gran claridad que “*la circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del Código Penal está fundado en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar como circunstancia de atenuación. En general, los supuestos de aplicación de los que conoce esta Sala se refieren a agresiones en el marco de una relación conyugal o de pareja de hecho –SSTS 689/2001 de 27 de Abril, 1986/2000, 907/2003 de 6 de Marzo de 2003, 1165/2002 de 17 de Junio y 556/2002 de 20 de Marzo, entre otras-, pero también se han presentado supuestos de agresión entre hermanos u otros parientes –SSTS 1025/2001 de 4 de Junio, 1556/2001 de 10 de Septiembre y 971/2001 de 28 de Mayo-. Es en estos casos donde debe efectuarse una aplicación más cuidada de esta agravante evitando un planteamiento automático de suerte que la vigencia de la agravante será –debe ser- la consecuencia de la relevancia que la misma ha tenido en relación al delito cometido. Existe al respecto una antigua jurisprudencia... que ya declaró que cuando la víctima hubiese provocado el delito, no debe aplicársele tal agravante al agresor aunque se dé entre ambos la relación parental, la STS 1433/94 de 12 de Julio declara que... la aplicación del art. 11 –actual 23 del Código Penal-, con cualquiera de sus efectos agravatorio o atenuatorio, requiere no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino*

también de la afectividad, no entrando en juego el precepto por irrelevante, no sólo cuando la víctima fuese la provocadora, o causante de la comisión del ilícito, sino cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia... si no de la afectividad si al menos de intereses comunes más o menos intensos... En definitiva se trata de verificar la existencia de una mayor reprochabilidad que incrementando la culpabilidad justifique una mayor punibilidad, pues en definitiva, la pena es la compensación de la culpa, y ello en una valoración caso a caso, pues el enjuiciamiento es un dato esencialmente individualizado...”

De otra parte la reforma penal operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, ha matizado el alcance de esta jurisprudencia permitiendo la apreciación del parentesco como agravante a pesar de haber cesado el vínculo y la afectividad, señaladamente en aquellos delitos, como el de violencia doméstica, que precisamente se cometen en atención al vínculo pasado. Por ello se añade expresamente la circunstancia de *“haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”* como posible fundamento de la agravante. Por ello, la circunstancia de parentesco debe ser considerada en todo caso como agravante cuando el delito afecte a bienes personales de un sujeto pasivo del círculo de los previstos en el art. 173.2, cuando no sean de aplicación los tipos de la parte especial en los que este vínculo ha sido ya valorado por el legislador en la configuración del tipo.

De otra forma, Quintero Olivares⁶⁴ anota los diversos papeles que juega el parentesco en el Derecho Penal español: absolutorios, atenuatorios y agravatorios. El primer caso se aprecia en la excusa absolutoria que regula el artículo 268 CP, en cuya virtud están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los delitos patrimoniales no violentos que se causen entre sí los cónyuges que no estuvieran separados legalmente o en proceso de separación, divorcio o nulidad, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción.

⁶⁴ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, 1996, pp. 563 a 565. Vid. también QUINTERO OLIVARES, G., PRATS CANUT, J.M., MORALES PRATS, F., TAMARIT SUMALLA, J.M., GARCÍA ALBERO, R., *Código Penal*, Navarra, 1999. Vid. también LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.

A la vista de esas diferentes relevancias del parentesco es evidente la imposibilidad de declarar en términos generales una función unívoca del mismo.

Quintero señala como la función o misión del parentesco en el ámbito de las normas penales, es una cuestión profundamente teñida de ideología, se quiera o no aceptar, lo cierto es que en la ideología que animó o determinó al legislador decimonónico, el parentesco se acercaba más, anota este autor, a lo sagrado-tribal que a lo simplemente biológico, y que la función de la familia⁶⁵ como idea o como pilar social requería una “*comprensión*” del Derecho penal hacia sus intimidades, sus relaciones de obediencia o respeto, y hacia la eventual imposibilidad de que sus miembros se comportaran entre si del mismo modo que lo hacían con un extraño.

Las últimas líneas nos acercan a algo que resulta a todas luces indubitado, esto es, un Derecho penal de culpabilidad y, por lo mismo, que se diga capaz de “*reprochar al autor lo que hizo pues hubiera podido hacer otra cosa*”, no puede a su vez “*despreciar el alcance del afecto o amor entre las personas, que evidentemente las lleva a comportarse de un modo diferente con unos u otros individuos*”.

III. El conjunto de derechos y deberes jurídicos, éticos y morales que emanan de la relación parental, conyugal y análoga de afectividad y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental.

Más que en la *actualidad del afecto*⁶⁶ la razón fundamentadora de la aplicación de la circunstancia debiera ser el conjunto de deberes jurídicos y morales que emanan de la relación conyugal, pues el Derecho no debe entrar a valorar cosas tan etéreas como el amor o el afecto, de otro lado, manifiestamente inexistente entre quienes se agreden, pero sí debe considerar los especiales deberes y obligaciones que surgen de la relación parental, familiar, conyugal o afectiva.

⁶⁵ Vid. BELLO LANDROVE, F., *La Familia y el Código Penal Español*, Madrid, 1977.

⁶⁶ Vid. STS de 6 febrero de 2001, núm. 134/2001. [RJ 2001/1233].

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en interpretación del artículo 23 CP vigente ha señalado que la agravación⁶⁷ derivada de una relación parental tiene su *fundamento* en la existencia de la propia relación en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuricidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho precisamente por el aprovechamiento de la relación parental. En términos de la STS 1104/2000, de 29 junio [RJ 2000/5651], la agravación “*aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura*”. Por ello junto a los dos requisitos exigidos, esto es, la existencia de una relación parental entre la madre y la recién nacida, en el caso que analizamos, y el conocimiento por el sujeto activo, ha de concurrir *el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental*. En este pronunciamiento⁶⁸ se condena a la acusada por homicidio imprudente no aplicándose la circunstancia de parentesco como agravante, pues *la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada comprende el presupuesto de la agravación*.

⁶⁷ De especial interés resulta el voto particular por parte de cinco magistrados en la STS de 9 diciembre 1993 que viene a decir que “*Concretamente entendemos que la agravante de parricidio del art. 405 CP, no es aplicable cuando entre el autor y la víctima no existe una relación personal normal desde el punto de vista familiar y debe ser entendida según el carácter ambiguo que le asigna el art. 11 CP. No debe sorprender que en la actualidad no sólo exista poca claridad respecto de cómo se debe entender el elemento parentesco en el texto legal del art. 405 CP, sino inclusive, una clara tendencia a reducir su alcance o su eliminación en las reformas legislativas proyectadas. Esta tendencia no es sino el reflejo de lo que ocurre en el resto de los países europeos. El Código Penal alemán y austriaco, entre los más modernos, no prevén una figura como ésta. Tampoco el Código Penal suizo y el holandés, entre otros, contienen un homicidio agravado por el vínculo familiar. La explicación de esta situación se vincula ya con los confusos orígenes de esta figura en el derecho romano, respecto de la cual numerosos estudios filológicos llevados a cabo en el siglo pasado no han podido aclarar definitivamente, qué alcance tuvo una figura como ésta en la antigüedad. Pero sin retroceder en la historia del precepto, se debe señalar ante todo que la aplicación automática del parentesco como agravante es consecuencia de los fundamentos que se atribuyen al delito de parricidio. Un análisis de los esfuerzos de la doctrina elaborada sobre el derecho vigente demuestra que estas explicaciones no son convincentes en lo referente al fundamento de la disposición contenida en el art. 405 CP. Así en la teoría se han sugerido fundamentos que, en verdad, no dan cuenta de una manera satisfactoria y suficiente del objeto que el legislador habría querido proteger pero que, implícitamente, como se dijo, han contribuido al entendimiento de la circunstancia de parentesco y la relación conyugal como una agravante automáticamente aplicable. En este sentido se deben mencionar afirmaciones tales como el “desoimiento de las voces de la naturaleza y de la sangre”, el “desconocimiento de los llamamientos de la naturaleza y sentimientos de piedad de la más ancestral raigambre”, o el “plus de horror” que son, en realidad, sólo expresión de actitudes emocionales puras, carentes de operatividad dogmática*”

⁶⁸ Vid. STS de 19 octubre 2000, núm. 1618/2000. [RJ 2000/9154].

El Tribunal Supremo ha declarado que *“con independencia de que el fundamento dogmático de la circunstancia unas veces se relacione con la culpabilidad y otras con la antijuridicidad, lo cierto es que cuando se trata de delitos entre parientes esta relación implica un agravamiento en la medida que concurre un doble injusto, el propio del tipo delictivo de que se trate (matar, lesionar, amenazar) y otro añadido constituido precisamente por la relación del parentesco existente entre el sujeto activo y pasivo, y ello es consecuencia de la existencia de determinados deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina y precisamente por ello los ataques o agresiones dentro del círculo de personas incluidas en el artículo 23 CP merecen socialmente un mayor reproche del injusto, mientras que será una atenuante precisamente cuando la misma convivencia disminuye la gravedad del hecho, o incluso será inocua cuando se trate de un suceso extraparental, ajeno a la relación, o exista provocación previa por parte del sujeto pasivo”*⁶⁹.

En este mismo sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre de 2003 ha manifestado que *“las relaciones parentales entre el acusado y su mujer e hijas no habían desaparecido en el momento del suceso, aunque tales relaciones fueran distantes, por lo que necesariamente existían aún unos deberes morales y jurídicos recíprocos que conllevan, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, a la aplicación de esta circunstancia modificativa del art. 23 del Código Penal en su vertiente agravatoria (Sentencias, entre otras, de 29 de septiembre de 2000 y 22 de abril de 2003). A ello se puede añadir que esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el cónyuge que así actúa, pues dada esa relación parental, que en realidad aún perdura, encuentra en la misma una mayor facilidad en la comisión del hecho y en la trasgresión del principio de confianza que ello supone (sentencia de 14 de noviembre de 2001)”*.

En relación con la naturaleza del delito se ha sostenido por la Jurisprudencia que debe operar como agravante cuando se trate de delitos contra las personas o contra la libertad sexual, mientras que en los de contenido patrimonial su apreciación adecuada sería la de una atenuante. Ello es así claramente en los supuestos más caracterizados.

⁶⁹ Vid. STS de 15 marzo 2003, núm. 370/2003. [RJ 2003/2908].

Sin embargo, existen otros tipos delictivos cuya naturaleza es más compleja y ello sucede con el de extorsión tipificado en el artículo 243 CP, dentro del Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sin embargo, es evidente que la extorsión tiene también indudables relaciones con los delitos contra la libertad de las personas, singularmente, los de amenazas y coacciones, como se describe en dicho precepto que exige la presencia de violencia o intimidación como medio para obligar a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, lo que significa, en síntesis, que la relación de parentesco sólo será atenuatoria en los delitos contra el patrimonio donde esté ausente cualquier violencia o intimidación como se desprende del artículo 268 CP. En cuanto a los motivos negada por el Tribunal la participación del acusado en las transacciones inmobiliarias de la víctima, no concurren otros que pudiesen justificar derecho alguno del acusado. Por ello en el presente caso *la relación de análoga afectividad no puede traducirse sino en un mayor reproche hacia la conducta del acusado que desconociendo el valor moral que aquella supone amenaza a su compañera con la finalidad señalada, siendo precisamente la vulneración de dichos deberes morales lo que justifica la aplicación de la circunstancia como agravante, teniendo ello lugar cuando todavía la relación persiste*. La STS 1074/2002 [RJ 2002/7930] expone que *resulta indiferente la duración de la relación de afectividad desde su origen, pues el precepto se refiere a que la relación basta que sea estable, así como de la existencia de discusiones o diferencias no debe afectar en principio al juego de la circunstancia y sólo cuando se ha producido la ruptura de dicha relación el artículo 23 no debe ser aplicado*⁷⁰.

La SAP de Madrid de 25 marzo 2002⁷¹ en un caso en el que en el curso de una discusión familiar, el acusado, con la intención de quitarle la vida a la víctima, le propinó diversos y reiterados golpes en distintas partes del cuerpo, que acabaron causándole horas después la muerte. En lo referente a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, concurre la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 del Código Penal, que debe jugar como agravante. En el caso que nos ocupa el

⁷⁰ Según la Audiencia a mediados del año 2001 la acusadora plantea al acusado la ruptura de la relación, pero persiste en los contactos hasta los primeros días del año 2002 cuando presenta la denuncia por las amenazas de que está siendo objeto. El Tribunal concluye que la agravante debe operar precisamente por ello sólo en relación con el delito de extorsión y no con el de allanamiento de morada, puesto que cuando se produjo éste último ilícito había cesado ya cualquier relación entre ambos.

⁷¹ Vid. SAP de Madrid de 25 marzo 2002, Sección 23.

acusado mató a la víctima, con quien mantenía una convivencia estable, semejante a una relación conyugal... Por ello, la Sala Segunda siguiendo la línea que reitera la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 noviembre 2001, que dice que *“la regla general... es que en las agresiones físicas entre parientes, debe aplicarse la agravante de parentesco, máxime si existe una relación de convivencia, pues en estos casos concurre el incremento del desvalor de la conducta derivado para los familiares del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato, así como el aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental”*, concluye con la consideración de que tal circunstancia se aplica y además con el carácter de agravante.

Asimismo *“esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el cónyuge que así actúa, pues dada esa relación parental, que en realidad aún perdura, encuentra en la misma una mayor facilidad en la comisión del hecho y en la trasgresión del principio de confianza que ello supone”*⁷².

IV. Teorías que sitúan el fundamento de la circunstancia en el incremento o disminución del desvalor de la conducta versus teorías que sitúan el fundamento de la circunstancia en la mayor o menor culpabilidad del autor.

La cuestión consiste en indagar si los fundamentos que determinan la modificación de la responsabilidad penal basada en los vínculos parentales, opera en razón de la mayor o menor gravedad del injusto o de la mayor o menor culpabilidad⁷³ del autor.

En defensa del primer criterio se manifiesta Córdoba al afirmar que *el parentesco deberá ser estimado como circunstancia modificativa de la responsabilidad*

⁷² Vid. STS de 22 diciembre 2003, núm. 1749/2003. [RJ 2004/615].

⁷³ Vid. CUELLO CONTRERAS, J., “El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española” en *ADPCP*, Tomo XXXIX, Fascículo III, septiembre-diciembre 1986, pp. 837 a 861.

*penal, siempre que el hecho de mediar dicha relación entre agresor y agraviado, suponga un incremento o disminución del desvalor de la conducta*⁷⁴.

Bajo⁷⁵ afirma que es cierto que entre determinados parientes existe un cúmulo de deberes jurídicos y morales cuya violación, mediante la comisión de una acción delictiva, podría determinar una variación en la gravedad del injusto. Sin embargo, sostiene que *no ha sido éste el criterio utilizado para la creación de la circunstancia mixta de parentesco... Independientemente de que tal criterio resulte más o menos lógico, correcto y aceptable, entendemos que no ha sido el utilizado en la circunstancia de parentesco.*

Para este autor el obstáculo más importante para aceptar este planteamiento se deriva del propio carácter mixto de la circunstancia. Si el contenido de la relación familiar determina una variación de la gravedad del injusto, tal variación tiene que ser necesariamente en el mismo sentido; es decir, o atenúa en todos los casos o, por el contrario, agrava. En otros términos, si la conducta realizada contra un pariente tiene un contenido de desvalor distinta a la conducta realizada contra el extraño, siendo la conducta idéntica en ambos casos y variando solamente el vínculo entre agraviado y ofensor (vínculo de parentesco), la variante tiene que tener siempre el mismo carácter. Sin embargo –sigue Bajo–, la realidad es que el vínculo familiar agrava en unos casos la responsabilidad criminal mientras que en otros la atenúa⁷⁶.

Aún en el supuesto de que el artículo 11 se aplicase en su vertiente agravatoria en los delitos contra las personas, y como atenuante en todos los delitos contra la propiedad, las consideraciones en torno a la antijuridicidad (mayor o menor gravedad del injusto) tampoco podrían explicar la mutación de la responsabilidad. Si el injusto reviste mayor gravedad cuando se dirige al pariente que cuando perjudica al extraño, no se entiende –en palabras de este autor– que el hurto (conducta antijurídica) contra el

⁷⁴ Vid. CÓRDOBA RODA, J., “El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal” en *ADPCP*, 1967, p. 175.

⁷⁵ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., pp. 38 a 44.

⁷⁶ Bajo cita a título de ejemplo como en el antiguo delito de lesiones se podía apreciar el parentesco, por expresa voluntad legal, como agravante o como atenuante. Esto no es explicable apreciando la conducta realizada entre parientes como portadora de un injusto de distinta gravedad que la realizada entre extraños. O lesionar al pariente constituye una conducta más disvaliosa que lesionar a un extraño en todo caso, o, al contrario, una conducta menos disvaliosa. Lo que no alcanza a explicar esta postura es que la conducta contra el pariente resulte en casos agravada y en otros atenuada.

pariente resultase atenuado, mientras las lesiones (también conducta antijurídica) mereciesen una agravación.

Fundamento de la agravación, según Antón Oneca, es la protección jurídica de la familia, red de deberes y afectos quebrantados por el culpable. La relación de la sangre entre ciertas personas, señalaba Groizard⁷⁷, crea situaciones constantes y permanentes que no pueden confundirse ni compararse con aquellas en que se hallan los extraños. Tras significar esta desigualdad, no logra precisar el fundamento del parentesco como circunstancia mixta, aludiendo vagamente a ideas de respeto, sumisión, cariño, confianza..., y a que, cuando haya de operar como agravante, *“se deduzca sencilla, natural y lógicamente que es justo agravar la penalidad porque en el actor concurre algo digno de mayor reproche”*.

La circunstancia se funda en la especial protección de que debe ser objeto la familia, pero, dado el reconocimiento de los efectos atenuatorios del parentesco, no se agota en ello. Más bien parece que se atiende a las relaciones constantes y permanentes que unas veces fundamentarán la agravación y otras veces la atenuación. De alguna forma había de ser atendido el lazo de parentesco entre autor y víctima del delito, máxime si se tiene en cuenta que detrás de la relevancia jurídico-penal del parentesco late una determinada concepción de la sociedad con acentuada influencia del elemento religioso. En este sentido, la relación de parentesco ha producido históricamente efectos jurídicos-penales. En el Derecho vigente, según la naturaleza, los efectos y los motivos del delito, producirá efectos agravatorios o atenuatorios, o, ya que puede tener ambos sentidos, señala Antón Oneca, es lógico que en ocasiones se compensen y equilibren y, por tanto, no puede ser estimado ni como agravante ni como atenuante⁷⁸.

Las discrepancias en la doctrina surgen, como ha sido dicho, cuando se plantea la comprensión valorativa del parentesco en la antijuridicidad o en la culpabilidad. Un

⁷⁷ Vid. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo V, Salamanca, 1893.

⁷⁸ Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Secretariado de Publicaciones y Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1981, pp. 742 y 743.

sector de la doctrina y, en ocasiones, la jurisprudencia, se refieren a la mayor o menor perversidad que la circunstancia contempla⁷⁹.

Bajo Fernández⁸⁰ estima, con acierto, que son consideraciones en torno a la culpabilidad del autor las tomadas en cuenta por el legislador en la creación de la circunstancia mixta de parentesco. Así lo abonan los siguientes argumentos:

1) Que la mayor o menor culpabilidad del autor es el fundamento de la circunstancia mixta se deduce, en primer lugar, de los criterios que el legislador establece para determinar la agravación o atenuación de la responsabilidad criminal. En efecto, estos son la “*naturaleza, los motivos y los efectos del delito*” (art. 23 CP).

Señala este autor que conviene observar que, dada la amplitud de los criterios que la ley pone en manos del juzgador, éste tiene un amplio margen de movimiento en la apreciación de las circunstancias adyacentes al caso. Nada impide que por “*naturaleza, motivos y efectos del delito*” se entiendan también los antecedentes del hecho y del delincuente⁸¹.

Es preciso dotar de significado jurídico estos términos. En este sentido por “*naturaleza del delito*” se entenderá el ataque al bien jurídico protegido. Los “*efectos del delito*” hacen referencia a toda consecuencia derivada del delito que afecte al pariente o a la propia relación familiar, por lo que constituye un concepto de mayor

⁷⁹ Alonso Álamo señala como el paralelismo entre la perversidad y la culpabilidad no puede ser admitido (en este sentido vid. SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho Penal Español Obra Ajustada al Código Penal, Texto Refundido de 1944, con Todas las Modificaciones Introducidas, Tomo I, Introducción y Parte General, Quinta Edición*, Madrid, 1950, p. 320, a veces se dan excepciones a la regla general, y así, es atenuante el parentesco cuando dicho vínculo aumenta el agravio de la víctima, y revela en ésta mayor perversidad, como en el caso de que la esposa fuera infiel con el hermano del reo (STS de 30 septiembre 1922. Vid. también SSTS de 12 febrero 1919, de 10 noviembre 1933, de 14 abril 1926, y de 10 octubre 1934).

Por lo demás, que la ejecución del delito mediando la relación de parentesco entre agresor y agraviado sea índice de la mayor o menor perversidad del agente, no prejuzga, en absoluto la posible orientación del parentesco al injusto. En este sentido, Córdoba Roda, no duda en sostener, en efecto, que la circunstancia deberá estimarse siempre que el hecho de mediar la relación de parentesco entre agresor y agraviado suponga un incremento o disminución del desvalor de la conducta. Para este autor, por tanto, el parentesco modifica la gravedad del injusto en tanto supone un incremento o disminución del desvalor de acción.

⁸⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., pp. 39 in fine, 40, 41, 42, 43 y 44.

⁸¹ Como recogen las SSTS de 16 enero 1886 y de 20 febrero 1909.

amplitud que el de resultado. Por “*motivos*” se entenderán los móviles de la conducta en su más amplio sentido⁸².

Serrano Butragueño no acierta a comprender la relación de *los motivos del delito* con el parentesco como agravante. La determinación de la pena estará conectada, desde luego, a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y “a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito” (art. 66.1ª CP), pero, para este autor los efectos o consecuencias del mismo, salvo que estuvieran comprendidos por el dolo del autor (v.gr. mata a su padre para heredar una inmensa fortuna), es una cuestión que debe afectar a la responsabilidad civil “*ex delicto*” y no a la extensión de la pena⁸³.

Por consiguiente, la ley pone en manos del juez dos tipos de criterios para determinar el carácter agravatorio o atenuatorio de la relación de parentesco, esto es, uno de tipo objetivo, la naturaleza y los efectos del delito, y otro subjetivo, los motivos del delincuente.

Situadas las cosas en este punto 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. Efectivamente pudiera pensarse a primera vista, que los efectos del delito o su naturaleza pueden determinar por sí solos la agravación o atenuación de la conducta realizada entre parientes, por lo que no jugarían papel alguno las posiciones que mantuvieron ante la culpabilidad del sujeto. De otra opinión y desde la posición

⁸² Los *motivos* del delito fueron incluidos en el texto del presente artículo por el Código de 1932. Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “La circunstancia mixta de parentesco” en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 393, afirma que los motivos se introducen en nuestro texto punitivo, con la idea, al parecer, de que determinados estímulos concurrentes en la acción punible, tales como la ruptura del vínculo afectivo o la provocación del agraviado (o la infidelidad conyugal), permitan atribuir eficacia atenuante al parentesco. Asimismo para este autor lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco viene dado por el caso particular: en cuanto la concurrencia del parentesco origine un incremento, o disminución, del desvalor o gravedad del supuesto individual, deberá estimarse la circunstancia como agravante o atenuante, respectivamente. El delito de que habla el art. 11 (actual art. 23 CP) no equivale por lo tanto a la figura legal en la que la conducta realizada puede ser subsumida, sino al particular hecho cometido. El referido término legal de *delito* no constituye una realidad abstracta, sino concreta.

⁸³ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “La circunstancia...”, op. cit., p. 397.

dogmática que defiende Mir Puig⁸⁴ la circunstancia de parentesco, si puede agravar la pena ya se comprende que no puede afectar a la imputación personal. Así, para Mir, ciertamente no modifica ni la imputabilidad ni la normal exigibilidad de la conducta. Las expectativas sociales derivadas de la relación de parentesco pueden conferir al hecho una mayor o menor gravedad. Ello afecta al grado del *injusto penal* (en su parte objetiva –“naturaleza” y “efectos” del delito- y en su parte subjetiva –“motivos” del delito-), y no a su posibilidad de atribución al sujeto (imputación personal).

Retomando la objeción líneas arriba planteada queda resuelta por Bajo que sostiene que los criterios relativos a la naturaleza y efectos del delito no pueden ser entendidos sino como complementarios. En palabras de este autor, *la utilización de tales criterios, por sí solos, no explicaría nunca la decisión de considerar el parentesco agravante o considerarlo atenuante. Solamente cuando tales criterios son utilizados a la vez que el relativo a los motivos, se convierten en medios eficaces en la apreciación del carácter que la relación parental debe ostentar a efectos de responsabilidad criminal.*

Efectivamente Bajo observa que de utilizarse exclusivamente los criterios objetivos, el parentesco tendría que agravar la responsabilidad criminal en todos los delitos de naturaleza grave y atenuarla en los leves. Ello atentaría contra el carácter más elemental y primario del art. 11 –actual art. 23-, cual es el de poner en manos del juzgador ese “*derecho de prudente elección y de tan alta conveniencia... medio eficaz de hacer justicia aquilatada y recta*”.

Para la aplicación de este precepto no habría otro medio más eficaz que establecer una línea divisoria entre los delitos graves y los leves. Todo parece indicar que no es éste el modo pensado por el legislador para la aplicación de este artículo. Efectivamente no agrava la ley todos aquellos tipos, en los que aparece la relación de parentesco, cuando aquellos son graves, ni los atenúa siempre que son leves⁸⁵.

⁸⁴ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General, 4ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995*, Barcelona, 1996, p. 650. Vid. también MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal” en *RECPC*, pp. 1 a 19. Vid. también CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001.

⁸⁵ Bajo cita como ejemplo las conductas más graves del Código entre las que se encuentra la de homicidio, sin embargo, la muerte del hijo recién nacido realizada por la madre, en determinadas

Si en la tipificación de conductas delictivas no fue decisivo para el legislador la naturaleza ni los efectos del delito realizado contra el pariente, no es coherente, afirma, que dichos criterios objetivos sean los decisivos en la aplicación del precepto en cuestión. La circunstancia mixta nace para otorgar al juzgador *un medio flexible de mutación de la responsabilidad criminal*, no puede convertirse en una norma rígida y de recursos más pobres que los utilizados en la creación de los tipos penales.

Todo parece indicar que los criterios objetivos por sí solos no permiten conocer la vertiente agravatoria o atenuatoria de la circunstancia mixta de parentesco. Por el contrario, será necesario acudir al mundo subjetivo de delincuente y ponerlo en conexión con el resto de las circunstancias del caso y con la naturaleza y los efectos del delito⁸⁶. En este sentido tenemos que entender que la naturaleza o los efectos del delito son criterios complementarios al de los motivos⁸⁷.

Bajo ve en esta necesidad del juzgador de acudir al mundo subjetivo del autor para atribuir uno u otro carácter a la circunstancia mixta de parentesco, la ineficacia de acudir solamente a criterios relativos a la naturaleza y efectos del delito, y del propio contenido de la vinculación familiar se deriva que sean consideraciones en torno a la culpabilidad las que deciden el carácter agravatorio o atenuatorio de la circunstancia. Declarada la acción contra el pariente como acción culpable, el grado de culpabilidad⁸⁸ vendrá dado en consideración a la motivación del autor.

circunstancias, no resulta agravada en relación con la muerte de un extraño. Parece ser –afirma– que la naturaleza y los efectos del delito no han impedido al legislador sancionar la conducta con una pena menor que la establecida por el homicidio simple. Asimismo alude al trato diferencial que la ley otorga al padre que lesiona a su hijo excediéndose en su corrección.

⁸⁶ Bajo (vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., p. 42) cita como ejemplo dos casos de hurto a pariente. Uno realizado con conciencia de saberse perdonado debido a los vínculos afectivos que conservan los familiares. El otro realizado contra un ascendiente en venganza de los malos tratos que éste, como corrección, llevó a cabo. La naturaleza del delito poco útil resulta para determinar el carácter agravatorio o atenuatorio de la relación de parientes si no se toman en cuenta, como criterio principal, la valoración de los motivos.

⁸⁷ La motivación como criterio a utilizar por el juez a efectos de conocer si el parentesco debe agravar o atenuar la responsabilidad criminal, se encuentra por primera vez en el Código de 1932 (art. 11). Con anterioridad el Código de 1870 (art. 10) sólo hacía referencia a la naturaleza y efectos del delito. Por su parte el Código de 1928 (art. 69 in fine) mencionaba la naturaleza, los accidentes y los efectos del delito. Puede observarse que sólo se hacía referencia a criterios objetivos pero la jurisprudencia de la época se veía obligada a acudir al mundo de las motivaciones para dilucidar una u otra forma de modificación de la responsabilidad, esto es, atenuación o agravación.

⁸⁸ Para un estudio en profundidad del concepto de culpabilidad vid. HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, “Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad” en *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traduc. de OLMEDO CARDENETE, M., Quinta Edición corregida y ampliada, Granada, 2002, pp. 455 a 481. Vid. también HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de*

Hay que señalar que los motivos deben ser entendidos como aquellas motivaciones que están en función del vínculo familiar, esto significa que los motivos adquieren una relevancia distinta entre extraños que entre parientes.

Esta tesis resulta avalada por sendas sentencias del Tribunal Supremo, como tendrá oportunidad de comprobarse a lo largo de este trabajo de investigación, que constantemente hacen referencia al juicio de culpabilidad.

2) Una última prueba de que la circunstancia mixta de parentesco no se fundamenta en consideraciones en torno a la gravedad del injusto se deduce de que, aún cumpliéndose los requisitos objetivos de la circunstancia, la mutación de la responsabilidad puede dejarse sin efecto.

Bajo afirma que si robar, matar e injuriar a un pariente fuera una conducta de mayor o menor disvalor que robar, matar o injuriar a un extraño, demostrada la existencia de la relación de parentesco, la mutación de responsabilidad tendría que darse en todo caso. Sin embargo, no es esa la realidad. En un gran número de casos en los que autor y víctima estaban vinculados por uno de los lazos de parentesco que establece el art. 23, la circunstancia no se ha aplicado, es decir, no se ha considerado la antijuridicidad de la conducta más o menos grave que si hubiera mediado entre extraños. Por todo ello este autor sostiene que la circunstancia de parentesco no se fundamenta en la gravedad del injusto.

Alonso Álamo⁸⁹ estima como correcta la tesis que orienta la circunstancia de parentesco a la culpabilidad y admite, en líneas generales, los argumentos proporcionados al respecto por Bajo Fernández. Sin embargo, para esta autora el sentido de entender que el grado de culpabilidad viene dado por la motivación del autor precisa de algunas aclaraciones. Así, sin negar que la apreciación de la circunstancia como atenuante o agravante se realiza en función de los motivos que impulsan a la acción, los motivos del delito inciden en la graduación de la culpabilidad cuando concurre el parentesco. Pero, Alonso Álamo entiende que el parentesco, en cuanto a tal, no puede

Derecho Penal Parte General, Cuarta Edición corregida y ampliada, traduc. de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Granada, 1993.

⁸⁹ Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias...*, op. cit., pp. 745 a 749.

ser referido al proceso de motivación. El parentesco no es circunstancia relativa al proceso de motivación aunque su funcionamiento como atenuante o agravante se haga depender, en alta medida, de los motivos del delito. El parentesco debe considerarse, en sentido diverso, *elemento objetivo de la culpabilidad*. Sabido es que las características objetivas de la culpabilidad se construyen en base a una presunción. El legislador presume -afirma- que, de mediar la característica o elemento en cuestión, en lo que interesa ahora el parentesco, la culpabilidad del sujeto se encuentra modificada, es mayor o menor. La técnica de los elementos objetivos de la culpabilidad es inobjetable cuando se presume la menor culpabilidad del agente. En cambio, en el supuesto contrario de que la característica contenga una presunción de mayor culpabilidad, debe ser objeto de serios reparos⁹⁰.

Como elemento objetivo de la culpabilidad caracteriza Torío el parentesco en el delito de parricidio y en este delito surge a la consideración jurídico-penal a posteriori de la antijuridicidad típica, como peculiar nota vinculada de forma exclusiva e inmediata al juicio de reproche. El parentesco presupone, por tanto, un injusto agotadoramente fundamento⁹¹.

Lo mismo cabe decir del parentesco cuando funciona como circunstancia general. También la circunstancia general de parentesco puede ser apreciada, entiende Alonso Álamo, como agravante. El parentesco es para esta autora una característica que agrava por razones de culpabilidad y que consiste en una causa personal o, más exactamente, en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido. Se resuelve, pues a través del párrafo primero del art. 60 (actual art. 65.1 CP 95). De ello no puede extraerse la conclusión, como en otras ocasiones se ha puesto de relieve, de que el parentesco no ha de ser conocido. La circunstancia alcanzará a los culpables en quienes concurra siempre que tengan conocimiento del hecho objetivo que la fundamenta. El párrafo 1º del art. 60 (art. 65.1 CP 95) no reclama expresamente el conocimiento pero

⁹⁰ Esta autora cita como ejemplo el derogado delito de parricidio cuyo fundamento, evidente en otras épocas históricas, puede hoy ser cuestionado. El interés de la familia frente a los hipotéticos ataques de sus miembros más próximos, no reviste la importancia -afirma- que tuvo en épocas pasadas.

⁹¹ Vid. TORÍO LÓPEZ, A., "Sobre los límites de la ejecución por imprudencia" en *ADPCP*, 1972, p. 82.

tampoco lo rechaza. Un sector de la doctrina se muestra partidario de exigir el citado requisito del conocimiento⁹².

Alonso Álamo concluye señalando que de esta forma existe plena coherencia entre la orientación sistemática de la circunstancia y el requisito de que sea alcanzada por el dolo del agente, como los restantes elementos del injusto. Para esta autora el parentesco es circunstancia objetiva de la culpabilidad y también habrá de ser conocido. El sujeto debe conocer la situación fáctica de las circunstancias personales en el sentido párrafo 1º del art. 60 (art. 61.1 CP 95). Sólo la circunstancia que consista en la pura disposición moral del agente se estimarán a favor o en contra de aquellos en quienes concurren sin otro requisito.

Para Serrano Butragueño no faltan argumentos de peso para declarar la inconstitucionalidad del art. 23. Pero, pese a todo, es posible que el principio de conservación de las normas y el arraigo en nuestro Derecho de la circunstancia mixta de parentesco, pudieran llevar a los constitucionalistas a admitir la conformidad del art. 23 CP con la CE de 1978, y a declarar cuál ha de ser su interpretación de acuerdo con nuestra Norma Fundamental.

Este autor plantea la posible inconstitucionalidad del art. 23 en base a el principio de lex certa exigible a todas las normas penales, especialmente si fundamentan sanciones o si se refieren a la clase y extensión de las penas. Para ello se apoya en la STC 159/1986 que viene a decir que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la CE los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales.

Procederá la inconstitucionalidad de la norma contenida en el art. 23 del CP si, y sólo si, la misma es incierta o su aplicación por parte de los Tribunales raya en la arbitrariedad. O si la jurisprudencia al interpretar y aplicar tal norma no logra determinar su correcto sentido y alcance, de manera que la aplicación que los Tribunales hagan de la misma sea equívoca, insegura o arbitraria.

⁹² En este sentido se pronuncia Córdoba Roda para quien el parentesco agrava por razones de antijuricidad, como antes indicamos.

No podemos estar de acuerdo con el planteamiento de Serrano. A todas luces resulta incuestionable que el derecho, y, en concreto el derecho penal, no es una ciencia exacta, como sucede con otras disciplinas científicas. Admitir esto como una advertencia a priori no significa dar por sentado que la formulación del precepto estudiado sea tan abierta que raye la arbitrariedad e incluso la inconstitucionalidad. De ningún modo, el art. 23 no sólo es constitucional sino que a nuestro parecer es una norma de una importancia y trascendencia práctica indubitada. Bien es cierto que existen escollos en su aplicación con los que el jurista se va a encontrar, pero en derecho es una verdad de Perogrullo que siempre que se llega a una solución podía, al menos, haberse adoptado la contraria. Debe tenerse presente que aparecen conceptos jurídicos indeterminados que han sido llenados de contenido por la tradición doctrinal y jurisprudencial (motivos, efectos, naturaleza). A mayor abundamiento, es cierto que nuestro Alto Tribunal ha incurrido en contradicciones cuando se ha enfrentado a la tarea de aplicar el art. 23. Sin embargo, todas estas luces y sombras han coadyuvado a una mayor comprensión de la norma. En efecto en derecho penal y en concreto cuando de la circunstancia mixta de parentesco se trata no existen reglas fijas y debe atenderse a la casuística a la que nos enfrentamos en cada preciso momento. No obstante, a lo largo de esta tesis doctoral se intentan aportar criterios acerca del fundamento de la circunstancia, sujetos, objeto, etc. que esperamos puedan ayudar a una mejor aplicación de la norma, si bien, admitir que todos los obstáculos han sido salvados sería demasiado pretencioso.

Para este autor la regulación del parentesco como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal puede mejorar sensiblemente. A su juicio, las relaciones entre ciertos parientes (cónyuges, parejas de hecho, ascendientes, descendientes y hermanos) son capaces de generar amor tierno y profundo, pero también, odios y rencores desmedidos y deseos lascivos incontrolados, por lo que conviene reforzar la protección de la vida, la integridad y la indemnidad sexual entre tales parientes.

La manera de hacerlo, afirma, será mediante una *cláusula general de agravación colocada al final de los títulos correspondientes*⁹³.

⁹³ Serrano anota que eso es lo que el legislador del Código Penal, Texto Revisado de 1963, realizó con acierto en los delitos contra la libertad sexual (entonces llamados “contra la honestidad”), al introducir el art. 452 bis g), que contenía una cláusula o disposición general del siguiente tenor: “*Sin perjuicio de lo*

En este sentido, propone sendas cláusulas al final de los títulos que recogen los delitos contra la vida y contra la integridad: “*Si los delitos comprendidos en este/os título/s fueran cometidos por ascendientes, descendientes, cónyuge o pareja de hecho registrada o notoria, o hermano de la víctima, la pena correspondiente se impondrá en su mitad superior.*”

El Tribunal sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria potestad o tutela”.

De otra parte, respecto de los delitos patrimoniales cometidos entre próximos parientes, el autor estima que lo mejor será dejar sometida su persecución a instancia de parte, derogando la excusa absolutoria del art. 268 CP y el art. 103 LECr, pues en muchos casos es difícil apreciar un menor reproche y sí, por el contrario, un verdadero abuso de confianza⁹⁴.

V. Toma de postura.

La agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación, en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho, precisamente por el aprovechamiento de la relación parental.

dispuesto en los arts. 445 y 446, el ascendiente, tutor, maestro o cualquier persona que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en ese título será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal Sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria potestad y tutela”.

Esta cláusula, al margen de la inherencia que se daba en el estupro incestuoso (art. 434 párrafo 2º del CP anterior), hacía que el parentesco, como agravante, no tuviera prácticamente viabilidad en los delitos contra la libertad sexual.

⁹⁴ En efecto, la idea de un patrimonio familiar común –destaca Serrano Butragueño– pugna con instituciones como el régimen normal de separación de bienes del matrimonio, propio de los Derechos forales catalán o mallorquín, la autorización judicial que los padres precisan para poder renunciar derechos o gravar y enajenar ciertos bienes de sus hijos menores, o el tercio de libre disposición con que el testador, aún casado y con hijos, puede beneficiar a quien le plazca. Entiende el autor que, en nuestros días, la idea del patrimonio familiar ha sido superada por la de patrimonio personal. Por esta razón, siguiendo a Vives Antón, Serrano propone de *lege ferenda* que los delitos patrimoniales cometidos entre próximos parientes sean perseguibles, exclusivamente, a instancia de parte.

En los demás casos, esto es, al margen de los delitos contra la vida, integridad, libertad sexual y patrimoniales, el parentesco ha de ser indiferente (vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “De la circunstancia...”, op. cit., p. 400) bastando el margen que los Tribunales tienen a la hora de determinar y aplicar la pena para su adecuado tratamiento y consideración.

La agravación aparece fundamentada en el aprovechamiento de la circunstancia con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura. Por ello junto a los dos requisitos relativos a la existencia de la relación parental y el conocimiento de la misma por el autor del hecho, ha de concurrir el aprovechamiento de esta relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental.

La apreciación general y automática de la doctrina jurisprudencial relativa a situaciones de ruptura de un vínculo jurídico –el matrimonial- distinto ciertamente de los vínculos de sangre requiere notable cautela, so pena de ser poco adecuada a la repulsa y rechazo revelador de una mayor malignidad del reo que el homicidio de pariente directo merece a la totalidad de los ciudadanos.

Desde nuestra postura esta doctrina es aplicable no solo a los atentados contra la vida del cónyuge sino en un gran número de delitos y, aún tratándose de relaciones parentales no directas o en aquellas en las que existe una manifiesta desafección entre sujeto pasivo y sujeto activo del hecho criminal, siempre que se produzca una mayor facilidad en la comisión del hecho delictivo con aprovechamiento por parte del autor de la relación parental o afectiva pretérita o actual con la víctima. Piénsese por ejemplo en los supuestos de violencia doméstica en aquellos casos en los que la relación afectiva y jurídica ha cesado, esto es, nos referimos a las agresiones mortales contra el ex cónyuge. En este sentido hay que recordar que el agresor conoce perfectamente a la víctima, y es este conocimiento de la misma –hábitos, costumbres, horarios, lugar de trabajo, domicilio, etc- el que va a incidir en el iter criminis favoreciendo la comisión del hecho delictivo con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima y aprovechamiento del autor para la realización del delito, con una mayor culpabilidad y malignidad del agente que no puede ser ignorada por el Derecho punitivo. Por consiguiente, no es el afecto el fundamento de la agravante sino al aprovechamiento y favorecimiento antedicho.

Este plus de culpabilidad no puede estar basado en algo tan etéreo como el amor o el afecto, pero si puede fundamentarse en la vulneración del principio de confianza de quien agrede a quien vive con él en la misma casa. A mayor abundamiento esta realidad subyacente de falta de afecto basada en la convivencia como “*dos extraños*”, lo cierto es que, no lo son quienes conviven día tras día, persista el afecto o no. Por tanto el reproche que el Derecho penal debe hacer ha de fundamentarse en los siguientes parámetros:

- a) La violación del principio de confianza.
- b) La vulneración de derechos y deberes morales y éticos propios de nuestra cultura.
- c) El aprovechamiento del agente comisario del delito con prevalimiento de esa relación, existente el afecto o no, con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima.

Debe ser mencionado que este tipo de conductas dejan al descubierto la mayor facilidad que las mismas permiten al agresor. En efecto son circunstancias, entre otras, que incrementan la antijuridicidad y justifican la mayor penalidad.

En este sentido, hemos de añadir que además esta conducta incrementa la mayor culpabilidad habida cuenta que es más culpable la agresión sexual entre cónyuges o personas vinculadas parental o afectivamente que la misma agresión criminal llevada a cabo entre extraños. Téngase en cuenta, como ha sido reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, que facilita la comisión delictiva tener a la víctima al alcance, literalmente, de la mano, en lugar de tener que salir a buscarla a la calle. Piénsese que conocer los hábitos, horarios, modo de vida, personalidad, e incluso, los puntos débiles de la víctima coadyuvan a la mejor realización del hecho delictivo, con la consiguiente mayor culpabilidad de quien actúa prevaliéndose de la relación conyugal, parental o afectiva para cometer un delito en lugar de corresponder, a tenor de los principios de solidaridad y confianza mutua, que rigen este tipo de relaciones, con los deberes que le son inherentes al cónyuge, pariente o persona con la que exista un vínculo afectivo con independencia de que exista afecto o no.

En efecto, el fundamento de la agravante no debe ser el afecto, de otro lado ausente en quien agrede mortalmente a su esposa e hijos, sino la vulneración de los deberes inherentes a esa relación parental, así como la violación del principio de solidaridad y confianza mutua que rigen este tipo de relaciones y el aprovechamiento de esa relación parental para la comisión del hecho delictivo.

Lo determinante y, por ende, lo que va a modificar el hecho criminal no es la inexistencia del afecto cuanto el aprovechamiento de esa relación conyugal, aún ya quebrada, para la comisión del hecho delictivo. Un derecho penal basado en la culpabilidad no puede desconocer que es más grave atropellar y empotrar contra una verja al cónyuge, a pesar de que se esté tramitando la separación y desaparecido el afecto marital, que a alguien con quien no existe dicho vínculo. No se trata de una postura sostenida por la más estricta formalidad, no es una cuestión formal o de formas, sino que es más culpable, y existe por tanto un plus de culpabilidad, en quien ejecuta una acción criminal prevaliéndose de una relación de parentesco o conyugal, circunstancia ésta, que sin duda aventaja al criminal para la consecución con éxito de la acción delictiva.

Lo esencial para que entre en juego no es que la relación conyugal esté quebrada sino que dicha relación, insistimos, aún rota y desaparecida la *afectio maritalis*, aventaje al agresor en la realización del hecho criminal. Lo determinante no es que la relación esté destruida y en trámites de separación y cesada la convivencia, sino que el delincuente se beneficie del conocimiento que tiene de la víctima, ex-compañera de una pasada relación y de un afecto que ya ha expirado, para la realización del delito. Se ha prevalido de toda esa información que maneja (horarios de la víctima, domicilio conyugal, lugar de trabajo, hábitos, puntos débiles de la víctima, personalidad, etc.) para cometer la tentativa de homicidio.

En este orden de cosas, aún roto y desaparecido el afecto, el agresor se prevale de la relación de parentesco, insistimos, aún sin afecto, para cometer el hecho delictivo, por consiguiente, este aprovechamiento de esta relación, que se proyecta entre otros aspectos en el conocimiento que se tiene de la víctima, aventajan al agresor y se presentan como determinantes en el desarrollo del acto criminal. Por esta causa no puede ser olvidado y desconocido porque el afecto sea ya caduco.

La SAP de Granada de 23 enero 1997 en un supuesto de agresión mortal contra la esposa con arma blanca con quien había roto previamente las relaciones determina, a nuestro parecer de modo equivocado que no concurre la circunstancia denominada mixta de parentesco, pues si bien hubo entre agresor y agredida esas relaciones durante bastante tiempo, estaban rotas hacía varios meses, no siendo suficiente que el acusado quisiera restablecerlas. Sin embargo esas relaciones ya rotas han ocasionado un debilitamiento en la defensa de la víctima y un plus de culpabilidad en el agresor. Esto se infiere de los hechos probados pues el procesado queriendo pedir explicaciones “*y conociendo la hora de salida de Carmen del domicilio en que ésta habitaba, ya separada de él...*”, “*...la siguió sin que ella se percatase, penetrando en la vivienda detrás de ella...*”, “*Ya en el interior de la vivienda... saca de entre sus ropas un cuchillo de cocina de veinte centímetros de hoja y diez de empuñadura, y, dirigiéndose a ella, comenzar a agredirla con él...*”. Resulta indubitado que el agresor aprovechó su relación con la víctima para cometer el homicidio, con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima, por lo que debería haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria aún separada ya de hecho la pareja y desaparecida la *afectio maritalis*.

Se mantiene como pauta o regla general que debe apreciarse como agravante en los delitos contra las personas. Lo cual no significa que no existan importantes excepciones como por ejemplo en el supuesto de padre tetrapléjico que solicita la ayuda de su hijo para acabar con su vida. En este caso el parentesco debe actuar desde nuestra perspectiva como atenuante, pues el hijo se rige estrictamente por motivos de piedad y altruistas, por lo que a pesar de tratarse de un delito contra la vida el juego de la circunstancia, insistimos, debe inclinarse hacia su vertiente atenuatoria.

Asimismo, la Jurisprudencia exceptúa los siguientes casos: cuando el ataque pueda obedecer a razones extraparentales, o cuando el vínculo familiar aparece roto, o en los casos de provocación por parte de la víctima. Quizás la más discutida sea la segunda, esto es, cuando el vínculo familiar aparece roto, pues, desde nuestra postura, ello no es óbice para que la circunstancia se aplique como agravante. Téngase en cuenta que desde nuestro prisma el fundamento no es el afecto sino el aprovechamiento de la relación parental, aún quebrada, para ejecutar el delito con mayor facilidad, mientras en los delitos económicos y patrimoniales en principio debe ser considerada como

atenuante. También hemos de ser críticos con esta afirmación general pues no se comprende que esta circunstancia deba actuar como atenuante en todo caso en los delitos patrimoniales, cuando existe un supuesto específico que agrava la estafa en el caso de que “*se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador...*” (art. 250.1.7º CP).

En otro orden de cosas, consideramos necesario hacer referencia a la problemática de la comunicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco.

En este sentido, las manifestaciones en torno a la posibilidad de aplicar el art. 65 –antiguo art. 60- a ciertas características de naturaleza personal situadas en la parte especial se han limitado a algún delito o grupo de delitos en particular, concretándose incluso a una relación específica de participación⁹⁵.

Los delitos de parricidio e infanticidio, como advierte Boldova Pasamar⁹⁶, han sido paradigmáticos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y son también los más indicados para ilustrar y guiar la causa de por qué se alza aquí una polémica y como se ve en ella implicado el art. 65.

Señala este autor que para fundamentar la posibilidad de aplicar a las hipótesis de participación en los citados delitos el régimen de la regla del art. 65⁹⁷, tanto la relación de parentesco entre autor y sujeto pasivo, consistente en ser uno respecto a otro

⁹⁵ La más frecuente autor-*intranus*, participe-*extraneus*, pero no a otras posibles combinaciones.

⁹⁶ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995. Vid. también BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996.

⁹⁷ El art. 65 del CP 1995 –Texto vigente hasta el 30 septiembre 2004- viene a decir que:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito”.

El Texto en vigor a partir del 1 octubre 2004 del art. 65 preceptúa que:

“1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”.

ascendiente, descendiente o cónyuge, como el ánimo de ocultar la deshonra vinculado a la condición de madre o abuelos maternos, se tendrían que configurar materialmente como correlativas circunstancias, agravante una y atenuante la otra, que por estar fundadas en una causa personal reclamarían una apreciación individualizada.

De esta forma, un partícipe extraño respondería de homicidio o asesinato, en lugar de parricidio o infanticidio con que se habría calificado la conducta del autor cualificado, mientras que un *intraneus* partícipe en el hecho de un *extraneus* sería responsabilizado por un parricidio o infanticidio, a pesar de que el autor hubiera cometido sólo un homicidio.

Respecto a la comunicabilidad de los partícipes en el delito circunstanciado Salinero Alonso⁹⁸ destaca que en torno a la teoría general de las circunstancias pueden adivinarse, al menos, tres cuestiones que, aunque relacionadas entre sí tienen distinta caracterización:

- La primera, alude a la naturaleza jurídica de las circunstancias, a su caracterización objetiva o subjetiva.

- La segunda, hace referencia a su fundamentación, a su gravitación en la esfera de la teoría del delito (injusto o culpabilidad) o fuera de ella.

- La tercera, discute en relación al párrafo del artículo 65 aplicable a cada una de ellas de cara a su comunicabilidad a los partícipes en el delito circunstanciado.

Díez Ripollés⁹⁹, como la mayoría de la doctrina, ha establecido una vinculación entre estas tres cuestiones, de tal modo que toda circunstancia de naturaleza subjetiva, se refiere a la culpabilidad, y en cuanto a la comunicabilidad acude al párrafo 1 del artículo 65 (antiguo artículo 60). Asimismo, toda circunstancia de naturaleza objetiva, se refiere a la antijuridicidad, y es comunicable a tenor del párrafo 2 del artículo 65.

⁹⁸ Vid. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Granada, 2000, pp. 55 y ss.

⁹⁹ Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, 1977.

El actual artículo 65 tiene un campo de acción muy determinado al señalar las pautas que han de seguirse a la hora de comunicar las circunstancias a los partícipes, pero esas reglas no están pensadas para clasificar las circunstancias en subjetivas y objetivas.

Para Díez Ripollés lo que pretende este artículo es dar una norma clara a través de la cual no pierda vigencia el principio de culpabilidad en relación con las circunstancias.

Salinero Alonso recuerda que la decisión de si una circunstancia posee naturaleza objetiva o subjetiva carece de sentido y, en todo caso, no puede hacerse de forma general sino después de analizar su ratio y dentro del supuesto concreto en que se aparece. Por esta razón para esta autora es claro que no cabe establecer relación apriorística ninguna de la que se deduzcan efectos más allá del mero ejercicio epistemológico¹⁰⁰.

En este sentido, esta postura supone rechazar la vinculación objetiva-subjetiva con el art. 65 párrafo 1º y 2º de manera general y absoluta. Todas las circunstancias se componen, al mismo tiempo de elementos objetivos y subjetivos y en este sentido son mixtas o heterogéneas, pero sólo el análisis pormenorizado de cada una de ellas revelará la prevalencia de una u otra caracterización al margen del art. 65.

La segunda vinculación a la que hacíamos referencia con Salinero líneas arriba, es la que conecta las circunstancias de naturaleza objetiva con la antijuridicidad y las circunstancias de naturaleza subjetiva con la culpabilidad.

Para la autora esta correspondencia supondría admitir de partida que la ubicación sistemática de las circunstancias se encuentra en la teoría del delito, frente a la otra posibilidad que, desde una perspectiva político-criminal, las incluye en la teoría de la pena¹⁰¹.

¹⁰⁰ En este sentido vid. CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; DEL TORO MARZAL, A. y CASABO RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, 1972, pp. 254 y ss.

¹⁰¹ Salinero Alonso intenta demostrar la inconsistencia de una clasificación doctrinal que en orden a su pretendida naturaleza objetiva o subjetiva asigna determinados efectos y consecuencias dogmáticas inexistentes. En efecto, apunta que tienen razón aquellos que consideran que esta vinculación tenía

Por consiguiente, no cabe establecer relación alguna entre naturaleza objetiva o subjetiva e injusto o culpabilidad.

Respecto a la circunstancia mixta de parentesco, no hay ningún autor que la incluya en el párrafo 2º del art. 65. Sin embargo, sí encontramos autores que estiman que gradúa la culpabilidad o que modulan el injusto, incluso aparecen posiciones que la adscriben a uno u otro elemento dependiendo de si actúa como atenuante o agravante¹⁰².

Debe señalarse que la culpabilidad es propia de cada sujeto e intransferible. En este sentido, la comunicabilidad de este tipo de circunstancias a un partícipe supondría defender –como advierte Díez Ripollés- la viabilidad de una participación en la culpabilidad del autor.

Concluyendo, la naturaleza jurídica de las circunstancias *“no es una cuestión que pueda resolverse de modo unitario y unívoco, y mucho menos acudiendo a generalizaciones y abstracciones que no aportan sino confusión y oscuridad al tema. Este es el caso del binomio objetivo/subjetivo que tan sugerente resultó a la doctrina histórica y que tantos ríos de tinta ha sustraído a la actual. Ni es cierto que pueda caracterizar a una circunstancia como puramente objetiva o subjetiva, ni menos aún que de ello pueda extraerse consecuencias de cara a su fundamentación dogmática o su comunicabilidad o incomunicabilidad a los partícipes en el hecho delictivo. No cabe hablar, por tanto, de la naturaleza jurídica de las circunstancias como si se tratara de*

sentido y podía justificarse en los autores decimonónicos dado el estado de la teoría del delito en aquellos entonces, donde la doctrina clásica –causalista- imperante entendía que todo lo objetivo pertenecía a la antijuridicidad y que todo lo subjetivo tenía su residencia en la culpabilidad.

Sin embargo, sigue razonando, la posterior evolución de la dogmática penal, la quiebra del planteamiento que estimaba que los distintos elementos de la teoría del delito eran compartimentos estancos, independientes los unos de los otros, y el reconocimiento de elementos subjetivos del injusto, hace que tal correspondencia pierda sentido y que circunstancias con elementos subjetivos se adscriban al injusto y, al contrario, circunstancias con elementos objetivos puedan residenciarse en la culpabilidad. Todo ello, dependiendo de los distintos planteamientos dogmáticos de los que se parta y de las distintas concepciones del injusto y de la culpabilidad.

Así, la distinta concepción que se tenga de la culpabilidad incidirá en la clasificación de determinadas circunstancias. Para Mir Puig, la reincidencia aún siendo subjetiva no afecta a la culpabilidad, entendida como condición de atribución del injusto personal, estimando que tal circunstancia revela en el sujeto una actitud más contraria al Derecho, lo que supone un aumento del injusto (vid. MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona, 1974).

Cerezo Mir entiende, por su parte, que tal circunstancia incide en la medida de la culpabilidad (vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1998).

¹⁰² Bajo Fernández, Córdoba Roda y Cerezo Mir respectivamente.

*algo único para todas las agravantes o atenuantes. Tales determinaciones han de pasar necesariamente por un análisis individual de cada una de ellas, de su ratio y valoración legislativa y todo ello en el contexto del caso concreto de que se trate*¹⁰³.

La tercera cuestión aludía a la eficacia del art. 65 y la inclusión de cada una de ellas a su párrafo primero o segundo a la hora de proclamar su comunicabilidad o no a los partícipes del delito.

La aplicación de este precepto no ha estado exento de polémica, en parte por la confusión conceptual de que toda circunstancia personal pertenecía a la culpabilidad y se regía por el párrafo primero del art. 65 o, por el contrario, por su caracterización como circunstancia objetiva y por ello perteneciente al injusto, entrando en juego en este caso el párrafo segundo del mencionado precepto. Asimismo, este precepto ha sido foco de discusión por la controversia originada en el seno de la doctrina en relación a su aplicabilidad o no a las circunstancias específicas previstas en la Parte Especial del Código Penal.

La falta de precisión entre lo objetivo y subjetivo y la presencia de ambos elementos en todas las circunstancias eran argumentos suficientes para negar virtualidad a esta situación. Pero es que además el análisis individual de cada una de ellas, de su ratio, llevaba a tener que reconocer –advierte Salinero- la quiebra de esa triple correspondencia, porque aparecían circunstancias que teniendo una caracterización objetiva o subjetiva podían ser reconducidas al injusto y a su vez al párrafo primero del art. 65, circunstancias del injusto que van a los párrafos primero y segundo, e incluso circunstancias objetivables –como la confesión y reparación espontánea- que se desenvuelven en orden al párrafo primero del art. 65 y que no pueden ser vinculadas ni al injusto ni a la culpabilidad.

En otro orden de cosas, encontramos autores¹⁰⁴ que estiman que las circunstancias a las que hace referencia el art. 65 son tanto las genéricas –arts. 21, 22 y 23 CP- como las específicas, extendiendo sus efectos a ámbitos como la participación

¹⁰³ Vid. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias...*, op. cit., pp. 63 y 64.

¹⁰⁴ En este sentido se posiciona Cerezo Mir.

en delitos especiales, que en principio le serían vedados a un precepto que desarrolla su eficacia respecto a circunstancias modificativas de la responsabilidad.

De otra parte, encontramos autores que proponen la aplicación del art. 65 a través de una analogía *in bonam partem*¹⁰⁵.

De otro lado, la mayoría de la doctrina niega la aplicación del art. 65, ya sea directa o analógicamente, a las circunstancias específicas, reservándolo de forma exclusiva para las circunstancias de los arts. 21, 22 y 23.

Siguiendo a Boldova Pasamar¹⁰⁶ podemos acercarnos a la elaboración de la doctrina del Alto Tribunal. En este sentido, se sirvió en muchas ocasiones del estudio de las relaciones lógicas de dependencia del parricidio y del infanticidio con respecto al homicidio –o, en su caso, al asesinato- y en la consecuente visión de los aspectos diferenciales de estos delitos como simples circunstancias de agravación o atenuación de la pena en ambos casos, lo que no hace de ellos delitos esencialmente distintos. De ahí pudo generalizarse al resto de figuras agravadas o atenuadas –subtipos-, construidas a partir de un tipo básico sobre la base de un elemento de carácter personal¹⁰⁷, y, en la medida en que se ha ido modernizando conceptualmente la dogmática, a los delitos especiales impropios.

El papel desempeñado por el art. 60 –actual 65- para alcanzar dicha comprensión habría sido decisivo, si bien no siempre fuera precisa su invocación, sino tan sólo alegar el criterio que viene recogido en el párrafo 1º.

Por otra parte, no se ha limitado la Sala 2ª en esta labor a las relaciones de estricta participación, sino también a las de coautoría en la comisión del hecho.

Como señala Boldova el argumento para dar validez a este planteamiento, ha sido que “*la ley no consagra la identidad nominal jurídica de los hechos punibles*”, es decir “*que la teoría de la indivisibilidad del título de los delitos no se halla sancionada*

¹⁰⁵ Ésta es la postura que ha seguido de forma mayoritaria nuestra jurisprudencia desde antaño.

¹⁰⁶ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad...*, op. cit., pp. 223 y ss.

¹⁰⁷ El autor cita como ejemplo el aborto *ad honorem* u honoris causa del art. 414, en relación con el aborto castigado en el núm. 2º del art. 411 del ACP.

como principio o doctrina en el Código Penal; el cual, sí prohíbe la comunicación a todos los reos del aumento de responsabilidad determinado por meras circunstancias agravantes, concurrentes en uno, fuera ilógico afirmar que autoriza la generalización de éstas cuando las confiere mayor eficacia”. Además no cabría señalar como objeción que aquellos que es llamado circunstancia se integra jurídicamente en el delito de que se trata como un elemento típico, pues se considera, por ejemplo, que “*el parentesco, aún como elemento del tipo entraña una circunstancia de agravación*”¹⁰⁸.

Esta doctrina de la jurisprudencia se ha mantenido prácticamente incólume con respecto a todos los delitos en que se venía aplicando. Sin embargo, en los últimos años se ha producido una cierta controversia sobre el asunto en el interior del propio Tribunal –reflejo de la discusión doctrinal que ha tenido lugar en nuestro país sobre este tema–, teniendo su origen en los problemas de participación surgidos con respecto a un delito en particular, ha terminado con la pretensión de generalizar la doctrina opuesta a la hasta entonces imperante¹⁰⁹.

González-Cuellar García¹¹⁰ advierte que el tema de la participación del “*extraneus*” en los delitos de parricidio e infanticidio ha dado lugar a una copiosa y contradictoria discusión doctrinal y a una unánime, aunque errónea jurisprudencia.

¹⁰⁸ SSTs de 30 mayo 1894, de 12 diciembre 1887 y de 30 abril 1979.

¹⁰⁹ En efecto, en terminología del autor este caso “límite” lo había constituido la participación de particular en el delito de *malversación de caudales públicos*, sobre el cual en algunas ocasiones se habría acudido a la aplicación de la regla primera del art. 60 o del criterio a ella subyacente. Vgr.: la SSTs de 1 mayo 1900 castiga a uno como autor de malversación mientras que pena a otro como autor de estafa, no alude expresamente al art. 60, pero alega que las circunstancias personales que son constitutivas de determinados delitos no son extensivas a otras personas.

A partir de las cuestiones suscitadas por la doctrina respecto a la posibilidad de participación de extraños en los delitos especiales, en la doctrina jurisprudencial –advierte Boldova– se creó un punto de inflexión que, comenzando a circunscribirse únicamente al referido delito, pasó a afectar a toda la participación en delitos especiales. Respecto a la malversación, en un principio el Tribunal Supremo habría argumentado que no estamos ante un simple delito agravado de hurto, de la apropiación indebida o de la estafa, sino realmente ante un delito independiente, un delito especial propio, cuyo elemento constitutivo de la autoría no puede ser tomado por simple circunstancia sujeta a las disposiciones del art. 60, y, en consecuencia, el partícipe sólo puede inculparse por el delito especial del autor, dado que participa en el hecho de otro, y ello como consecuencia lógica de la accesoriedad de la participación.

Lo antes expuesto no significaría una modificación del alcance del art. 60, sino tan sólo otro entendimiento de la naturaleza del delito de malversación.

¹¹⁰ Vid. GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código Penal” en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982, núm. 16, pp. 213 a 230. Vid. también LUZÓN CUESTA, J. M., “Parricidio o bien homicidio o asesinato en el caso de previa destrucción de hecho de la relación conyugal. Comentario a la STS de 28 marzo de 1994” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1994-3, Madrid, pp. 324 a 338. Vid. RAMOS TAPIA, M^a. I., “El homicidio del cónyuge (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 31 de octubre de 1994)” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1996-1, pp. 25 a 32. Vid. MATA Y MARTÍN, R. M., “La relación conyugal

Este autor plantea la cuestión desde la naturaleza de los delitos de parricidio e infanticidio. Pertenecen a los llamados delitos especiales impropios, que son aquellos que requieren una especial condición en el sujeto activo, y en caso de faltar dicha circunstancia, pasan a constituir un delito común. Este último punto es el que los diferencia de los delitos especiales propios.

En segundo lugar, hace otra puntualización previa respecto a la fijación de la extensión del concepto de participación. La participación supone contribuir al hecho de otro, y ello no tiene lugar ni en la autoría mediata ni en el encubrimiento.

González-Cuellar García se pregunta cómo castigar al extraño –persona no cualificada por el parentesco- que participa en los delitos de parricidio e infanticidio. El tema, a su juicio, exige la solución de dos cuestiones previas. La primera, conocer si estamos ante delitos autónomos o, por el contrario, son figuras derivadas del delito base de homicidio. En segundo lugar, debemos plantearnos si, resuelto lo anterior, la contestación al problema de la participación es automática y sin posibilidad de presentar nuevos conflictos.

Respecto a la primera cuestión que plantea estima que la balanza se inclina en favor de la solución que contiene al parricidio y al infanticidio como formas derivadas –agravadas- del homicidio. Una vez sentado que estos delitos son formas agravadas del homicidio se pregunta si con ello ya está resuelta la cuestión de la participación en dichas figuras y reflexiona que no y que tendrá que solucionarse mediante una consideración de cada tipo concreto, para conocer si permite el juego de los principios generales de participación.

El problema presentado es tan complejo que el Derecho extranjero resuelve estas cuestiones con fórmulas concretas¹¹¹.

como elemento del delito de parricidio. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo, 10 de mayo y 31 de octubre de 1994” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1995-2, pp. 772 a 778.

¹¹¹ El Código italiano configura el parricidio como una agravación del parricidio, unido a otra serie de circunstancias, que en España son propias del asesinato, y el infanticidio, que responde al llamado sistema latino, goza de artículo independiente, pero dentro del capítulo de homicidio. Pese a ello se establece una norma destinada a solventar los problemas de la participación afirmando que *si por las condiciones o por las cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido cambia el*

Para este autor el legislador español ha querido resolver el problema de la participación y ha optado por romper la unidad del título. Con ello sigue el criterio vigente en la jurisprudencia, que, en atención al artículo 60, establecía la no transmisibilidad del parentesco en ninguno de estos delitos¹¹².

En otro orden de cosas, Gimbernat¹¹³ apunta que el Tribunal Supremo se inclina por la calificación de parricidio con la concurrencia de la correspondiente agravante, fundamentándolo en que el parricidio es especial respecto del asesinato; en que, además de ser especial es un tipo privilegiado; y, finalmente, en que no puede aplicarse el asesinato con la agravante de parentesco *“por la razón simplísima de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio”*¹¹⁴.

Gimbernat es crítico con esta postura y pone de manifiesto:

- En primer lugar, que el parricidio no es un subgénero del asesinato – y, por consiguiente, no es especial frente a él- porque es perfectamente imaginable la muerte de un descendiente o del cónyuge, sin que concurra ninguna de las circunstancias agravantes del art. 406: no todo parricidio es siempre y al mismo tiempo un asesinato.

- En segundo lugar, ciertamente si se aplicase el asesinato con la agravante de parentesco, el parricidio quedaría “desmembrado”, pero ante un hecho que se puede calificar tanto de parricidio como de asesinato, se aplica aquel, como hace la jurisprudencia, entonces el que queda desmembrado es éste, y el Tribunal Supremo no explica, ante una disyuntiva en la que necesariamente alguno de los dos tipos ha de

título del delito para alguno de los que han concurrido, también los demás responderán del mismo delito –unidad del título de imputación-.

El Derecho alemán no conoce un tipo concreto dedicado al parricidio y el infanticidio está contenido en un precepto que se acerca a la fórmula latina, al hacer referencia a la madre ilegítima. Asimismo se determina que los elementos personales especiales que agraven, atenúen o excluyan la pena solamente podrán imputarse a aquel interviniente en el que concurran.

¹¹² Vid. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Madrid, 1956, pp. 284 y 285. Este autor entiende que los extraños pueden participar en el infanticidio y debe apreciarse el título de su responsabilidad por la cooperación o la inducción a tal hecho. Vid. también FERRER SAMA, A., *El error en Derecho Penal*, Murcia, 1941, pp. 108 y ss.

¹¹³ Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Algunos aspectos de la reciente doctrina...”, op. cit., pp. 431 a 435.

¹¹⁴ Vid. STS de 4 marzo 1986.

quedar marginado, por qué hay que preferir una “desmembración” (la del asesinato) a otra (la del parricidio).

- En tercer lugar, cuando el Tribunal Supremo argumenta con que el parricidio es una infracción privilegiada, ello no pasa de ser una petición de principio: ciertamente que el parricidio tiene en el Código Penal una pena inferior a la del asesinato en tanto en cuanto consista única y exclusivamente en la muerte del pariente; pero si la muerte de un pariente del art. 405 es, también, alevosa, entonces ese hecho ya no es sólo un parricidio, sino también el delito más grave de asesinato. El autor se pregunta por qué cuando concurren simultáneamente parricidio y asesinato hay que dar preferencia a delito que tiene señalada pena inferior (al supuestamente privilegiado) frente al de pena superior, y concluye que esa no es la solución sino que ese es precisamente el planteamiento del problema.

Con lo expuesto Gimbernat rechaza en su fundamentación la tesis defendida por el Tribunal Supremo para resolver la relación parricidio-asesinato y asimismo estima que tampoco es correcto el resultado al que conduce (la pena de reclusión mayor en sus grados medio o máximo), por ser incompatible con la escala de valores del Código Penal.

Mir ha defendido la tesis de que estamos, en realidad, ante un concurso ideal entre asesinato y parricidio, por lo que la pena a imponer es la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo.

Contra esta solución del concurso ideal Gimbernat objeta que las penas del parricidio (reclusión mayor) y del asesinato (reclusión mayor en su grado máximo) figuran entre las más graves del Código Penal precisamente porque cada uno de esos tipos, por sí sólo, se construye en torno al núcleo fundamental de injusto de la muerte dolosa de otra persona; de ahí que aplicar los dos cumulativamente, como propone Mir, suponga someter a un doble juicio de desvalor una única muerte voluntaria.

Mir afirma que su solución es inevitable en Derecho español porque, como el art. 59 dispone que *“no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la*

Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo”, de ahí se deduce que, porque la alevosía constituye por sí misma un delito especialmente castigado, esto es, un asesinato, esa agravante no puede aumentar la pena del parricidio, y que, por los mismos motivos, tampoco la circunstancia de parentesco –al constituir en parte el delito especialmente castigado de parricidio- puede aumentar la pena del asesinato, al declarar incompatibles con el art. 59 tanto la tesis jurisprudencial como la mayoritaria en la ciencia penal, Mir piensa que la única salida es la del concurso ideal entre el parricidio y el asesinato.

Para Gimbernat esta exégesis supone una tergiversación del contenido del art. 59 porque lo único que quiere decir este precepto para este autor es que si se aplica un determinado delito en cuya configuración ha entrado una agravante –vgr.: asesinato cualificado por la alevosía-, ésta no puede volver a entrar en juego como circunstancia genérica y concluye que el art. 59 supone, por consiguiente, una plasmación del elemental principio “*non bis in idem*” de que un mismo dato no puede ser sometido a un doble juicio de desvalor como alevosía del 406.1ª y como alevosía del 10.1ª¹¹⁵.

En definitiva Gimbernat concluye que si el delito no se aplica –y el Tribunal Supremo no aplica el asesinato cuando castiga por parricidio, ni la doctrina científica dominante aplica tampoco el parricidio cuando castiga por asesinato-, por no infringir el principio “*non bis in idem*”, entonces nada se opone a que la alevosía (en el parricidio) o el parentesco (en el asesinato) concurren como agravantes genéricas.

Además, si como mantiene Mir –advierte Gimbernat-, el artículo 59 excluye la aplicación de la agravante genérica siempre que ésta se haya incorporado a un tipo delictivo como elemento integrante del mismo, entonces, como el ensañamiento es una circunstancia cualificativa del asesinato, el infanticidio con ensañamiento, no sería calificado y sancionado sobre la base del art. 410 con la agravante genérica de del 10.5ª, sino, a tenor de la tesis de Mir, como un concurso ideal entre el asesinato del 406.5ª y el infanticidio del 410 –la pena a aplicar sería la del grado máximo de reclusión mayor en su grado máximo-, con lo que frente a un asesinato con ensañamiento sin más –reclusión mayor en su grado máximo- la adición de los dos elementos de atenuación de

¹¹⁵ Mir no tiene en cuenta este principio al desvalorar dos veces –como parricidio y como asesinato- el mismo dato de una muerte dolosa.

que la madre obra, en los momentos subsiguientes al parto y con la finalidad de ocultar la deshonra condicionaría la imposición de una pena más grave. Asimismo, como la relación de ascendencia es un elemento integrante del parricidio, la muerte del padre con su consentimiento no podría considerarse un homicidio-suicidio del 409, inciso segundo, con la agravante del art. 11, sino que habría que dar paso a un concurso ideal del 405 con el 410; de este modo –y siempre según Mir- resultaría menos castigado un parricidio sin más que un parricidio con la concurrencia del factor de atenuación de que la víctima consiente en su muerte.

La tesis de Mir de que el ensañamiento y el parentesco al haberse integrado como cualificativas en delitos independientes de asesinato y de parricidio, no pueden aplicarse ya como agravantes genéricas a otros delitos contra la vida, sino sólo concursando idealmente como tales delitos de asesinato o de parricidio, lleva al resultado –a todas luces equivocado- de castigar más gravemente un parricidio con el factor de atenuación del consentimiento de la víctima que un parricidio sin más, de castigar más gravemente el delito privilegiado de infanticidio con ensañamiento que un muerte sin más –no privilegiada- con ensañamiento.

Gimbernat rechaza en su fundamentación la tesis de Mir de que la relación parricidio-asesinato deba ser resuelta como un concurso ideal.

En otro orden de cosas, Salinero Alonso¹¹⁶ apunta que el art. 65 tuvo como eje intentar resolver satisfactoriamente los supuestos de extraños que intervenían en los delitos de parricidio e infanticidio. Sin embargo sus efectos se ampliaron a otras figuras delictivas y que en la actualidad, aparte del asesinato se seguirá planteando en torno a otros casos de delitos especiales impropios.

Lo cierto es que su ámbito de aplicación según esta autora se reduce única y exclusivamente a las circunstancias en sentido estricto.

Desde un punto de vista meramente formal porque nadie cuestiona que este precepto, ubicado sistemáticamente entre las reglas para la determinación de la pena,

¹¹⁶ Vid. SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias...*, op. cit., pp. 91 a 95.

recoge a las agravantes y atenuantes generales cuyos efectos penológicos aparecen recogidos en el art. 66.

Asimismo, de la dicción del art. 67 se pueden excluir de las reglas del precepto anterior a *“las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse”*.

De otra parte, como ha sido dicho Salinero no sólo aduce razones de índole formal para apoyar un ámbito restringido del artículo 65, por cuanto la distinta valoración de una y otras por parte del legislador va a determinar su distinto tratamiento.

Aunque materialmente el dato o característica pueda ser único, la especial valoración que del mismo realiza el legislador da lugar a que su significación normativa varíe y que en ningún caso puedan recibir un tratamiento unitario. Apunta la autora que ello no sólo en los casos en que tal circunstancia adquiera carácter esencial y conforme un delito autónomo, sino también cuando la misma especifique al tipo básico dando lugar a un tipo cualificado o privilegiado.

En este sentido, advierte la autora que en el primer caso el dato o característica pierde su carácter accidental convirtiéndose en elemento esencial constitutivo del delito de que se trate –alevosía o precio en el asesinato-. En el segundo supuesto y a pesar de que la circunstancia no pierde su carácter accidental –solamente especifica un tipo básico- sin embargo, Salinero manifiesta que sí se desprende de la *“función accidental”* propia de las circunstancias en sentido estricto y que determina que su eficacia se desenvuelva a la hora de concretar el marco penal abstracto, mientras que los tipos cualificados o privilegiados fijan directamente ese marco en el que posteriormente operarán las circunstancias genéricas.

La autora concluye, que el art. 65 de nuestro Código Penal se refiere exclusivamente a las circunstancias genéricas recogidas en los arts. 21, 22 y 23, sobre las cuales operarán las reglas de comunicabilidad o incommunicabilidad por él fijadas.

Respecto a su fundamento y naturaleza, en relación a la primera cuestión es opinión unánime la que considera que el art. 65 es una manifestación del principio de culpabilidad, que junto a los arts. 5, 10 y 12 del CP 95¹¹⁷, proyecta la vigencia de este principio en el ámbito de las circunstancias. Y este es su fundamento, sin que sea misión de este precepto servir de baluarte para defender la clase y régimen de accesoriadad de la participación acogido en nuestro ordenamiento¹¹⁸.

Si entramos a analizar con Salinero las reglas de transmisibilidad de las circunstancias podemos advertir lo siguiente:

El art. 65 contiene dos reglas diversas que van a determinar la comunicabilidad o incomunicabilidad de una circunstancias a los intervinientes en un delito.

Este precepto no clasifica las circunstancias en subjetivas u objetivas como tradicionalmente se ha entendido, sino en personales, párrafo primero, y relativas a la ejecución del hecho o a los medios empleados, párrafo segundo, sin que pueda equipararse subjetivo con personal y objetivo con impersonal¹¹⁹.

Partiendo de esta distinta caracterización el legislador establece dos contenidos distintos, de tal modo que las circunstancias personales no podrán apreciarse más que en aquellas personas en quienes concurren, y las relativas a la ejecución podrán aplicarse a todos aquellos que tuvieron conocimiento de ellas al tiempo de la acción o de su cooperación para el delito.

El art. 65 hace referencia a distintos efectos y consecuencias para las circunstancias modificativas dependiendo de una u otra caracterización, pero no nos

¹¹⁷ El art. 5 determina que “*no hay pena sin dolo o imprudencia*”.

El art. 10 viene a decir que “*son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley*”.

El art. 12 preceptúa que “*las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*”.

¹¹⁸ González Cussac señala que esta cuestión ha de resolverse de conformidad a lo dispuesto en los arts. 27, 28, 29, 62 y 63 del Código Penal, así como también han de resolverse los problemas de participación de los delitos especiales. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988.

¹¹⁹ Salinero Alonso estima más adecuada la designación como circunstancias ejecutivas al comprender este término ambas posibilidades de llevar a cabo la circunstancia, esto es, circunstancias relativas a la ejecución y a los medios empleados (párrafo segundo).

indica en ningún momento cuáles, de las previstas en los arts. 21, 22 y 23, se van a regir por su párrafo primero o por el segundo.

La cuestión de determinar cuando una concreta circunstancia es personal o atiende a la ejecución no es tarea fácil y esto es así porque existen circunstancias personales en las que ese carácter personal sirve de base o se complementa con un especial momento en la ejecución del hecho, es decir, circunstancias que no se agotan en el momento personal sino que soportan un especial relación ejecutiva.

La única vía para poder establecer cuando nos encontramos ante una circunstancia del párrafo primero o del segundo del art. 65 es acudir a su ratio y buscar el sentido teleológico de la misma.

Sólo el estudio pormenorizado de cada una de ellas y el propio contenido del precepto, podrán darnos la pauta de su adscripción a uno u otro párrafo.

Alonso Álamo¹²⁰ pone de manifiesto que la aplicación del art. 60 –actual art. 65- proporciona criterio sobre comunicabilidad de las circunstancias a los partícipes, limitando, de acuerdo con el principio de culpabilidad en él reconocido, las consecuencias de una accesoriedad entendida en sentido estricto.

Alonso Álamo señala que un sector de la doctrina lo declara aplicable incluso a las características que integran tipos cualificados, y esta es, asimismo, la doctrina del Tribunal Supremo. Las objeciones realizadas frente a esa doctrina en el sentido de que las características de los citados tipos de delito no son circunstancias sino elementos esenciales, y, por tanto, no cabe aplicar el art. 60, pierden su fuerza ante el delito circunstanciado puesto que en estos delitos no surge una unidad valorativa nueva dotada de significación normativa nueva y, por tanto, puede admitirse en principio, que las características, hechos, relaciones, etc, que lo integran son circunstancias¹²¹.

¹²⁰ Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito*, op. cit., p. 321 a 323.

¹²¹ Alonso Álamo se plantea la aplicación de las reglas generales sobre determinación de la pena de acuerdo con las circunstancias que prevé el Código (antiguo art. 61 regla tercera). En este sentido cita cómo se resuelve la cuestión en el Derecho italiano, que equipara a efectos del juicio de equivalencia o prevalencia, las circunstancias generales y las circunstancias que determinan una pena de diversa clase o la medida de la pena de modo independiente de la ordinaria del delito. Es decir, prácticamente todas las

Alonso¹²² estima que al aludir a la naturaleza objetiva o subjetiva de la circunstancia partimos del análisis de los elementos constitutivos que unas veces apuntan a la psique del autor, en cuyo caso decimos que se trata de un elemento subjetivo, y otras veces se refieren al mundo exterior –a la acción, al tiempo, al lugar, etc-, en cuyo caso decimos que se está ante un elemento objetivo.

Al entrar en el análisis de la circunstancia, observa la autora, que, en principio, la bipartición objetivo-subjetiva debe ser mantenida. Sin embargo, los inconvenientes que presenta superan la importancia práctica de la clasificación. En primer lugar, porque no siempre se emplean estos términos en el mismo sentido, lo que puede conducir a equívocos. En segundo lugar, porque a medida que la dogmática jurídico penal se ha ido alejando de la vieja doctrina según la cual todo lo objetivo pertenece a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, la determinación de la naturaleza de la circunstancia objetiva, subjetiva, o, en su caso, mixta, pierde la importancia práctica que en otro momento pudo tener.

La naturaleza objetiva o subjetiva no es predeterminante, necesariamente, de la reconducción al injusto o a la culpabilidad.

Algunos autores, sin embargo, a pesar de seguir, en líneas generales, el criterio expuesto, refieren a la antijuridicidad circunstancias con elementos subjetivos. Así, para Antón Oneca¹²³ la alevosía pertenece a la antijuridicidad, puesto que se trata de una circunstancia objetiva, pero reconoce que está incorporado a la agravante un elemento subjetivo especial –que los medios, modos y formas de ejecución tiendan directa y

características de agravación y atenuación previstas en la Parte Especial pueden ser sometidas al juicio de prevalencia o equivalencia –juicio de comparación- con las circunstancias generales.

En el marco del Derecho alemán la autora recuerda como presenta particular interés la polémica surgida en torno a la figura del asesinato. Un sector de la doctrina estima que las causas mencionadas (antiguo parágrafo 211 apartado segundo) tienen únicamente una significación indiciaria-sintomática y pueden ser compensadas por circunstancias atenuantes (STREE, ESER, WELZEL, BLEI). Esta posición es rechazada, sin embargo, por otro sector de la doctrina (DREHER/TRÖNDLE, PREISEDANZ, WESSELS). En el StGB alemán no existen cuadros de circunstancias generales. Por tanto, el tema de la compensación entre circunstancias agravantes y atenuantes, generales y especiales, no pueden plantearse en los mismos términos que en el Derecho español e italiano. Sin embargo, es indicativa de la corriente dirigida a incrementar las facultades del juez que, en materia de asesinato, se llegue a admitir, al menos por un sector de la doctrina, la compensación de las causas nominadas de agravación con eventuales circunstancias atenuantes.

¹²² Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema...*, op. cit., pp. 346 y ss.

¹²³ Vid. ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, 1944.

especialmente a asegurarla y a asegurar también la persona del delincuente contra la defensa del ofendido-.

Antón Oneca pone de relieve en el estudio de circunstancias particulares el reflejo que en el tratamiento de las mismas debe tener la propia concepción dogmática, frente al amplio sector de la doctrina española que, a pesar de seguir en mayor o menor medida la evolución histórico-dogmática de la teoría del delito, deja ancladas las circunstancias en el periodo dogmático que atribuye todo lo objetivo a la antijuridicidad y lo subjetivo a la culpabilidad.

Rodríguez Devesa¹²⁴ considera que los elementos accidentales del delito de naturaleza objetiva determinan la mayor antijuridicidad de la conducta mientras que los de índole subjetiva determinan la mayor culpabilidad.

Sin embargo, al reconducir circunstancias mixtas objetivo-subjetivas reconoce en parte, y de acuerdo con la doctrina de los elementos subjetivos del injusto, que también circunstancias con ingredientes subjetivos pertenecen a la antijuridicidad.

A medida que esta tendencia se abre camino, el interés de la clasificación de las circunstancias, por su naturaleza, en objetivas y subjetivas va disminuyendo. En este sentido, considera Díez Ripollés¹²⁵ poco justificado el análisis de la naturaleza objetiva o subjetiva de las circunstancias.

Para Alonso Álamo la comprensión del art. 60 en el sentido de que el párrafo primero acoge todas las circunstancias subjetivas y el párrafo segundo las objetivas, debe ser rechazada. La naturaleza de cada circunstancia puede ser objetiva, subjetiva o mixta, pero en ningún caso encuentra expresión dicha naturaleza en las pautas de este precepto. La naturaleza objetiva, subjetiva o mixta de una circunstancia ha de ser indagada y reconocida al margen del citado artículo.

Las referencias que el art. 60 contiene en cualquiera de sus párrafos pueden ser llenadas por circunstancias con elementos objetivos y subjetivos. No cabe, pues,

¹²⁴ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a, *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, 1976.

¹²⁵ Vid. Díez Ripollés, J. L., “Naturaleza de las circunstancias modificativas...”, op. cit., p. 644.

sostener la equiparación entre circunstancias subjetivas y párrafo primero del art. 60, y circunstancias objetivas y párrafo segundo del mismo precepto legal.

El art. 60 cumple, en principio, una función material: proporciona criterios sobre comunicabilidad de las circunstancias a los participantes en el delito y, al propio tiempo, pautas que permiten dividir las circunstancias en personales e impersonales.

En primer lugar son circunstancias personales las que consistan, a tenor de lo dispuesto en el párrafo primero del art. 60, en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal¹²⁶.

Para determinar cuando una circunstancia es personal o no, es indiferente su naturaleza objetiva o subjetiva. Para Alonso se ha de investigar su ratio o telos. Es decir, se ha de buscar el sentido teleológico de la circunstancia.

En segundo lugar, son circunstancias impersonales las que consisten en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla –párrafo segundo del art. 60-. Decisivo será –arguye Alonso- también para determinar si una circunstancia es impersonal la investigación de su ratio o telos.

En efecto, el art. 65 cumple la función material básica de proporcionar criterios sobre la comunicabilidad de las circunstancias. Pero, determinar cuando una circunstancia tiene esencia personal o impersonal, como ha sido dicho líneas arriba, no va a ser siempre tarea fácil.

La investigación de la ratio de la circunstancia habrá de dar primacía a uno de sus momentos constitutivos. Es decir, aún admitiendo que concurren en la circunstancia momentos personal e impersonales, se habrá de concluir, en último término, que la circunstancia tiene un “sentido” bien personal, bien impersonal, que consiste, por ejemplo, en la disposición moral del delincuente, o en la ejecución material del hecho.

¹²⁶ Alonso Álamo señala que el adjetivo “personal” con que se las califica se extrae, por tanto, del propio tenor literal del precepto.

En el derecho comparado se discute si la ejecución alevosa es una característica del injusto o de la culpabilidad. Primero se considera la alevosía elemento de la “actitud espiritual”¹²⁷ y luego se discute si estos elementos deben referirse al injusto o a la culpabilidad. A partir de la concepción diversificadora de la “actitud espiritual”, hoy predominantemente en Alemania se considera que la alevosía es una característica relativa a los medios de ejecución y, por tanto, pertenece primariamente al injusto y, sólo mediatamente, también a la culpabilidad¹²⁸.

Alonso Álamo aduce que, desde el punto de vista histórico, dos son básicamente las razones que fundamentan la alevosía: el aseguramiento del delito, con la consiguiente indefensión de la víctima, y la cobardía.

Concluye que, si bien la agravante revela esta especial cobardía, consiste fundamentalmente en el modo de ejecución.

Que la ejecución alevosa sea al propio tiempo índice de una actitud espiritual más o menos censurable es, a efectos del art. 60, y, a efectos de la pertenencia al injusto o a la culpabilidad, indiferente. Para esta autora, la alevosía no consiste en los términos del art. 60, en la disposición moral del delincuente. La alevosía es, por tanto, circunstancia impersonal.

Abandonada la relación circunstancias subjetivas-párrafo primero del art. 60 culpabilidad, de un lado, y circunstancias objetivas-párrafo segundo del citado precepto y antijuridicidad, de otro, la autora se pregunta si, a la vista del contenido propio del art. 60, cabe mantener una relación entre la clasificación de las circunstancias inherente a este precepto (las circunstancias personales e impersonales ya citadas) y las circunstancias que pertenecen al injusto o a la culpabilidad.

La ratio o telos, la determinación del sentido teleológico de la circunstancia es el punto de arranque de la ulterior comprensión valorativa.

¹²⁷ En alemán, *Gesinnungsmerkmale*.

¹²⁸ Vid. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3ª Aufl., Duncker & Humblot, Berlín, 1978, p. 381.

Según esto, si el art. 60 no sólo da los criterios materiales para la aplicación de las circunstancias a los participantes en el delito, sino también, indirectamente, permita dividir las circunstancias atendiendo a la ratio o telos en personales e impersonales, parece que, en principio, observa Alonso, la relación entre esta clasificación y el injusto y la culpabilidad puede sostenerse. Esto es, las circunstancias impersonales serían comprendidas valorativamente en el injusto –graduarían la gravedad del injusto-, mientras que las circunstancias personales serían valorativamente comprendidas en la culpabilidad.

El art. 60 “*es un instrumento de control de la situación que se adopte sobre una circunstancia (reconducción al injusto o a la culpabilidad), pero metodológicamente no es vinculante*”¹²⁹.

En este sentido, de conformidad con las nociones de injusto y culpabilidad sostenidas por la autora, las relaciones circunstancias impersonales-injusto, y circunstancias personales-culpabilidad pueden, en principio, admitirse. Por ejemplo – siempre bajo la tesis de Alonso- las circunstancias que consisten en la “disposición moral del delincuente” gradúan el objeto del juicio de reproche, la actitud espiritual del agente en que, en último término, la culpabilidad consiste, o también, las circunstancias que consisten en la ejecución material del hecho pueden suponer por ejemplo un aumento de lesión del bien jurídico protegido, con lo cual se incrementa el desvalor de resultado propio del delito.

La equiparación injusto-párrafo segundo del art. 60, y culpabilidad-párrafo primero en los términos indicados, estará siempre expuesta a la crítica a que se vincula el art. 60, siendo así que el citado precepto cumple tan sólo la función material de proporcionar reglas sobre la comunicabilidad de las circunstancias a los participantes.

Afirmado lo anterior, los autores que parten de los presupuestos dogmáticos propios de la teoría finalista habrían de llevar al injusto, de conformidad con ellos, circunstancias como el parentesco o la reincidencia que, en los términos del art. 60,

¹²⁹ Vid. ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema...*, op. cit., p. 360.

habrían de ser consideradas circunstancias personales o que consisten en una causa personal.

La teoría finalista, asimismo, podría reconducir al injusto –si bien se presentan algunas dudas- circunstancias que consisten en la disposición moral del agente y que, sin embargo, consisten en una causa personal en el sentido del art. 60. En este sentido, existirían circunstancias que podrían ser reconducidas al injusto y que, sin embargo consisten en una causa personal.

La situación inversa, esto es, circunstancias que pertenecen a la culpabilidad y que consistan, no obstante, en una causa impersonal parece, sin embargo, que no se plantea.

Debe entonces decidirse si es suficiente la objeción antes indicada para abandonar toda vinculación entre circunstancia impersonal e injusto, de un lado, y circunstancia personal y culpabilidad, de otro, o si debe mantenerse, teniendo en cuenta que la ratio o telos de la circunstancia es, por regla general, el punto de partida de la ulterior comprensión valorativa.

Alonso Álamo sostiene que esta vinculación debe en principio mantenerse aunque está sujeta a excepciones¹³⁰.

De otra parte, retomando el análisis de Boldova¹³¹ podemos citar la Sentencia de 22 junio 1982 que se apresura a afirmar que “...*estamos ya en condiciones de revisar la*

¹³⁰ Las excepciones se plantearán fundamentalmente en circunstancias que presentan un momento personal y otro impersonal –lo que la autora denomina circunstancias mixtas personales-impersonales-. En estas circunstancias, el momento personal puede resultar decisivo, a efectos del art. 60. Asimismo, a efectos de la comunicabilidad puede ser prioritario el momento personal.

Sin embargo, a efectos de la comprensión valorativa de la circunstancia en el injusto o la culpabilidad, el momento impersonal adquiere la primacía. Son, por tanto, -y siempre bajo la teoría de Alonso Álamo- circunstancias que pertenecen al injusto.

En general, las circunstancias impersonales (art. 60.2º) han sido reconducidas al injusto, y las circunstancias personales (art. 60.1º) a la culpabilidad. En este sentido, Alonso afirma que el art. 60 es instrumento de control de la solución previamente adoptada y que metodológicamente el art. 60 no es vinculante. Existirán particulares circunstancias que, a pesar de graduar el injusto, deban ser resueltas a efectos de comunicabilidad a través del párrafo primero del art. 60 porque exigencias propias del principio de culpabilidad lo reclaman. Se cumple así el pensamiento básico del art. 60, esto es, atenuar las consecuencias de una accesoria entendida en sentido estricto valorando la culpabilidad de los participantes automáticamente.

¹³¹ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad...*, op. cit., p. 229.

doctrina tradicional en materia de participación que aplicando el artículo 60 del CP a los delitos especiales, como a los de propia mano, entendía que las circunstancias agravantes o atenuantes fundadas en una causa personal sólo sirven para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos partícipes en quienes concurren (...), lo que conllevaba la impunidad para los partícipes en los delitos especiales, como en los delitos de propia mano (...) el artículo 60, tan loable por otro lado en el aspecto de la culpabilidad, habla de circunstancias (agravantes o atenuantes), las que por definición (de circum stare) están fuera y alrededor del tipo, de manera que si la cualidad personal es incluida en el mismo (funcionario, comerciante, pariente, etc.) ésta pasa a constituir elemento de la figura delictiva, por lo que de acuerdo con lo dicho, sólo podrá ser autor principal aquel en quien concurra tal cualidad o causa personal, pero sin que el artículo 60, pensado para las circunstancias modificativas de la responsabilidad, impida la aplicación del precepto legal propio y específico (lex specialis) previsto para la participación (el art. 14 y, en su caso, el 16) (...)”.

Boldova estima que “una cosa es que no se haya permitido el castigo de extraños en delitos especiales propios, imposibilidad más bien dada en el terreno teórico, siendo frecuentemente negada en el práctico, y otra cómo se interprete la cuestión respecto a los impropios delitos especiales, que no tendría por qué ser igual a aquella, al disponer éstos de la posibilidad, negada a los propios, de penar al extraño en cualquier caso (se vincule o no la participación al delito especial). Desde el punto de vista dialéctico se incurre en una argumentación circular si para justificar el castigo del extraño por el delito especial impropio se recurre al dato de la necesidad de hacerlo por el especial en los propios, cuando antes esto justamente se habría derivado de que el partícipe en un delito especial impropio nunca queda impune y de que, de no hacerlo así en los propios, supondría una desigualdad de trato inexplicable. De esta forma entonces dejaría de tener sentido distinguir en lo sucesivo entre propios e impropios delitos especiales”.

En otro orden de cosas, Boldova¹³² pone de manifiesto que en relación al delito tomado como paradigma, el derogado parricidio, se han alegado no sólo razones de forma: tanto el simple homicidio como el parricidio se encuentran en el mismo capítulo

¹³² Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad...*, op.cit., pp. 244 in fine y ss.

que lleva por rúbrica “*Del homicidio*”, lo cual expresa un título único de delito, sino también de contenido: el parricidio no es, en realidad, otra cosa que un simple homicidio agravado. Desde esta perspectiva, la naturaleza accesoria de la participación no queda infringida, porque no se trata de delitos distintos, sino de una figura básica fundamental (homicidio) y otra meramente agravada o calificada de la misma (parricidio)¹³³, de modo que, cabe decir que todo este planteamiento puede hacerse sin que el principio de la unidad quede quebrantado.

En este sentido, cualquiera otra explicación que no haya partido del carácter estrictamente dependiente del parricidio con respecto al homicidio, esto es, de su naturaleza como mero tipo agravado del artículo 407, adolecería de consistencia argumentativa dentro de esta doctrina, dado que entonces el parentesco no sería tomado por simple circunstancia, sino nada menos que como el único dato a partir del cual se fundamenta todo un nuevo delito de carácter independiente.

Boldova se muestra crítico con López-Rey y Álvarez Valdés. A su modo de ver incurren en una contradicción cuando afirmaban la independencia y sustantividad propia del parricidio, pero aceptaban en la práctica la aplicación del artículo 60 sencillamente “para evitar una injusticia”. Pero el error se evidencia desde el momento en que ellos mismos admitían que con esa tesis se venía a negar la naturaleza de absoluta independencia del parricidio, aunque de algún modo trataban de salvarla, indicando que el parricidio “*si bien constituye un delito independiente, esa independencia sólo se da en el que concurren los lazos de parentesco...Por tanto, no matando los extraños a su padre, aunque intervengan en la muerte con actos de ejecución, pudiera argumentarse que para ellos hay un simple homicidio y para el hijo un parricidio, por la especial concurrencia del parentesco, que transforma en él el homicidio en la figura independiente de parricidio*”.

Sin embargo, no tratándose de casos de coautoría esta concepción de la naturaleza jurídica del delito de parricidio como infracción independiente sólo con respecto al sujeto cualificado no ha hallado acogida en la doctrina, porque, el carácter independiente o no de un delito se predica a todos los efectos y frente a todos los

¹³³ Vid. GUALLART DE VIALA, A., “Parricidio” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVIII, Barcelona, 1986, pp. 927 a 944.

sujetos, extrayendo dicha calificación de los resultados que se derivan de sus relaciones sustantivas y formales con otros delitos, así como de su ubicación sistemática, y no simplemente por su conexión con alguno de los codelincuentes, aspecto relacional éste que podrá hacer o no de él un delito especial, pero cuya independencia ha de venir avalada por otros datos adicionales, entre ellos, las consecuencias previstas en materia de error, y mal se puede hablar de independencia del parricidio, aunque sea sólo en cuanto al pariente, si para los supuestos de error se propugna, como hacían los autores reseñados, la aplicación del homicidio. En definitiva, o el parricidio es independiente o no lo es, pero no se puede considerar una independencia “a medias”, sobre todo si el parentesco no es tomado por circunstancia y, no obstante, al problema de la participación en el mismo se le aplica el artículo 60. Por tanto, para hablar del parentesco como una circunstancia que permita subsumirla en el artículo 60, consecuentemente el parricidio deberá ser considerado un tipo agravado del homicidio. De acuerdo con esto, llevarían razón aquellos autores que, aceptando el recurso al artículo 60 para las circunstancias específicas, en cambio niegan dicha apreciación allí donde alegan la independencia de algún delito¹³⁴.

Conocida y discutida en el seno de esta doctrina ha sido también la posibilidad de aplicar el art. 60 a otros delitos como, por ejemplo, el infanticidio, la falsedad documental, la malversación de caudales públicos, etc.

Cuello Calón era partidario de apreciar el art. 60, además de en el parricidio, en las falsedades documentales, llegando a individualizar la responsabilidades de extraño y cualificado que concurrían en el delito de infanticidio.

Ferrer Sama, admitiendo el uso del criterio del art. 60 para los supuestos de participación en las falsedades documentales, negaba, en cambio, que el mismo pudiera tener aplicación en el infanticidio, por considerarlo un delito propio y diferente del homicidio, dado que se regula en un capítulo distinto al homicidio.

La concepción que se mantenga sobre el carácter dependiente o autónomo del delito en estudio y la naturaleza accidental o no del elemento personal prejuzga así la

¹³⁴ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad...*, op.cit., p. 246.

solución que deba o pueda ofrecerse a la cuestión de la participación de extraños y al empleo en estos casos del art. 60.1. Si el delito se considera independiente o autónomo no puede hablarse de circunstancia de ninguna clase para calificar a alguno de sus elementos integrantes, pero si se estima una especie dependiente de un delito base, habría lugar a la consideración del elemento especificante como simple circunstancia cuyo régimen se encontraría en el art. 60.

De ahí que Ferrer sostenga que si el infanticidio se hubiese incluido en el capítulo anterior como una figura más del homicidio, podría perfectamente entonces aplicarse el art. 60.

Quintano Ripollés y Muñoz Conde no aplican el art. 60 a los delitos de parricidio e infanticidio porque consideran independientes o con sustantividad propia a estos delitos, mientras que el elemento personal lo caracterizan como un elemento constitutivo de la infracción, y no meramente como una circunstancia.

Quintano hablaba de la sustantividad del asesinato e invocaba a su interés el art. 60 argumentando exactamente con lo contrario que en el parricidio le llevaba a mantener la unidad del título.

Cuello Calón pese a reconocer que nuestro Código Penal considera el parricidio como un delito sui generis, abogaba por la aplicabilidad del art. 60 en el parricidio al estimar que el parentesco es una circunstancia.

De otra parte, respecto al encubrimiento si la norma general en la praxis en cuanto a la participación había sido aplicar el régimen del artículo 60.1 a las circunstancias personales específicas, la excepción a esto vino porque no han existido reparos en castigar al encubridor extraño por parricidio y no por homicidio o asesinato, como en principio cabría deducir de lo primero. La referencia que hace al parricidio la circunstancia segunda del número tercero del artículo 17 serviría como argumento legal de la solución arbitrada. La cuestión consiste –advierte Boldova- en determinar si esto contradice la práctica de aplicar el art. 60 al parricidio, si de ello cabe además derivar alguna conclusión general para el resto de formas de participación en delitos con circunstancias específicas, o si, por el contrario, se encuentra alguna explicación

razonable para la discriminación en el tratamiento del encubridor frente a la cooperación y la inducción.

Cuello Calón –recuerda Boldova- reconocía abiertamente que esta doctrina –se refiere a las sentencias del Supremo sobre casos de encubrimiento en parricidio- contradice la sentada por el mismo Tribunal respecto del extraño que coopera como autor o cómplice a la ejecución de un parricidio.

Quintano Ripollés encontraba en el precepto citado el apoyo más terminante desde el punto de vista estrictamente positivo, a su opinión de conservar en cuanto a la responsabilidad de (todos) los extraños partícipes el mismo título delictivo que el atribuido al autor. Contra esto se contestó desde las teorías individualizadoras que de aquel modo se olvida que el encubrimiento no es, en realidad, ninguna forma de participación, ya que no afecta al momento decisivo de la realización típica.

Gimbernat admite que el encubrimiento no es una forma de participación, pero sin embargo observa que si la Ley ha estimado que la ayuda posterior al parricidio es más grave –habría mayor culpabilidad- que la prestada al homicidio, conducta que resulta atípica, se pregunta este autor que argumentos tiene la tesis criticada para sostener que, cuando la ayuda es simultánea o anterior, el panorama cambia radicalmente y entonces es exactamente lo mismo participar en un homicidio que en un parricidio.

Peñaranda ha tratado de aportar estos argumentos reclamados por Gimbernat, trasladando la argumentación de éste con el parricidio al supuesto incluido en el art. 17.3º.2ª. También aquí se podría decir que el legislador había visto en ese favorecimiento personal un acto más grave que cuando se produce respecto de otra clase de delincuente y, sin embargo, el panorama habría cambiado radicalmente si, en lugar de un encubrimiento, se hubiese tratado de un auxilio anterior o coetáneo a la perpetración del delito, para el que tal circunstancia habría carecido de cualquier interés. Para Peñaranda ello obliga a reconocer que en la punición del encubrimiento pueden pesar razones que nada tengan que ver con las que condicionan la responsabilidad de los partícipes en sentido estricto, añadiendo este autor a esto en el mismo sentido el hecho

de que se discuta continuamente si ha de regir para el encubrimiento la misma accesoria que para la participación.

Boldova sostiene que lleva razón este autor porque, por un lado, debe observarse que la referencia del artículo 17 al parricidio sólo tiene lugar con respecto a las hipótesis de favorecimiento personal, no contando para las de los números primero y segundo, lo cual indica que el legislador, al margen de la circunstancia primera del número tercero del artículo 17, por el motivo que sea, ha restringido la posibilidad de castigar el favorecimiento personal sólo con relación a determinados delitos, excluyéndose de entre ellos el homicidio, pero esto no implica nada más. Aunque se haga referencia expresa al parricidio, ello no significa que para determinar la responsabilidad del encubridor no pueda entrar en juego también en este caso la aplicación del artículo 60.1 o cualquier otra razón individualizadora. La decisión del legislador de restringir la punibilidad de ciertas formas de encubrimiento y el problema de la individualización de las responsabilidades se mueven en planos completamente distintos.

Además, una cosa es la exigencia de que para que el favorecimiento personal sea punible haya de ser el delincuente reo de parricidio, no bastando de homicidio, y, otra distinta, que dicho encubridor no pueda ser responsabilizado por homicidio, pues tal limitación rige sólo para el autor del delito, por lo que calificar de homicida y no parricida al encubridor no se opone al sentido restrictivo de la punibilidad de la regla citada.

De otra parte, Del Rosal, Cobo y Rodríguez Mourullo, al entrar a analizar el problema específico planteado por la participación de extraños en el delito de parricidio, señalan que se trata de un delito especial y un delito propio. Para estos autores el artículo 60 no tiene conexión con la participación en el delito de parricidio, porque el artículo 60 en su contenido se refiere exclusivamente a circunstancias agravantes o atenuantes y el parentesco en el parricidio no es circunstancia, sino elemento constitutivo del tipo. La solución viene dada por las peculiares exigencias que se derivan de la concreta descripción del tipo y por las consecuencias prácticas que entrañaría una solución que postulase la unidad del tipo. En este sentido, fundamentándose la ratio incriminadora del artículo 405 en la relación de parentesco, en

el extraño no podrá nunca darse la razón por la que se aplica la pena más grave, ni podrá aquel violar la prohibición de la muerte de un pariente.

Así pues, de admitir la unidad de título se haría una extensión analógica del tipo. Concluyen que la participación del extraño en un delito especial, como es el parricidio obliga a romper la unidad de calificación jurídica –se sacrifica cualquier puritanismo técnico en aras de la justicia-.

Respecto a la participación de extraños en delitos especiales, Rodríguez Mourullo sostiene una postura, similar a la ya expresada en el parricidio con Del Rosal y Cobo. Este autor niega la aplicación directa del artículo 60 para estos casos, pues dicha disposición se refiere a las circunstancias atenuantes o agravantes y no a las circunstancias constitutivas del delito, aunque admite la posibilidad de su invocación por analogía favorable al reo. Entiende que la función decisoria en esta cuestión corresponde a la voluntad legal adoptada unas veces de manera expresa (participación de extraños en el infanticidio, artículo 424 Código Penal 1870) y otras deducida del sentido del tipo concreto.

Cobo del Rosal y Vives Antón, al referirse de modo general a la problemática de la participación en los delitos especiales parten de dos premisas:

1ª) No se participa en el delito completo, sino en el hecho delictivo, esto es, en el injusto típico, y

2ª) Delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que las particularidades del sujeto activo delimitan el tipo de lo injusto de la infracción, mientras que en los delitos especiales en sentido amplio, tales características fundamentan sólo una especial reprochabilidad.

De esta distinción, estos autores deducen que en los delitos especiales propios la responsabilidad del partícipe no cualificado se articulará a partir de la figura de delito realizada por el autor principal, mientras que, en los impropios, el partícipe responderá conforme a la figura común correlativa.

Así, el extraño que induce a que uno mate a su padre se castiga como inductor de homicidio, pues no puede articularse una participación en las características de la culpabilidad que fundamentan la reprochabilidad del autor.

Para el supuesto inverso, esto es, participación del cualificado en el hecho del no cualificado, se aplica el mismo criterio, pues las características de la culpabilidad que determinan el enjuiciamiento del cualificado conforme a una figura atenuada o agravada, para el caso de que sea autor, han de ser tenidas en cuenta para valorar su actuación de partícipe, refiriendo su participación a la figura especial, y no a la común aplicable al autor.

Finalmente, estiman que de este modo se logra adecuar la responsabilidad del partícipe a las exigencias de la justicia material, sin recurrir indebidamente al artículo 60, que evidentemente se halla concebido para las circunstancias y no para determinar la figura del delito aplicable. En definitiva, para estos autores la solución a la cuestión depende de si el elemento pertenece a lo injusto típico o a la culpabilidad.

En otro orden de cosas, existen autores¹³⁵ que se muestran contrarios a las teorías individualizadoras y, en especial, a que se aplique al parricidio y a otros delitos especiales –propios e impropios- del artículo 60 como instrumento jurídico de solución de las hipótesis de participación, tanto de extraños en éstos, como de partícipes cualificados en el delito común. La razón en la que basan la negativa, consiste en que esas características personales que se pretenden subsumir bajo el régimen de incomunicabilidad del artículo 60.1, no son circunstancias, ni formal ni materialmente, ya que representan en realidad elementos típicos, esenciales, constitutivos o fundamentadores de la infracción o del delito especial.

Boldova¹³⁶ pone de manifiesto la incorrección en el ámbito de la técnica jurídica en que incurren las teorías individualizadoras, puesto que, con su proceder:

¹³⁵ Postulan la unidad del título de imputación, entre otros, Quintano Ripollés, Rodríguez Devesa, Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Bajo Fernández, Gómez Benítez y Díaz Y García Conlledo.

¹³⁶ Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad...*, op. cit., pp. 271 y 272.

a) Se rompe la unidad del título de imputación, ya que autores y partícipes pasan a responder por delitos distintos,

b) Se quiebra el principio de accesoriedad, según el cual, el partícipe debe responder por el delito del autor al que dolosamente ha prestado su colaboración, y

c) Se hace responder a los partícipes de un delito que no han cometido – imposibilidad que viene impuesta por su condición de tales-, pero que tampoco se ha cometido –ya que el que se les quiere imputar no es el que el autor realmente llevó a cabo-.

En este sentido, los seguidores de la unidad del título estiman, implícita o explícitamente, que el parricidio era un delito sui generis o independiente, que como tal debía ser tratado.

CAPÍTULO II: ESTRUCTURA DE LA CIRCUNSTANCIA (I) : ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

I. Sujetos.

1. Cuestiones preliminares y precisiones terminológicas.

La circunstancia mixta de parentesco se distingue por su naturaleza de tipo personal. Esta referencia puede consistir en tener en cuenta una característica del sujeto (tanto autor como víctima) como por ejemplo, que se trate de individuos desvalidos, o bien, en recoger una vinculación especial entre ambos sujetos del delito. Esta vinculación entre autor y víctima es el elemento esencial del parentesco, sea como circunstancia genérica de modificación de la responsabilidad criminal, o como circunstancia específica de un tipo concreto, o como excusa absolutoria, etcétera¹³⁷.

Es lógico, por tanto, reflexiona acertadamente Bonet Esteva, que uno de los puntos clave en el desarrollo teórico y práctico de esta circunstancia sea el estudio de la naturaleza del vínculo.

Para el Derecho Penal esa relación familiar puede fundamentarse en dos criterios equivalentes¹³⁸: uno de sangre con los ascendientes, descendientes y hermanos; y otro normativo que viene constituido por el matrimonio y sus derivaciones (cuñados, suegros, etc.). En este sentido, puede afirmarse que el parentesco establece una primera equivalencia entre la relación nacida de la sangre y la nacida del derecho¹³⁹.

El legislador ha querido que las relaciones de parentesco, provoquen, bajo determinadas condiciones, una modificación, en más o en menos de la responsabilidad penal. Uno de los requisitos exigidos consiste en que tal vínculo familiar ligue a

¹³⁷ Vid. BONET ESTEVA, M., “La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación” en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, coord. QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., Navarra, 2001, pp. 101 a 120.

¹³⁸ En este sentido véase lo ya dicho a este respecto en el capítulo preliminar de este trabajo de investigación (cognatio y adgnatio en el Derecho romano).

¹³⁹ Vid. CASABÓ RUIZ, J. R., “El parentesco adoptivo en el Código penal español” en *ADPCP*, Tomo XXV, Fascículo I, Enero-Abril MCMLXXII, pp. 89 a 123.

“agraviado” y a “ofensor”. La dificultad estriba en que, por un lado, agraviados (en sentido lato) a causa de una acción delictiva son distintas categorías de sujetos (desde la víctima hasta los herederos y los que sufren perjuicios económicos o morales), y por otro lado, los ofensores corresponden a varias categorías jurídico-penales (desde las distintas formas de autoría a las formas de complicidad y encubrimiento). Lo que pretendemos es señalar quién es el ofensor y quién el agraviado que, vinculados familiarmente entre sí, determinarán la modificación de responsabilidad criminal del primero¹⁴⁰.

La Real Academia Española de la Lengua establece como primera acepción para el término *parentesco* la siguiente: “*vínculo por consanguinidad, afinidad, adopción, matrimonio u otra relación estable de afectividad análoga a esta*”. Como segunda acepción señala “*unión, vínculo o liga que tienen las cosas*”. Asimismo conceptualiza el término *pariente* como sigue: “*respecto de una persona, se dice de cada uno de los ascendientes, descendientes y colaterales de su misma familia, ya sea por consanguinidad o afinidad*” y ofrece otra acepción coloquial que es “*allegado, semejante o parecido*”.

En sentido estricto el *parentesco* es el vínculo que une a las personas que descienden las unas de las otras, o bien tienen un ascendiente común (*parentesco por consanguinidad*). Sin embargo, en sentido amplio se puede entender por parentesco al vínculo establecido también por las leyes civiles o canónicas, ante situaciones análogas a la relación de consanguinidad. De otra parte, se ha distinguido entre un parentesco natural, civil y espiritual. El *parentesco natural* puede subdividirse en *inmediato* o de *consanguinidad* y en *derivado* o por *afinidad* (vínculo que existe entre personas que proceden unas de otras o que tienen un ascendiente común y vínculo originado por el matrimonio entre cada uno de los cónyuges y los parientes del otro, respectivamente)¹⁴¹. El *parentesco civil* es el que nace por virtud de la *adopción* y el parentesco religioso, desconocido por el Derecho Civil, es el que se deriva de la comunión entre los miembros de una determinada confesión religiosa.

¹⁴⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., p. 45.

¹⁴¹ Debe destacarse que el vínculo que crea el matrimonio no produce ningún parentesco, de modo que, desde un punto de vista técnico, marido y mujer no son parientes entre sí, sino cónyuges, y ello muy a pesar de que, aunque parezca paradójico, los parientes de la mujer sí lo son con respecto al marido, y viceversa.

A efectos de nuestro trabajo de investigación debemos centrar nuestra atención en el parentesco por consanguinidad, por afinidad y por adopción, que son los que tienen relevancia jurídico-penal, si bien, como ya será precisado en los capítulos sucesivos, con la evolución que ha sufrido la circunstancia mixta de parentesco deben incluirse como objeto de estudio de nuestro análisis otras relaciones análogas a las parentales que, *strictu sensu*, no encajan en el concepto tradicional de *pariente* y que van a contribuir a que se produzca un cambio en lo que hasta ahora había sido el fundamento de la circunstancia modificativa de la responsabilidad, hasta el punto de que podríamos hablar de una nueva “circunstancia mixta de parentesco y de no parentesco”. El ámbito personal de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco parece suficientemente claro, *a priori*, en sus términos literales. Sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo tiene, con frecuencia, que examinar el concreto alcance de ese ámbito personal de aplicación del precepto. Lo ha hecho, en especial, respecto de la relación típica “ofensor-agraviado”, y del contenido concreto de algunos lazos de parentesco mencionados en el derogado art. 11 CPTR 1973 y del actual art. 23 CP 1995.

2. El agraviado.

Bajo Fernández señala que la expresión “agraviado” del art. 11 no corresponde al concepto dogmático de sujeto pasivo sino que es algo más.

Quintano Ripollés define al sujeto pasivo del delito como *el titular del bien jurídico protegido por el precepto penal*, o como precisa Jiménez de Asúa como *el titular del bien jurídico directa e inmediatamente atacado por el delito*¹⁴².

Bajo Fernández¹⁴³ advierte que cuando la ley habla de agraviado no quiere establecer una categoría. Prueba de ello –afirma este autor– es que a lo largo de la redacción del art. 443 del CP anterior, referente a las disposiciones comunes a ciertos delitos contra la honestidad, se utiliza indistintamente las expresiones de “agraviada” y “ofendida” en calidad de sinónimos. Realmente el legislador utiliza la expresión

¹⁴² Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, III, Buenos Aires, 1965, p. 89.

¹⁴³ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., p. 46.

“agraviado” en su acepción más común de quien sufre agravio, humillación y desprecio por una ofensa.

Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo estiman que con los términos “agraviado” y “ofensor” el Código se refiere a los sujetos activo y pasivo del delito. El mantenimiento de esta exigencia debería, pues, “*conducir en rigor a desechar la estimación de la circunstancia mixta no sólo, como es evidente, en aquellos casos en los que la relación parental une entre sí a los partícipes en el delito..., sino además en aquellos otros supuestos en los que, por ser la comunidad el sujeto pasivo de la infracción, falta en absoluto la posibilidad de hablar de un vínculo de parentesco entre sujeto activo y pasivo*”¹⁴⁴.

Ello no obstante, matizan estos autores, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de apreciar la presente circunstancia modificativa en los delitos tales como la falsedad y el atentado –Sentencias de 8 julio 1901 y de 27 octubre 1964 respecto a aquella, y de 24 septiembre 1926 en relación a ésta-, en los que no es el individuo, sino la comunidad, el sujeto pasivo de la infracción¹⁴⁵.

Mestre Delgado¹⁴⁶ pone de manifiesto las conclusiones más relevantes de la doctrina establecida en sendas resoluciones del Tribunal Supremo a este respecto. En este sentido, no cabe duda de que el Código Penal “*los refiere a los sujetos pasivo y activo de la infracción, como se deduce del citado precepto, de su propio tenor literal y de su hermenéutica general*”¹⁴⁷. Por ello, la circunstancia mixta no resulta de aplicación cuando la relación de parentesco, la matrimonial o la afectividad análoga a la conyugal,

¹⁴⁴ Vid. CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (ARTÍCULOS 1-22), Barcelona, 1972, p. 781.

¹⁴⁵ La estimación de la referida circunstancia en las falsedades, al parecer, responde al hecho de haber sido el apoderamiento patrimonial la finalidad perseguida por el agente. Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo, en atención al bien jurídico tutelado por las falsedades y al sujeto pasivo de las mismas, están en desacuerdo con que sea correcta la apreciación de dicha circunstancia. En el atentado, la razón que motivó la estimación de la ya citada causa modificativa, fue la de que “*la confianza en que venían conviviendo unos y otros les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba, merecía su cuñado*” (Sentencia de 24 septiembre 1926). Para estos autores, la cuestión hubiera debido plantearse, no ya en el plano de la circunstancia mixta, sino en el del elemento subjetivo de la figura del atentado: el menor desvalor de la conducta no radica en la relación de parentesco entre sujeto activo y pasivo, sino en la actitud de los agentes que “*les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba*”, merecía el objeto de su acción.

¹⁴⁶ Vid. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante...*, op.cit., p. 23 y ss.

¹⁴⁷ Vid. STS de 10 diciembre 1992.

existe entre copartícipes en el delito, ya que no es ésta “*la relación autor-agraviado que contempla el precepto penal*”¹⁴⁸.

Por la misma razón, hay delitos en los que nunca puede apreciarse la circunstancia mixta. Aunque en este concreto aspecto –señala Mestre- no existe unanimidad jurisprudencial (específicamente en relación con los delitos contra la salud pública), el Tribunal Supremo lo ha entendido así en casos de falsedad documental, estafa y tráfico de drogas. La Sala Segunda justifica este criterio cuando declara que “*el concepto de agraviado presupone la existencia de un delito de resultado dañoso, es decir, un delito que haya perjudicado a alguien. Es lógico entender que si no hay una persona que haya sufrido en sus derechos o intereses, no hay nadie que pueda reputarse agraviado, y esto es lo que ocurre en los delitos de peligro*”¹⁴⁹. Con base en la misma tesis la STS de 15 diciembre 1982 no apreció la circunstancia mixta del art. 11 en un delito de falsedad cometido como medio para llevar a cabo un delito de estafa, porque la extracción de fondos de una libreta de pensiones para la vejez rellenando una hoja de reintegro, y estampando en ella una firma ilegible en modo alguno agrava u ofende al titular de los documentos mercantiles mencionados, sino al propio tráfico mercantil que la estableció, cuya seguridad es la que queda dañada; tampoco apreció la circunstancia respecto del delito de estafa porque el perjudicado por el delito no fue el titular de la libreta, sino la entidad bancaria que realizó los abonos en dinero efectivo al procesado.

Bajo Fernández afirma que el término “*agraviado*” está intencionadamente escogido para dar una cierta amplitud de operatividad al precepto. Esta latente intención de amplitud es lo que mueve al autor a destacar, por medio de una interpretación *sistemático-gramatical*, que el vocablo agraviado no debe reducirse al significado del sujeto pasivo del delito. De otra parte, no puede abandonarse el término al ilimitado contenido que su acepción más común encierra (quien sufre agravio u ofensa).

¹⁴⁸ Vid. STS de 25 septiembre 1987.

¹⁴⁹ Vid. STS de 6 julio 1992.

Para Bajo la solución más satisfactoria consiste en identificar la expresión agraviado tanto con el sujeto pasivo del delito como con el sujeto pasivo de la acción¹⁵⁰. En el mismo sentido Mir Puig entiende por agraviado no sólo el sujeto pasivo (el titular del bien jurídico esencial al hecho), sino también la persona sobre la que recae la acción (objeto material), aunque no sea titular del bien jurídico típico y cita como ejemplo el agente de la autoridad en un delito de atentado¹⁵¹.

3. El cónyuge.

Respecto a este *thema decidendi* debemos señalar que el Tribunal Supremo¹⁵² ha manifestado que la separación judicial de los cónyuges no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que no impedía la aplicación de la agravante a efectos del art. 420, párrafo último y del art. 405 del Código de 1973.

La LO 3/1989, de 21 junio de Actualización del Código Penal suprimió tal referencia en el artículo 420. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal mostró que ha de concurrir, además del dato objetivo del parentesco, la relación de afecto personal¹⁵³. Si bien la sentencia de 9 diciembre 1993, recogió al respecto que “*al hilo y acorde con lo argumentado precedentemente, la doctrina de esta Sala, pacífica y reiteradamente, viene declarando y así, ente otras, en las SS de 7 junio 1985, de 15*

¹⁵⁰ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco...*, op. cit., pp. 48 y 49 y n.p. 29. Asimismo este autor pone de manifiesto que las expresiones “agraviado”, “ofendido” y “sujeto pasivo” suelen identificarse en la literatura jurídico penal. En este sentido destaca el trabajo de Antolisei (L’Offesa e il danno nel reato) donde se identifica la expresión ofensa con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. De ahí que ofendido y titular del bien jurídico protegido sean expresiones equivalentes. En nuestra literatura también se identifican estas expresiones. Sin embargo, en el Código Penal no se utilizan siempre los términos de ofendido y sujeto pasivo del delito como sinónimos. Bajo ejemplifica llevando a cabo una interpretación exhaustiva del articulado del Código. Para ello acude a las disposiciones comunes de la antigua regulación de los delitos contra la honestidad. Así en el derogado art. 443 se titula agraviada a la raptada. Si tenemos en cuenta que la raptada (agraviada) no es el sujeto pasivo del rapto sin fuerza y con anuencia de la mujer, sino el titular de la patria potestad, es necesario concluir que, en esta ocasión, agraviado y sujeto pasivo no se identifican. Otro ejemplo es el antiguo art. 466 (delitos contra el honor) en los que la ley habla del difunto agraviado. Indubitadamente el difunto no es el sujeto pasivo. Son por el contrario sus herederos los titulares del bien jurídico protegido por el delito ya que a ellos transcende la ofensa derivada de la injuria o calumnia. Más clara aún resulta para este autor la diferencia entre ofendido y sujeto pasivo en el delito de escándalo público (antiguo art. 431). Mientras la comunidad es el sujeto pasivo, es decir, el titular del bien jurídico (el sentimiento público de moralidad), el ofendido es la persona concreta afectada por la actividad de escándalo.

¹⁵¹ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 4ª Edición..., op. cit., p. 650 in fine.

¹⁵² Vid. por todas SSTS de 8 julio 1981, de 29 mayo 1982, de 25 abril 1985, de 15 noviembre 1986 y de 21 septiembre 1991.

¹⁵³ Vid. SSTS de 26 junio y 15 septiembre 1986, de 22 marzo 1988 y 27 diciembre 1991 y de 20 abril 1993.

noviembre 1986, de 31 octubre 1987, de 27 y 29 septiembre y de 4 octubre 1988, de 9 febrero 1989, de 25 febrero 1991 y de 7 abril 1993 y en el A de 31 marzo 1993, que el estado de separación matrimonial no descalifica a la víctima de la condición de cónyuge, pues este condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial (o la declaración de divorcio), porque lo que origina la condición de cónyuge es precisamente la existencia del vínculo que nace al contraer matrimonio, el cual se extingue únicamente por muerte, nulidad o divorcio...”

La Sala Plena –no jurisdiccional- de la Sala Segunda acordó el 18 febrero 1994 por mayoría la exclusión del artículo 405 del anterior Código Penal en los casos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor¹⁵⁴.

Se declaró estimar la agravación cuando la convivencia no se había interrumpido o cuando subsistía la *afectio maritalis*, añadiéndose en la Sentencia 682/1996, de 11 octubre, que la cesación de la convivencia en el caso no significa desafección, pero exigiéndose, en todo caso, una concurrencia de afecto¹⁵⁵.

Aún cuando esta circunstancia mixta es debatida, su justificación en la doctrina científica y por la jurisprudencia de la Sala Segunda, con múltiples pronunciamientos a este respecto, para su concurrencia es necesaria una notoria desafección sentimental, no el simple deterioro de las relaciones personales, que tenga una cierta duración temporal y, en ocasiones, se ha exigido que se traduzca en el abandono del domicilio conyugal.

Para Conde-Pumpido Ferreiro¹⁵⁶ los cónyuges son aquellos unidos por matrimonio. La relación conyugal subsiste, por ello, en tanto el matrimonio no se haya disuelto o declarado nulo. Otra cosa es que la relación afectiva, substrato de la circunstancia, pueda desaparecer en las situaciones de separación de hecho o de derecho.

¹⁵⁴ Así se recogió en las SSTS 660/1994, de 28 marzo, 1899/1994, de 31 octubre, 1433/1994, de 12 julio, 914/1995, de 25 septiembre y de 1222/1995, de 24 noviembre.

¹⁵⁵ Vid. SSTS de 6 mayo 1997, núm. 631/1997; de 13 junio 1997, núm. 849/1997; de 30 abril 1997, núm. 812/1997 y de 2 diciembre 1997, núm. 1475/1997.

¹⁵⁶ Vid. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “De la circunstancia mixta de parentesco” en *Código Penal Doctrina y Jurisprudencia*, p. 888.

En cuanto al matrimonio putativo, esto es, aquel en que se reconoce la existencia de una causa de nulidad¹⁵⁷ debe ser estimado base suficiente para la circunstancia, en tanto que los cónyuges putativos mantengan su relación de afectividad, aunque sólo sea por su identidad con la que existe en el matrimonio válido.

4. Persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

La analogía de afecto se acepta respecto a la relación matrimonial, excluyéndose, pues, la posibilidad de analogías respecto a las restantes situaciones. Esto conduce a algunas reflexiones, de las que la más importante será sin duda contestar a la cuestión planteada por las relaciones homosexuales¹⁵⁸. Dos caminos ofrece Quintero en este problema: asimilar la relación homosexual a la matrimonial en función de la coincidencia de los elementos de *pareja* y *afecto* –e incluso el reparto de roles matrimoniales- o bien negar la analogía por entender que la idea de matrimonio lleva implícita la relación heterosexual. Si se aceptara esta última tesis, habría que negar la eficacia de la relación de afectividad en las relaciones homosexuales y limitarla a las relaciones heterosexuales ajenas al vínculo jurídico matrimonial, y realmente esa conclusión –reflexiona Quintero- por más que pueda agradar a algunos, no se compadece con el fundamento de la hipotética atenuación o agravación, que no es otro que la existencia de la relación afectiva. Siendo así, para este autor, parece obligado admitir que la relación homosexual queda comprendida en la idea de “relación análoga de afectividad”.

En este orden de cosas Bonet se pronuncia a este respecto de tal suerte que *la admisión de la relación de análoga afectividad como fundamento del parentesco junto con la matrimonial añade a la circunstancia mixta otro problema de equivalencia. Se trata, en este caso, de saber si en el concepto relación de análoga afectividad caben las relaciones de pareja homosexuales. Es decir, si cualquier tipo de pareja sentimental entre personas adultas es equivalente al vínculo matrimonial establecido legalmente.*

¹⁵⁷ Vid. artículo 79 del Código Civil.

¹⁵⁸ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal...*, op.cit., pp. 563 a 565.

Para responder a esta cuestión vuelve a tener un papel esencial el concepto de afectividad. En este asunto la autora opina que deben seguirse los argumentos expuestos por Prats.

Prats sostiene que para decidir si el concepto relación de análoga afectividad va referido únicamente a la relación heterosexual o bien, contempla a su vez, la relación homosexual, pueden utilizarse dos tipos de criterios:

-Uno basado en los aspectos más formales del vínculo matrimonial. En este supuesto cabría fijarse únicamente en que la relación jurídico-matrimonial no contempla en nuestro país la posibilidad del matrimonio entre homosexuales y, por tanto, al no haber analogía entre los sujetos contrayentes no cabría aplicar analógicamente el parentesco.

-Otro basado en su vertiente más material o afectiva. De considerarse a la relación de afectividad entre dos personas como el elemento clave para establecer la analogía, resultará que tal sentimiento de afecto existe –o debería existir- igualmente en una pareja heterosexual que contrae matrimonio, en una pareja heterosexual que no contrae matrimonio y, finalmente, en una pareja homosexual que no contrae, por imposibilidad jurídica¹⁵⁹, matrimonio. Todo ello en función de un argumento, esto es, que el parentesco se fundamenta en la relación afectiva de los sujetos, de la cual el sexo es un aspecto, y no en el tipo de relaciones sexuales que en ese ámbito sentimental se lleven a cabo¹⁶⁰.

Esta autora coincide con Prats y sostiene que la relación de análoga afectividad debería incluir a las parejas homosexuales y que, por tanto, debería establecerse un tercer nivel de equivalencia entre el matrimonio y esta relación sentimental. Es más, debería ser considerado el argumento teleológico, en cuanto a las analogías, de que éstas sólo caben para favorecer y que, por tanto, sería recomendable hacer las interpretaciones que resultaran más beneficiosas para los futuros reos¹⁶¹. Aunque ello también nos puede

¹⁵⁹ Hablar de la situación actual...

¹⁶⁰ Vid. PRATS CANUT, J.M., “De la circunstancia mixta de parentesco” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Navarra, 2001, pp. 273 a 293.

¹⁶¹ Vid. ORTS BERENGUER, *La atenuante...*, p. 23.

llevar a concluir que únicamente cabría esa interpretación analógica en el caso de efecto atenuador, pero nunca ante una agravación por parentesco.

Desde nuestra postura no existe obstáculo para incluir a las parejas homosexuales en la relación análoga de afectividad aunque de lege ferenda sería deseable, para evitar suspicacias y dar cumplimiento escrupuloso a los principios de legalidad y de tipicidad, incluir la coletilla “con independencia de la orientación sexual”.

Asimismo Bonet Esteva¹⁶² pone de manifiesto que otro momento clave en la evolución del concepto de vínculo del parentesco y de la asunción de que la afectividad es un criterio relevante lo constituye la admisión de la relación de análoga afectividad.

En este sentido, la introducción en el texto normativo de la relación de análoga afectividad (1983) se lleva a cabo para Bonet estableciendo una segunda equivalencia. Esta vez se tratarán con idéntico valor las relaciones matrimoniales, es decir, aquellas que tienen un vínculo jurídico establecido, y aquellas parejas que vivan como matrimonio pero no hayan querido establecer ese vínculo jurídico. Aunque, sigue reflexionando, en realidad, ambos criterios fundamentan por igual la existencia de parentesco pero no plasman de la misma forma el elemento afectivo¹⁶³.

¹⁶² Vid. BONET ESTEVA, M., “La circunstancia mixta de parentesco...”, op. cit., pp. 101 a 120.

¹⁶³ Téngase en cuenta que para Bonet Esteva el afecto es un posible criterio interpretador del parentesco en Derecho Penal que podría permitirnos dar una solución político-criminalmente más flexible a supuestos de inactividad del cónyuge a petición de éste, facilitando la aplicación de figuras tales como la autopuesta en peligro (materia muy trabajada por la jurisprudencia alemana y cita como ejemplo GSST. 4/1953 de 10 de marzo de 1954 o BGH 183/1954 de 17 de diciembre de 1954). Por ello, sostiene que si bien no deja de ser cierto que “al Derecho no le es accesible el amor”, y que las “interioridades” humanas generan grandes dificultades probatorias, tampoco deja de serlo que el Derecho recoge –como en el caso del parentesco- relaciones interpersonales y sirve a los individuos para regular –o al menos intentarlo- su convivencia social.

Ésta es una presunción jurídica tan fuerte que cuando el vínculo puede desaparecer –como en el caso del matrimonio- se dará por sentado que el afecto desaparece con la institución jurídica –no antes ni después-. Para reforzar su tesis cita a autores como Luzón Cuesta, Córdoba y Torío López. Según estos autores cabe señalar que el mantenimiento, o ruptura, del vínculo afectivo es un elemento decisivo. La comprobación de cuál es el estado de esa relación sentimental-afectiva ayuda a desarrollar el abanico de supuestos que pueden permitir la aplicación de esta circunstancia genérica. Se refieren estos autores a que el estado en el que se encuentren las relaciones interpersonales entre autor y víctima incida en el desenvolvimiento del “iter delictivo”.

Torio ahonda aún más en la profundidad con la que debe examinarse el estado de la relación afectiva. Este autor cree necesario recordar que las relaciones afectivas sufren altibajos y momentos de desencuentro que, en ocasiones, son aspectos relevantes de la comisión de un delito. Puede suceder que en determinados supuestos de hecho la afectividad haya desaparecido en uno de los sujetos, pero no en el

En este orden de cosas, la entrada de la “relación de análoga afectividad” en el ordenamiento jurídico-penal supone *un paso de vital trascendencia en la evolución de la relevancia del elemento afectivo como eje de la interpretación de la circunstancia* y será así durante mucho tiempo tanto para la doctrina mayoritaria como para nuestro más Alto Tribunal. Sin embargo, en este trabajo de investigación se defenderá como este eje sufre una traslación desde la afectividad hacia el aprovechamiento de la relación parental y no parental –existente o no la afectividad- para la comisión y desarrollo del iter delictivo.

Para Mestre Delgado esta incorporación al texto legal supone una dualidad interpretativa, de tal suerte que:

-Primera: Se estaba ante un ámbito personal mayor que permitía incorporar relaciones estables y permanentes de convivencia y éstas serían tratadas de manera análoga a la matrimonial o,

-Segunda: El legislador quería reseñar que en esta circunstancia concurrían la relación familiar y/o de convivencia y el estado anímico de esa relación, es decir, la afectividad.

Tal y como señala este autor las consecuencias de ambas interpretaciones eran muy relevantes y no se escapaban a la jurisprudencia. La primera de ellas suponía una mera ampliación de aquellos supuestos que cabían en la circunstancia pero, en cambio, la segunda nos indicaba que la relación matrimonial se basa en el afecto¹⁶⁴.

otro, y que el delito no pueda explicarse sin este dato. Para Torío es interesante observar que, a veces, el mantenimiento o ruptura del afecto puede ser unilateral o bilateral.

Bonet Esteva anota como este conjunto de reflexiones en cuanto a la incidencia del afecto en la constitución del vínculo familiar puede ayudar al juez o tribunal a aplicar esta circunstancia genérica y, especialmente, a decidir sobre el tipo de efecto que esa relación deberá tener...son criterios que pueden ser relevantes para dar contenido a la parte del artículo 23 del CP, que señala como elementos decisivos en la aplicación –agravatoria o atenuante- de la circunstancia la naturaleza, motivos y efectos del delito. Además éste permite fundamentar mejor la utilización del estado de la afectividad en la relación como motivo de comisión del delito que puede inclinar la aplicación de esa relación de parentesco en sentido agravatorio o atenuante.

¹⁶⁴ Esto es así porque al utilizar el elemento de afecto para fundamentar la analogía entre las relaciones, y no –por ejemplo- la convivencia, el legislador indica expresamente que el elemento clave del matrimonio es el afecto (el texto del art. 24 que nunca llegó a ser definitivo del Proyecto de LO de CP de 26 septiembre 1994 recogía los términos “análoga relación de convivencia”).

De otra parte, una segunda cuestión que subraya este autor es que en las situaciones concretas y precisas a las que se refería el Código Penal en el artículo 23 la relación de afectividad se daba por supuesta, sin necesidad de prueba alguna más allá de los documentos oportunos en orden a probar la relación. En cambio, cuando se trate de una relación “de afectividad análoga”, y ahora hacemos abstracción de que esa relación sea heterosexual u homosexual, por imperativo del principio de legalidad y lo que éste entraña en relación con conceptos de índole valorativo, será precisa la interpretación por los jueces de los datos probatorios que del proceso se deduzcan. Por consiguiente, tal relación de afectividad tendrá que probarse.

Siguiendo a Cobo y Vives¹⁶⁵ la Reforma de 25 junio 1983 introdujo después de “cónyuge” la frase “persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad”. La Exposición de Motivos se expresaba en el sentido de que se acogía “*la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídicos-penales de las relaciones afectivas*”. Sin embargo, la Reforma no recogió cabalmente el razonamiento de la Exposición de Motivos, pues sí que puso límites a los efectos jurídico-penales de las relaciones afectivas. La analogía afectiva, introducida por la referida Reforma, únicamente se refiere a la relación matrimonial (“cónyuge”) y se omiten las demás previsiones del artículo 11 (“ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, etc.”). Y es que -como recuerda Quintero- en verdad *la razón determinante de la reforma no fue la aceptación del valor general del afecto, sino otra clase de consideraciones*. Es lógico que así fuera, pues, de lo contrario, no habría razón para esa limitación a la analogía afectiva con la relación matrimonial. De ahí, probablemente, señalan Cobo y Vives, que el legislador de 1995 obviara el término e incidiera en el carácter de estabilidad que debe caracterizar a la relación para ser equiparada al matrimonio. En este sentido, estos autores sostienen que quizá no se esté falto de razón, en orden a la

Para Bonet Esteva en el matrimonio se presupone la existencia de afectividad porque se ha llevado a cabo el vínculo jurídico, en cambio, al recoger la análoga relación de afectividad que es una situación de hecho, esa afectividad debe probarse para proceder a aplicar la circunstancia.

¹⁶⁵ Vid. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal Parte General*, 4ª edición conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, pp. 829 a 831. Vid. también COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. S., Quinta Edición, corregida, aumentada y actualizada, Valencia, 1999. Vid. también MORILLAS CUEVA, L., y OTROS, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, dir. COBO DEL ROSAL, M., Barcelona, 2000.

explicación de la Reforma, cuando se dice que “*la Constitución no ofrece obstáculo alguno a la libertad de determinarse libremente en materia sexual, a la de contraer o no matrimonio, a la propia intimidad y a la libre realización de la personalidad. Siendo así, resultaría no ya absurdo, sino contrario a la política criminal democrática el limitar la eficacia o relevancia jurídica de determinadas situaciones emocionales en nombre de condicionamientos que, si bien son de elevada importancia para algunas conciencias, no vienen impuestos por norma alguna ni dicen nada sobre la existencia real de aquella situación que el Derecho penal desea reconocer*” (Quintero). En resumen, hallada la razón de la relevancia penal del parentesco, lo político-criminalmente correcto es que abarque las situaciones análogas. Conviene, no obstante, no desconocer, que si bien es cierto cuanto se dice acerca de dichos extremos de la Constitución, no lo es menos –reflexionan acertadamente Cobo y Vives- que ésta dispensa una específica protección a la familia¹⁶⁶ en su artículo 39.1, cuando dice “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”.

En conclusión, el Código vigente, siguiendo la línea iniciada en 1983¹⁶⁷, ha querido que tengan la misma relevancia jurídico-penal que el matrimonio situaciones

¹⁶⁶ Vid. DIEGO DÍAZ-SANTOS, M., *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973.

¹⁶⁷ Rodríguez Devesa y Serrano Gómez (vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General, Decimotava edición revisada y puesta al día*, Madrid, 1995, pp. 766 a 768) repasan la evolución histórica del parentesco. En este sentido, ponen de manifiesto que el parentesco se convirtió en circunstancia mixta, según “la naturaleza y los efectos del delito” en la reforma de 1870. En 1932 se añadieron como elementos de juicio los “motivos”. La sistemática del CP de 1928, destinando un epígrafe aparte para las circunstancias mixtas, que allí eran, además de la publicidad, la embriaguez, la acción de drogas tóxicas o estupefacientes y la relación social entre el infractor y el agraviado, se mantuvo en 1932, de donde proviene la redacción actual, asignando a la publicidad y al parentesco esta categoría y constituyendo con ellos un capítulo distinto, integrado por el art. 11.

El estudio 1972, Base 6ª, cinco, no pretendió ninguna modificación. En Proyecto 1980, art. 29, se sustituye “hermano legítimo, natural” por “hermano consanguíneo”. La enmienda 1458 pide la supresión, la 296, que se subraye el carácter de facultativa –“puede atenuar o agravar”-. La propuesta de 1983, en su art. 25, establece que “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos o los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afín en los mismos grados del ofensor”. El art. 22 del Borrador de 1990 y del Proyecto 1992, mantienen el mismo texto que el art. 11 del CPTR 1973. En el Proyecto 1994, art. 24, se suprime “de forma permanente”, se cambia “adoptivo” por “adopción” y “afectividad” por “convivencia”.

Hay que tener en cuenta que la Ley de 13 mayo 1981 modificó el Código Civil y afectó de modo especial al régimen del matrimonio (Tít. IV, Lib. I), con regulación especial en materia de separación y divorcio; al haber desaparecido los *delitos de adulterio y amancebamiento* del Código Penal (la Ley de 26 mayo 1978 derogó los arts. 449 a 452), habiendo quedado la infidelidad conyugal simplemente como una de las causas de separación (art. 82, 1ª, C.c.), y siendo cada vez más frecuente la vida de las parejas en régimen de convivencia similar al matrimonial sin ser cónyuges.

En el Congreso se presentan cinco enmiendas: la 15 (del Partido Popular, en este tiempo denominado Grupo Popular) proponía una redacción de la que se suprimía del texto del Proyecto “o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad”. La número 73 (Partido Popular) se refiere a una

análogas al mismo, o lo que es igual, que desplieguen para el Derecho penal, al menos en el régimen de atenuantes y agravantes –señalan estos autores que lo mismo puede decirse por lo que se refiere al artículo 454 del Código Penal, antiguo encubrimiento entre parientes- idénticas consecuencias jurídicas.

De trascendental valor dogmático supone llegar a la reflexión siguiente: la circunstancia mixta ya no podrá seguir denominándose de parentesco tan sólo, pues, además, recoge otras situaciones análogas al matrimonio y en la actual regulación vínculos no parentales, estaríamos, por consiguiente, en presencia de una circunstancia mixta de parentesco y de no parentesco. A este respecto no debe olvidarse que el Código hace referencia a “persona que esté o *halla estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad*” por lo que también se comprenden a las exparejas.

De otra parte, cabe decir que la circunstancia mixta puede atenuar, agravar o ser irrelevante, según los diferentes casos, a efectos de responsabilidad criminal. Y aunque la doctrina es proclive a sentar las reglas generales de su funcionamiento como agravante o atenuante en determinados delitos, esto es, agravante cuando estemos en presencia de delitos contra la vida y atenuante cuando se trate de delitos contra el patrimonio¹⁶⁸, nada definitivo puede derivarse a priori de una lectura detenida e interpretación correcta del art. 23 que, en este punto, es suficientemente amplio para dejar incondicionado el análisis. En este sentido el enunciado “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito” es suficientemente amplio por lo que resulta aventurado apriorísticamente un rígido y excluyente pronunciamiento al respecto.

Por otro lado, estimamos con Cobo, Vives y Córdoba que *“la interpretación del artículo 23...no permite condicionar, de modo general, la estimación de la circunstancia mixta al mantenimiento de una relación de afectividad entre los*

corrección de erratas, sustituyendo “pueda” por “puede”. La 201 (Grupo Mixto) pretende que se añada a continuación de “cónyuge” la expresión “no separado”. La número 202 (Grupo Mixto) eliminaba del texto primitivo “o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad”, lo mismo que la número 15 del Grupo Popular, cuyo fundamento estaba en que la analogía sólo puede servir para favorecer al reo y no para agravar su responsabilidad, y en sentido similar se pronunciaba el Grupo Popular, aunque basándose en la inseguridad jurídica que iba en perjuicio del presunto reo, ya que esta circunstancia puede obrar como agravante. Por último, la enmienda 272 de Minoría Catalana, propugnaba una redacción del art. 11, donde se introducía tras la “relación de afectividad” la expresión “y convivencia”.

¹⁶⁸ Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1989.

parientes. A pesar de ello puede muy bien ocurrir que el mantenimiento, o la ruptura, del vínculo afectivo entre ellos, despliegue una significación decisiva en el supuesto particular” en orden a su consideración jurídico-penal.

En otro orden de cosas, Morillas Cueva¹⁶⁹ advierte acertadamente que en sede de Comisión en el Congreso se introduce, luego ratificada por el Pleno, una importante variable que no estaba en el texto original de la reforma operada en el Código Penal por la LO 11/2003: el añadido a la análoga relación de afectividad, de la posibilidad de que se de “aún sin convivencia”. El autor no cree que esta ampliación venga a mejorar el contenido, pues rompe con uno de los criterios esenciales que fundamentan el precepto, esto es, la convivencia pasada o actual de los sujetos, como clave del cada vez más amplio concepto de doméstica. Cierto es –afirma– como argumentan algunos de los enmendantes en este sentido, que dicha extensión, surgida inicialmente de las conclusiones de la subcomisión de violencia doméstica, quiere dar cabida a las agresiones perpetradas por aquellos que tienen o han tenido una relación de afectividad sin convivencia, porque la realidad demuestra que en muchos casos la conducta descrita se da con gran frecuencia en relaciones de pareja que no han convivido nunca, pero también lo es que su excesiva amplitud puede diluir el fundamento del propio precepto, cuando dichas conductas pueden tener cabida perfectamente en otros tipos del Código Penal.

En este sentido esta inclusión en el art. 173 CP de la análoga relación de afectividad “aún sin convivencia” debería haberse introducido también en el art. 23 del mismo Cuerpo Legal. En efecto, debemos ser críticos con este olvido del legislador. Pongamos como ejemplo el caso de una pareja de novios que no ha llegado a convivir. En el supuesto de que él maltrate a ella podrá aplicarse el art.173 pero si la mata no podrá entrar en juego la circunstancia mixta de parentesco pues en el texto del art. 23 cuando se alude a la análoga relación de afectividad se omite la nueva situación de “aún sin convivencia”.

¹⁶⁹ Vid. MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho Penal y la violencia doméstica” en *Encuentros “Violencia Doméstica” Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2004, pp. 258 y 259.

4.1. Especial referencia a la Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio¹⁷⁰.

Si acudimos al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados¹⁷¹ encontraremos la presentación y defensa del Proyecto de Ley de Reforma del Código Civil en materia de matrimonio. Es un Proyecto de Ley que ocupa un espacio muy escueto en el Boletín Oficial del las Cortes Generales de 21 enero 2005 y cuyo texto definitivo se publicó en el BOE el sábado 2 de julio de 2005¹⁷². Sin embargo, tiene una enorme trascendencia simbólica, social y política. A pesar de ser escueto, como ha sido dicho, desde el punto de vista técnico, es muy relevante desde el punto de vista social y de su potencial de cambio.

El Ministro de Justicia, López Aguilar, expone, en primer lugar, el contenido de la iniciativa. Se trata de una modificación del art. 44 del CC, que afecta casi al exclusivo objeto de homologación terminológica de otra quincena de artículos del mismo. El art. 44 es el que regula la institución del matrimonio. De acuerdo con la regulación que ahora se propone, el matrimonio pasará a comprender también como institución jurídica las uniones entre personas del mismo sexo. Se propone la adición al art. 44 de un segundo párrafo que diga lo siguiente: *El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*¹⁷³.

Se trata de la extensión de libertad y de la consagración de igualdad de un espacio de ciudadanía, al mismo tiempo que de la eliminación de una barrera de desigualdad. Con ello se cumple un mandato que la Constitución encierra en su Título Preliminar, art. 9, párrafo segundo, cuando ordena a los poderes públicos, como función distintiva, la de remover cuantas barreras y obstáculos puedan impedir que la libertad y

¹⁷⁰ Consideramos oportuno hacer mención a esta Ley, a pesar de afectar al Código Civil, por su especial interés y trascendencia también en el orden penal y en concreto en nuestro trabajo de investigación. Téngase en cuenta, que a tenor del texto legal que ahora analizaremos la polémica doctrinal sobre la inclusión de las parejas homosexuales en las relaciones afectivas análogas al matrimonio quedará zanjada en el sentido positivo que líneas arriba defendimos. Por ello hemos considerado idóneo desde una perspectiva metodológica desarrollar este punto.

¹⁷¹ DS Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 78, de 17 marzo 2005.

¹⁷² Vid. BOE núm. 157 de 2 julio 2005 donde se recoge el texto íntegro de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

¹⁷³ La adición de este segundo párrafo al art. 44 del Código Civil supone el reflejo de los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 1 de la CE 1978, esto es, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo.

la igualdad que la Constitución consagra como valores superiores del ordenamiento jurídico sean reales y efectivas, no solamente entre las personas o entre los individuos, sino también entre los grupos en los que las personas y los individuos se integran.

Efectivamente, al establecer la viabilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, se está ensanchando un espacio de libertad, al mismo tiempo que se elimina una desigualdad que ha cercenado el derecho de todos los ciudadanos, con independencia de su orientación sexual, que es un ámbito más de la libertad individual, a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Asimismo se trata, sin duda, de una libertad que se ejerce facultativa y potestativamente en la medida en que el ordenamiento jurídico la acoge como un derecho, nunca como un deber ni como una obligación. Esa expansión de la libertad se funda en la consagración de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social, en definitiva, como fundamento del orden constitucional entero.

Decía la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en 1776, que se atribuye a Thomas Jefferson, que los hombres –hombres y mujeres-, *todas las personas son creadas libres e iguales y tienen derecho a la persecución de la felicidad*. No ofrece ningún tipo de duda que la relación afectiva y la convivencia son un ámbito para la consecución de la felicidad, para el establecimiento de un status cívico de dignidad personal y colectiva, que busca su visibilidad y su reconocimiento social en términos equiparables a los de cualquier otra. Es por ello que formas tradicionales reconocidas por nuestro derecho civil para la convivencia y para la relación de afectividad, la relación de pareja, se han visto progresivamente acompañadas en el tiempo, al hilo de los cambios sociales, de otras formas en las que ha ido uniéndose la afectividad y la convivencia, buscando la misma equiparación entre uniones de hecho y familias monoparentales.

Con esta Ley se cumple el objetivo de modificar la institución del matrimonio, sin que ello suponga ninguna minoración del matrimonio civil entre personas de distinto sexo, ni ninguna otra forma de matrimonio que tenga lugar en una sociedad democrática

libre y abierta, en modo particular en aquellas que el Estado se ha comprometido a reconocer y validar en su ordenamiento jurídico, que provienen de formas matrimoniales reconocidas por el ejercicio de la libertad religiosa, de acuerdo con los ritos o incluso con la consideración sacramental que le otorguen las confesiones religiosas que tienen presencia en nuestra sociedad. El matrimonio homosexual no viene a minorar el matrimonio heterosexual. No viene a perjudicar, tampoco, la pervivencia en nuestro ordenamiento del matrimonio canónico, que continua siendo convalidado por el Estado. *No tiene ninguna contraindicación porque no va contra nada ni contra nadie. No perjudica absolutamente los derechos de nadie. Sin embargo, otorga reconocimiento a una realidad que lo busca, que está entre nosotros. Es una realidad a la que no tiene ningún sentido continuar hurtándole la vista. Las personas homosexuales son un componente de toda sociedad y exigen reconocimiento en una sociedad democrática libre y abierta.*

La eliminación y supresión de esta barrera de desigualdad que instituía a los homosexuales en “ciudadanos de segunda” debe empezar por encontrar su lugar en el Código Civil y proyectarse en todas las instituciones en las que el matrimonio resulta una institución jurídica relevante: el derecho de familia, el derecho a la asociación, a la herencia. En este sentido, también se produce una afectación respecto del régimen jurídico de la adopción, así como en otras instituciones ajenas al Código Civil pero incardinadas igualmente en la configuración institucional de la familia. Vgr.: derecho a la Seguridad Social, a la protección social, a la protección de la salud y otras afectaciones.

El Gobierno socialista al tomar la iniciativa y poner en marcha el procedimiento legislativo conducente a la aprobación por la Cámara del Congreso del Proyecto de Ley y su conversión definitiva en Ley, ha optado, desde nuestra perspectiva acertadamente, por no inventar ninguna nueva categoría terminológica para establecer la homologación civil de las uniones homosexuales. Es cierto que se puede recurrir a una nueva acuñación. Se ha hablado de uniones civiles y de uniones conyugales, y ésta podría ser una opción constitucionalmente legítima también, pero a nuestro juicio, prolongaría, afianzaría, profundizaría la misma barrera de discriminación y de diferenciación contra

la que esta Ley quiere pronunciarse. Téngase en cuenta que la terminología no es una cuestión baladí y que el lenguaje y los términos pueden alienar a las personas¹⁷⁴.

Asimismo existen argumentaciones en contra de la Ley. Entre estas líneas de impugnación argumentativa podemos distinguir:

-En primer lugar, la relativa a su constitucionalidad. En este sentido se invoca el art. 32 de la Constitución que es el parámetro ineludible, un artículo en el que se establece constitucionalmente el derecho al matrimonio.

Afirma que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. El sentido de esa redacción es el de reaccionar contra toda una historia de discriminación, sí, pero entre el hombre y la mujer. Toda una historia de discriminación que hacía que con anterioridad a la Constitución la mujer perdiese su status civil, perdiese derechos y perdiese categoría como persona en tanto estuviese casada con un hombre, porque antes de casarse la mujer estaba minorada por la patria potestad y después de casarse por la relación matrimonial con el hombre¹⁷⁵.

Lo que establece el art. 32 es una afirmación rotunda, la plena igualdad jurídica entre los contrayentes del matrimonio. Una vez afirmado lo anterior, esto no es óbice para excluir la posibilidad de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

-En segundo lugar, existen argumentaciones de carácter naturalista en dos versiones al menos: una de orden etimológico y una segunda de orden finalista. La etimológica es la que pretende que las instituciones jurídicas son esclavas de las palabras que las definen y que trazando la genealogía de una palabra podemos encerrar

¹⁷⁴ El acogimiento por parte de nuestro ordenamiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo con equiparación jurídica, civil, institucional y simbólica plena con las uniones heterosexuales implica eliminar todas las barreras de discriminación y diferenciación, incluyendo las terminológicas. De no ser así, esto es, de optarse por una nueva acuñación previsiblemente dentro de unos años se produciría un nuevo envite de este deber constitucional de remover barreras de desigualdad. Éste es el momento de hacer la tarea y éste es el momento de hacerla completa.

¹⁷⁵ Durante mucho tiempo –por increíble que parezca ahora recordarlo– la mujer no podía contratar sin permiso del marido, podía ser asesinada por razones de honor –femicidio por causa de honor– y quedaba relegada a las funciones que como mujer se le asignaban, esto es, esposa, madre y ama de casa. Asimismo se la apartaba de las profesiones consideradas “poco higiénicas” o “contrarias a las buenas costumbres”. Toda esta legislación proteccionista y discriminatoria se elaborará con el ánimo de “proteger” a las mujeres y ha servido de caldo de cultivo de la discriminación que la mujer ha sufrido durante años y de la lacra que padecemos hoy día: la violencia doméstica.

un concepto hasta el punto de hacerlo completamente inválido para su modificación por el legislador¹⁷⁶.

Respecto a la dimensión teleológica del matrimonio como una institución destinada a la procreación debe objetarse que si fuera así, no tendría cabida en nuestro ordenamiento el matrimonio entre personas que se saben estériles o entre personas de la tercera edad. En este sentido el matrimonio puede ser concebido como una institución jurídica entre personas que no pueden procrear entre sí. Hay que mencionar que la sociedad está en disposición de acoger nuevas modalidades afectivas y de convivencia que no resultan ofensivas para nadie y que no resultan lesivas para los derechos de nadie.

-En tercer lugar, otra línea argumentativa es la que pretende que actuando así, con la Ley, desde la Ley democrática, se devalúa la institución hasta hacerla irreconocible. En este sentido, esto debe rebatirse pues extender un derecho no es devaluarlo, extender el ámbito de los sujetos que pueden hacer valer ese derecho, que pueden ejercerlo libremente, no es devaluar el derecho ni tampoco la institución. Por el contrario, es reforzarla, es fortalecerla, es afianzar su pervivencia, su significación y es incluso reconocer que esa institución puede ser relevante para personas o colectivos que nunca lo han podido ejercer y que quizás por esa misma razón, porque lo han tenido denegado, cerrado y cegado como camino, han llegado a apreciarlo hasta dimensionarlo como un valor del que reclaman respuesta al legislador.

-En cuarto lugar, hay quien sostiene que optar por instaurar el derecho al matrimonio entre personas del mismo sexo equivale a abrir la puerta a la poligamia e incluso a la zoofilia. La poligamia es inviable en nuestro ordenamiento jurídico porque el art.32 CE 78 es perfectamente explícito. El matrimonio debe encuadrarse en la plena

¹⁷⁶ El Proyecto de Ley recoge varios ejemplos para refutar este argumento a saber: si esto fuera así la Corona nunca habría dejado de ser la impersonación de la soberanía y ya no lo es, sino que es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado, ese es ahora el sentido constitucional de la Corona. De la misma forma, si eso fuera así, el salario tendría que seguir siendo una retribución en especie, en sal, y la patria potestad no sería accesible a las mujeres, porque la etimología es la que señala la filiación con el padre, no con la madre. La patria potestad es predicable de las mujeres porque no ha hecho falta cambiar la etimología de la palabra para introducir esa acuñación lexicológica que sería “la patria potestad”, basta con decir que la patria potestad es perfectamente predicable de las mujeres y que las mujeres pueden ser titulares de la misma. Asimismo, ninguna etimología puede encerrar de manera inalterable un concepto que es disponible para el legislador y que define una relación jurídica con derechos y obligaciones, con sujetos, con contenidos y efectos. Eso es una institución jurídica y en este caso eso es el matrimonio.

igualdad jurídica, y la poligamia no puede basarse en esta plena igualdad como tampoco la poliandria. Respecto a comparar el matrimonio homosexual con la zoofilia es una desconsideración que se descalifica por sí sola.

En otro orden de cosas, acudamos al contexto europeo para ver qué establecen respecto a la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En primer lugar, hay ejemplos en el derecho comparado de las democracias avanzadas de la Unión Europea que invitan a dar un paso al frente a una sociedad cuya mayoría apueste por el cambio. Ahí están los ejemplos belga y holandés, que han establecido esta institución. El caso de Bélgica puede ser especialmente llamativo, no solamente por su configuración como Estado Federal, sino porque ha sido capaz de combinar la presencia en su seno de una importante representación de la confesión religiosa católica, sin que resulte divisorio en la sociedad, abriéndose paso de manera pacífica y habiéndose consolidado en el momento actual.

Otros ordenamientos, como el británico o el canadiense, han dado acogida ampliamente a equiparaciones perfectamente análogas a las del matrimonio entre personas del mismo sexo a efectos tan sensibles como el de la adopción¹⁷⁷.

También en la diversidad del derecho civil foral o especial autonómico español comienzan a darse manifestaciones de avances dispersos en esta línea de futuro, como es el caso de Navarra y Euskadi que han establecido asiento legal para la adopción por parte de parejas homosexuales aún cuando convivan sin estar casados, de modo que puedan ser parte de un procedimiento de adopción de manera conjunta.

La Constitución Europea en su conjunto apunta la línea de futuro. Una de sus grandes contribuciones es la de haber incorporado por fin en su parte segunda una Carta de Derechos Fundamentales, donde se consagra de manera rotunda el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación. Y cuando consagra el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación en el art. 81 lo hace en unos términos muy parecidos al modo en que lo hace nuestra Constitución en el art. 14, pero aún más

¹⁷⁷ Cinco de las provincias que componen la Unión Federal de Canadá han establecido en sus ordenamientos civiles respectivos el matrimonio entre personas del mismo sexo.

explícito, y prohíbe toda discriminación por razón de orientación sexual, no solamente como lo hace nuestro art.14 por razón de raza, religión, creencias, sexo y cualquier otra condición personal o social, sino que también prohíbe cualquier discriminación por razón de orientación sexual.

Este es un mandato que de forma indubitada se abrirá paso en el conjunto de la Unión Europea a través de una verdadera onda de modificaciones legislativas que irán armonizando la receptividad de los ordenamientos de los estados miembros en relación a esta forma de convivencia. Pero es que además el art. 69 de esa misma Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al establecer el derecho al matrimonio se preocupa de señalar que este derecho acoge a todas las personas de acuerdo con lo que establezcan las leyes de los Estados miembros. No señala , por tanto, que el matrimonio sea consagrado por la Constitución Europea sólo para los hombres con las mujeres o las mujeres con los hombres, sino para todas las personas de acuerdo con lo que establezcan las legislaciones de los Estados miembros¹⁷⁸.

4.1.1. La institución de la adopción incardinada en el matrimonio homosexual.

Respecto a la institución de la adopción debe ser mencionado que el objeto de la Ley no es regular la adopción y por ello no existe en él una afectación directa ni específica de la misma, pero no debe olvidarse que la adopción no involucra derechos fundamentales de los adoptantes. En efecto, no se predica del ejercicio de un derecho fundamental a adoptar, sino que es una institución jurídica que busca articular la protección de los derechos del menor. Por ello, son los derechos del menor los derechos fundamentales involucrados en la institución, y a partir de ahí se organiza un procedimiento que tiene componentes civiles y administrativos en el que personas adultas, en disposición de ser parte, se ofrecen como sujetos idóneos de una relación de protección respecto de un menor que puede necesitar afecto u oportunidades.

¹⁷⁸ España que fue la primera en ratificar por referéndum la Constitución europea, debe dar un paso más y ser entre las primeras en Europa, entre las primeras sociedades democráticas, abiertas, libres y pluralistas que deciden dar una recepción y una acogida positiva, desde la tolerancia y desde la receptividad, a esta modalidad de afecto y de convivencia.

La realidad jurídica es que la adopción está abierta por igual a las personas heterosexuales y a las personas homosexuales, no obstante, sólo las personas heterosexuales pueden concurrir en matrimonio. Pero lo cierto es que una persona de orientación homosexual puede concurrir a un procedimiento de adopción, y la evidencia empírica, y la experiencia, prueba que lo hacen, que lo han hecho¹⁷⁹ y que discriminarlos por el solo criterio de su orientación sexual sería plenamente inconstitucional. *Discriminarlos única y exclusivamente por la interrogación inquisitoria sobre la propia orientación sexual, como si ese fuera un criterio válido, dirimente por sí mismo acerca de la idoneidad para ser parte de un procedimiento de adopción, sería plenamente inconstitucional, a parte de no resistir el menor análisis desde el punto de vista científico u objetivo, porque no existe evidencia científica alguna que permita discriminar a toda una categoría de personas como inidóneas para ofrecer protección, ayuda o entorno afectivo a un menor que lo necesite, simplemente por su orientación sexual*¹⁸⁰.

5. Ascendiente y descendiente.

Por lo que al alcance de estos términos se refiere decir únicamente que la doctrina es unánime al sostener que resulta indudable que los mismos comprenden tanto los legítimos como los ilegítimos.

De otro lado el art. 143 CC determina que están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente los ascendientes y descendientes (2°).

El art. 144 señala que la reclamación de alimentos cuando proceda y sean dos o más los obligados a prestarla se hará por el orden siguiente: 1° al cónyuge, 2° a los

¹⁷⁹ Esta realidad pone al descubierto la hipocresía del sistema de tal suerte que una persona homosexual puede concurrir individualmente a un procedimiento de adopción mientras que se niega esta posibilidad a una pareja homosexual, habida cuenta de que no pueden contraer matrimonio.

¹⁸⁰ Vid. Diario de Sesiones Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 78 de 17 marzo 2005, pp. 3770 y 3771.

descendientes de grado más próximo, 3º a los ascendientes también de grado más próximo...¹⁸¹.

6. Hermano por naturaleza.

Hermanos *legítimos* lo son los hijos legítimos de un mismo ascendiente, entre sí, independientemente de lo que sean por vínculo sencillo o doble.

La noción de hermanos *naturales* suscita a juicio de Córdoba Roda¹⁸² mayores dificultades. De una tal categoría habla el Código Civil en su artículo 945 al regular el orden de suceder; y, al parecer, por “*hermanos naturales*” entiende, el ordenamiento civil, los hijos naturales reconocidos de un ascendiente común, así como éstos y los hijos legítimos del citado ascendiente común, todos ellos entre sí.

Determinar si esta noción es vinculatoria para la expresión “hijos naturales” del artículo 11 del Código Penal, no resulta fácil.

Los comentaristas se inclinaron a considerar que entre los hermanos legítimos, naturales o adoptivos, y por consiguiente, ente ellos solos tiene que estimarse la circunstancia; no entre los otros hermanos a quienes no nombra el número y que tienen otra clase de ilegitimidad (Groizard).

Para Córdoba existen importantes razones para entender que la interpretación de la expresión legal ha de ser otra; a saber, “hermanos naturales” lo son todos los hijos de un mismo ascendiente, que no merecen la consideración de “hermanos legítimos”.

Para este autor, el artículo 11 no habla en absoluto de parientes, sino que inicia la enumeración de supuestos con la referencia a los “ascendientes y descendientes; es decir, consigna, ante todo, unos supuestos que se dan por el simple vínculo de sangre. A este respecto se ha destacado siempre que ascendiente y descendiente lo son tanto los legítimos como los ilegítimos.

¹⁸¹ Vid. también arts. 146, 147, 153, 1039, 852, 854, 807 núm. 2, 47 núm. 1º, 756, 809, 810, 184 núm. 3, 811, 935 a 942, 812, 775 a 777 y 234.4º, todos ellos del Código Civil..

¹⁸² Vid. CÓRDOBA RODA, J., “El parentesco como circunstancia...”, op. cit., pp. 170 y 171.

En este sentido, Córdoba destaca como la jurisprudencia al interpretar el artículo 11, se ha inclinado claramente en favor de una concepción material de la circunstancia, al condicionar la estimación de la atenuante y agravante a la mutación valorativa que la relación de sangre, matrimonio o adopción, implica en el hecho criminal, y al exigir frecuentemente un vínculo de afecto entre los sujetos. Asimismo, sostiene que esta mutación valorativa y dicho lazo de cariño, integrantes del aspecto material atribuido a la circunstancia mixta, pueden perfectamente concurrir en los hermanos ilegítimos.

De otra parte, entender que son hermanos naturales los hermanos no legítimos, permite llegar a soluciones más justas, no ya tan sólo por poderse incluir en la esfera de la circunstancia a los hermanos ilegítimos, sino además porque, al interpretarse de este modo la expresión “hermano natural” no existirá reparo alguno para referir los términos de “legítimo, natural o adoptivo”, tanto al hermano como a los ascendientes y descendientes.

7. Hermano por adopción.

El sintagma “*por adopción*” ofrece dudas sobre si se refiere sólo a los hermanos por adopción, o también a los padres y a los hijos adoptivos, pero no tendría sentido que la circunstancia se aplicara de forma colateral y no en línea recta ascendente o descendente. De modo que la circunstancia mixta de parentesco habrá de aplicarse también a los delitos cometidos entre sí por padres e hijos adoptivos, dejando al margen los vaivenes históricos y la reciente jurisprudencia que excluía el vínculo adoptivo del delito de parricidio.

La STS de 16 marzo 1994 señala que no es pacífica la posición de la doctrina sobre el significado de la expresión “ascendientes o descendientes” utilizada por el legislador para definir el delito de parricidio (artículo 405 del Código Penal derogado).

Los autores que defienden la inclusión de los “adoptivos” en la referida relación de parentesco se basan fundamentalmente en que para determinar el contenido y alcance de la expresión legal –ascendientes o descendientes- es menester acudir a las normas civiles; de modo particular al artículo 108 del Código Civil, cuyo párrafo segundo dice

que *la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.*

Quienes, por el contrario, sostienen que el tipo penal del parricidio se refiere exclusivamente a los parientes unidos por vínculos de consanguinidad –que constituyen, sin duda, la mayor parte de la doctrina–, afirman que, en puridad de conceptos, los adoptivos no son ascendientes ni descendientes, por lo que incluirles en la referida expresión legal supondría una interpretación extensiva en contra del reo, que debe estimarse proscrita (art. 4.2 del Código Civil)¹⁸³.

El Tribunal Supremo tiene declarado que la interpretación de las normas jurídicas exige tener en cuenta no sólo su tenor literal y su propio contexto, sino también, con la debida ponderación, sus antecedentes históricos y legislativos y la propia realidad del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 del CC). En este sentido, cobra particular relevancia el hecho de que en nuestro Derecho histórico, el Código Penal de 1848 castiga como parricida al que “*matare a su padre, madre o hijo, sean legítimos, ilegítimos o adoptivos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o a su cónyuge*” (art. 323), en tanto que los siguientes, a excepción del de 1928, prescindieron de toda expresa referencia al parentesco por adopción.

El Código Penal de 1870 castigaba como parricida al que matare “*a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge*”. Se prescinde, pues, claramente, del parentesco de adopción, al que no ha hecho referencia ninguno de los ulteriores Códigos Penales al definir el tipo penal del parricidio. Únicamente, como ha sido dicho, el Código Penal de 1928, al margen de la figura del parricidio propio –art. 521–, incorporó el impropio para el caso de muerte de “*hermanos, padres e hijos adoptivos y afines en línea recta*” (art. 522).

¹⁸³ Al hijo adoptivo que mata –decía Farinaccio– no se le castiga como parricida *quia filii adoptivi non vere el prope, sed ficti et imaginari filii dicuntur*; afirmando, por su parte, Viada que la razón de esta exclusión es que *no es posible equiparar la culpabilidad del que da muerte a un bienhechor y la del que mata a su padre.*

El legislador cuando ha estimado oportuno incorporar al tipo penal el parentesco por adopción lo ha hecho de modo expreso, y, en todo caso, ha distinguido siempre entre la relación de padres e hijos y la de los demás ascendientes.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, cabe decir que –en las legislaciones que mantienen este tipo penal- se ha ido reduciendo el ámbito al denominado parricidio propio (muerte del padre, de la madre, del hijo, o de los ascendientes o descendientes consanguíneos). La inclusión de otros vínculos, esto es, afinidad, adopción o matrimonio, ha ido desapareciendo progresivamente de la mayoría de los Códigos Penales, y un sector amplio de la doctrina entiende que, en todo caso, carece de justificación en el ámbito criminológico.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente un criterio restrictivo en la interpretación del tipo penal examinado, estimando que los textos legales –hecha excepción del CP de 1848- se han referido exclusivamente a los vínculos de consanguinidad, no alcanzando, pues, a los de afinidad ni a los de adopción¹⁸⁴.

Debe mencionarse que en la reforma parcial operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, se dio nueva redacción, entre otros, a los artículos 11, 18 y 405 del Código Penal, citándose expresamente en el primero de ellos, relativo a la circunstancia mixta de parentesco al ascendiente, descendiente o hermano “por naturaleza, adoptivo o afín”. Igual técnica se siguió con el artículo 18, al declarar exentos de las penas impuestas a los encubridores, entre otros, a los “ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados”. La reforma operada en el art. 405 se limitó a suprimir la distinción de “legítimos o ilegítimos”, en referencia a los ascendientes o descendientes.

¹⁸⁴ Vid. SSTS de 11 marzo 1887, de 7 diciembre 1888 y de 30 junio 1958. Esta última al referirse a la *ratio legis* del precepto, estima que la agravación punitiva procede de la repugnancia a la conciencia social de la ofensa a la relación parental que origina, por naturaleza, una afección que identifica a los parientes como miembros de un todo más amplio, que ha de sufrir los daños o menoscabos que sufra la integridad física de cualquiera de ellos.

8. Parentesco por afinidad.

Prats Canut¹⁸⁵ recuerda que el parentesco por afinidad no es definido por el Código Civil, aunque lo mencione en diferentes preceptos

El parentesco por afinidad como recuerda la STS, Sala Segunda, de 15 septiembre 1986¹⁸⁶ *“No es definido por el CC, aunque lo menciona en diferentes preceptos, pero, partiendo del contenido del antiguo artículo 84 del mencionado cuerpo legal y de las SS de este Tribunal de 21 enero 1924 y de 6 junio 1928, las cuales se inspiraron en Las Partidas, son afines los cónyuges entre sí y cualquiera de ellos respecto a los parientes por consanguinidad del otro, no siéndolo, de ningún modo, los parientes por naturaleza de cada uno de ellos respecto a los parientes consanguíneos del otro, ni un cónyuge respecto a los parientes por afinidad de su consorte”*.

Para Serrano Butragueño¹⁸⁷, los límites del precepto se muestran poco precisos si lo interpretamos considerando su *“leif-motiv”* o *“ratio-legis”* la protección de la sana convivencia o del afecto parental, pues al referirse el art. 23 a los ascendientes en general, serían parientes en los mismos grados por afinidad los suegros, los padres de los suegros, los abuelos de los suegros, etc., mientras que la afinidad con los descendientes se muestra imposible a partir del primer grado, por cuanto los hijos del yerno o de la nuera han de ser, forzosamente, los nietos.

En otro caso, ni siquiera serían parientes por afinidad si proceden de pareja distinta del consorte consanguíneo. También se incluyen dentro del radio de acción del art. 23 CP los cuñados, que son hermanos por afinidad.

La STS de 2 julio 1991¹⁸⁸ viene a decir que el procesado, al tiempo de la comisión de los hechos sostenía relaciones de noviazgo con la hermana del perjudicado,

¹⁸⁵ Vid. PRATS CANUT, J. M., “De la circunstancia mixta de parentesco” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., p. 282.

¹⁸⁶ En el caso controvertido, el recurrente era cuñado de la víctima, esto es, era hermano del consorte de ella. La afectividad además de presumible –entiende el Tribunal- era palmaria, pues vivía el matrimonio con el infractor y un hijo de aquellos en la misma morada, cuidando el acusado de su sobrino durante las ausencias, por razones laborales, de los consortes dichos.

¹⁸⁷ Vid. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “De la circunstancia mixta...”, op. cit., pp. 389 a 400.

¹⁸⁸ Vid. STS de 2 julio 1991 [RJ 1991/5500].

lo que no implicaba relación de parentesco entre ambos a los efectos del artículo 11 del CP, ya que el nexo de afinidad surge en virtud del matrimonio y aunque la reforma de aquel Código sustantivo de 25 junio 1983 concedió a las situaciones de afectividad existentes de modo permanente y estable, análogas a las conyugales, un tratamiento penal idéntico al que se otorga a aquellas otras que nacen de tal relación matrimonial, ello no supuso la concesión de igual régimen a las relaciones fraternales que se originan de las uniones permanentes entre dos personas, sin vínculo matrimonial.

CAPÍTULO III: ESTRUCTURA DE LA CIRCUNSTANCIA (II): ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

I. ¿Cuándo la circunstancia es agravante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales de agravación.

Esta circunstancia mixta modificativa de carácter mixto ha sido interpretada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo en múltiples sentencias, cuando se trata de su vertiente agravatoria.

La circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del CP, relación a la que se equipara a estos efectos la de las personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad, es una circunstancia *genérica*, aplicable, en principio, a todos los delitos previstos en el Código penal, siendo valorada ordinariamente como agravante, cuando de delitos contra las personas se trata, y existe un “*natural lazo afectivo*”¹⁸⁹.

En el artículo 23 del Código se ofrecen varios elementos que justifican la distinta trascendencia penal del parentesco típico. Dos son de carácter objetivo, la naturaleza y los efectos del delito, y otro subjetivo, los motivos del delincuente. Conjugando todos ellos podrá llegarse a determinar si la concreta relación familiar ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena o, incluso, si debe ser considerada irrelevante¹⁹⁰. Sin embargo ni en éste ni en ningún otro precepto, como advierte Mestre Delgado, especifica el Código Penal de qué manera el juego conjunto de esos elementos provoca que las relaciones familiares justifiquen la agravación o la atenuación de la responsabilidad penal, ni tampoco cuándo debe estimarse concurrente la circunstancia, y cuándo resulta

¹⁸⁹ Vid. STS de 18 Mayo 2001, núm. 1911/2000. [RJ 2001/4305] donde se condena al acusado por un delito de detención ilegal. Se trata de un supuesto en el que la víctima comunica a su pareja su deseo de abandonar la relación y es privada de libertad por aquella. La sentencia de instancia afirma en los hechos probados que ambos “*convivían juntos como pareja de hecho*”, y aunque también afirma que las relaciones entre uno y otro “*iban deteriorándose*”, “*incorporando tensión y agresividad en las mismas*”, lo cierto es que tal situación fue con ocasión del anuncio por parte de la víctima. La razón de la agravación contenida en el artículo 23 está precisamente en el hecho de que *el sujeto se sirve de la relación de afectividad, quebrantándola, para la realización del hecho delictivo de que se trate*. El recurrente aprovechó la convivencia que mantenía con la víctima desde hace más de dos años para privarla de su libertad.

¹⁹⁰ Vid. SSTS de 27 diciembre 1991 y de 6 julio 1992.

indiferente. En este sentido, la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, interpretando los elementos recogidos en el artículo 11 ACP, estima que por “*naturaleza*”, se ha de entender la índole de la infracción perpetrada o, especialmente, la clase de bien jurídico violado o contra el cual se atenta, los “*motivos*” equivalen a los móviles que impulsaron al agente a actuar de modo antijurídico y, finalmente, “*efectos*” no son tanto el resultado del hecho punible como las consecuencias de toda especie producidas o desencadenadas por la infracción. Asimismo “*para la adecuada valoración de la circunstancia se deberán tener en cuenta la naturaleza y características del bien jurídico violado o contra el cual se atente, los impulsos que motivaron la actuación del agente y, finalmente, las consecuencias de toda índole que el hecho en sí haya originado, porque todas sus circunstancias ayudarán a juzgar sobre la mayor o menor malicia del ofensor*”¹⁹¹.

No hay que olvidar, y así lo tiene en cuenta la jurisprudencia, que la ley condiciona el efecto de la circunstancia a los “*motivos*” del delito, lo que debe interpretarse en el sentido de que no puede atenderse sólo y automáticamente a la “*naturaleza*” abstracta del delito. El Tribunal Supremo llega a negar la estimación de todo efecto atenuante o agravante, al parentesco cuando entiende que no opera como motivo dotado de la suficiente intensidad, y aunque se trate de delitos en los que en otras ocasiones se estime la circunstancia¹⁹². Es ésta –la no estimación de atenuación ni agravación– una posibilidad que no se hallaba prevista por la letra de la ley antes de la Reforma de 1983, pero que era ciertamente razonable. En efecto, como ha reseñado Mir Puig¹⁹³ no dejaría de ser absurdo permitir al tribunal valorar libremente si el parentesco ha de tener los efectos opuestos de atenuar o agravar y no dejarle, en cambio, la posibilidad intermedia de no modificar la responsabilidad penal; al valorar si la circunstancia ha de atenuar o agravar, bien puede suceder que el juzgador llegue a la conclusión de que no hay razones para atenuar, pero tampoco para agravar¹⁹⁴.

¹⁹¹ Vid. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante...*, op.cit., p. 21 y vid. SSTS de 15 septiembre 1986 y de 13 octubre 1993.

¹⁹² Vid. CÓRDOBA RODA, J., “El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal” en *ADPCP*, 1967, pp. 176 y ss.

¹⁹³ Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, Reimpresión de la 3ª Edición, Barcelona, 1995, pp. 716 a 718. Vid. también MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998, pp. 657 y 658. Vid. también MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición, Barcelona, 2004.

¹⁹⁴ Esta posibilidad ha sido reconocida expresamente por la Reforma de 1983.

1. El elemento objetivo de la agravante.

La circunstancia de parentesco, como agravante se vertebra por la concurrencia de dos elementos: el objetivo, esto es la relación parental dentro del grado prevista en la Ley y el subjetivo que radica en el conocimiento que ha de tener el agente de la realidad de los lazos de parentesco que le ligan con la víctima, que no puede confundirse con la concurrencia de cariño o afecto, antes al contrario el elemento subjetivo supone el conocimiento de tal relación y el conocimiento de los *deberes morales que se derivan de la comunidad de afectos*, afectos que precisamente *desprecia*, incrementando el disvalor de la acción al resultar lesionados elementales sentimientos de piedad que conforman el núcleo de la convivencia humana por encima de ideologías, credos o situaciones. En efecto el mandato *naeminen laedere* que es uno de los valores que definen la justicia tiene un plus cuando su vulneración cae sobre los más próximos del agente. De otro modo, la exigencia de afecto entre agresor y víctima haría de imposible aplicación tal agravante porque no se produciría el delito, salvo los supuestos de homicidio por piedad, en los que, de jugar tal circunstancia muy probablemente sería como atenuante¹⁹⁵.

Mestre Delgado anota que el ámbito de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco parece suficientemente claro en sus términos literales.

2. El elemento subjetivo de la agravante.

La tradición jurisprudencial ha venido sosteniendo en sendos pronunciamientos que el elemento subjetivo de la agravante no consiste precisamente en el cariño o el afecto, ordinariamente ausentes en quienes agreden físicamente a sus cónyuges, sino en la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina. La *regla general* es que en las agresiones físicas entre cónyuges debe aplicarse la agravante de parentesco cuando se mantenga la situación de convivencia¹⁹⁶ y también en supuestos de

¹⁹⁵ Vid. en este sentido la STS de 2 febrero 2004.

¹⁹⁶ El Tribunal Supremo afirma que cuando la agresión conyugal se produce en el ámbito de la convivencia doméstica, al no existir separación jurídica o de hecho, en principio concurren los específicos deberes conyugales cuya vulneración agrava cualquier violencia realizada entre cónyuges.

separaciones recientes, pues en estos casos concurre y subsiste el incremento del desvalor de la conducta derivado del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato a los familiares así como la mayor relevancia de los efectos psíquicos que la agresión determina sobre la víctima.

La doctrina reciente de la Sala de lo Penal insiste en que no puede excluirse la aplicación de la agravante por el “*simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges*”, o por “*la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho*”, o por encontrarse los cónyuges “*en una situación tensa a causa de sus desavenencias*”¹⁹⁷. Este comportamiento previo no debe redundar en ningún caso en beneficio del acusado, lo que sería absurdo, por lo que no puede determinar la exclusión de una agravante cuya fundamentación se encuentra precisamente en el mayor desvalor de una conducta que, además de atentar contra la integridad física de la víctima, atenta, adicionalmente contra el deber de respeto ínsito en la relación conyugal. Procede, por consiguiente, la aplicación de la agravante cuando concurren sus dos elementos. De una parte, el objetivo: consistente en la relación conyugal, que no cabe considerar rota de modo manifiesto y efectivo, máxime cuando subsiste la convivencia; de otra, el subjetivo: que no consiste propiamente en el cariño o afecto, habida cuenta que no resultaría lógico que estos valores positivos se calificasen penalmente como agravante, sino *en la conciencia de la subsistencia de la relación conyugal y de los específicos deberes de respeto que conlleva*.

Mestre Delgado¹⁹⁸ estima que la jurisprudencia española sostiene sin fisuras que la apreciación de la circunstancia de parentesco no depende únicamente de la comprobación efectiva de la existencia de un lazo o vínculo familiar entre ofensor y ofendido, y además de la correspondiente relación de afecto entre ellos, sino que es necesario verificar también el elemento subjetivo o culpabilístico de la índole de la motivación. Este elemento subjetivo *que tiñe de mayor o menor perversidad o malicia el quebrantamiento del vínculo objetivo que el parentesco representa, con el fin de poder atribuirle eficacia agravante o atenuante o irrelevante*, tiene un contenido ya

La existencia de desavenencias no es equiparable a una ruptura “de facto”, manifiesta y efectiva, de la relación conyugal.

¹⁹⁷ Vid. SSTS de 22 de septiembre 2000, núm. 1429/2000. [RJ 2000/8082]; de 10 de febrero 2000, núm. 115/2000. [RJ 2000/55] y de 3 de julio 1998, núm. 919/1998. [RJ 1998/5809] respectivamente.

¹⁹⁸ Vid. MESTRE DELGADO, E., *La atenuante...*, op. cit., pp. 33 y 34.

perfectamente delimitado en la jurisprudencia, esto es, tener conocimiento al sujeto activo de dicha relación y de desatender la relación afectiva consustancial a dicha relación familiar.

Por ello, resulta irrelevante la circunstancia en el caso de que el sujeto activo de la infracción desconozca la existencia del vínculo parental y cuando la finalidad de la agresión no fuera el desprecio o la destrucción de la relación de parentesco (que es el fundamento de la agravante) sino su restauración¹⁹⁹.

3. Delimitación de la circunstancia agravante de parentesco a la luz de la jurisprudencia de la última década (1994-2004).

En caso de *malas relaciones entre parientes* la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha excluido la aplicación del artículo 23 en supuestos de *ruptura de larga duración en la convivencia entre esposos, tan prolongada que de hecho puede equipararse a una situación de divorcio*. Pero tal doctrina no es de aplicación cuando se trata de relaciones de parentesco fundadas en vínculos que la propia naturaleza ha establecido, como aquellas que existen entre ascendientes, descendientes y hermanos²⁰⁰. La convivencia entre autor y víctima revela la existencia de la base fáctica necesaria para la apreciación de la agravante, porque la reanudación de la vida matrimonial con la esposa y de la convivencia con el hijo significa para el agresor el nacimiento de los vínculos familiares de los que derivan los especiales deberes de respeto, consideración y cuidado que están en la raíz, cuando son infringidos, de la agravación de la responsabilidad criminal por determinados delitos²⁰¹.

¹⁹⁹ Vid. SSTS de 25 noviembre 1992, de 23 octubre 1984 y de 31 enero 1981. Esta última trata de un caso de agresión entre hermanos, a través de la cual uno de ellos quiso reprender éticamente al otro su despego hacia la madre de ambos, a la que la víctima no visitaba desde seis años antes. Esta sentencia estimó que el ofendido había mostrado, previamente a la agresión, “*desprecio... con respecto al vínculo filial e indirectamente al fraternal*”.

²⁰⁰ Vid. STS de 28 de mayo 2001, núm. 971/2001. [RJ 2001/4570]. El Supremo reconoce que entre ambos hermanos había malas relaciones por motivos económicos derivados de la herencia del padre. No obstante, ello no sirve para excluir este parentesco como relevante para cuantificar la responsabilidad penal por aplicación de lo dispuesto en el art. 23.

²⁰¹ Vid. STS de 22 diciembre de 2000, núm. 1986/2000. [RJ 2001/501]. En este supuesto se condena al autor por dos delitos de amenazas graves no condicionales del artículo 169.2º CP, con la concurrencia de la atenuante de arrebato u obcecación y la agravante de parentesco. Viene a denunciarse una infracción del artículo 23 CP en tanto la circunstancia mixta de parentesco prevista en dicha norma ha sido apreciada como agravante en la sentencia recurrida. El acusado convivía con su esposa e hijo desde el año anterior a la producción de los hechos, tras haber estado separado legalmente de la primera durante dos años.

El Supremo ha ido modulando y perfilando la aplicación de la agravante de parentesco. Respecto a este “*thema decidendi*” y siguiendo la STS de 13 noviembre 1998 (RJ 1998/8204), debemos señalar:

1. Una antigua doctrina jurisprudencial –“*ad exemplum*” Sentencias de 8 julio 1981 (RJ 1981/3201), de 29 mayo 1982 (RJ 1982/2735), de 25 abril 1985 (RJ 1985/2139), de 15 noviembre 1986 (RJ 1986/6960) y de 21 septiembre 1991- en que la separación judicial de los cónyuges no disolvía el vínculo matrimonial, por lo que no impedía la aplicación de la agravante a efectos del artículo 420 párrafo último y del artículo 405 del Código de 1973.
2. La LO 3/1989, de 21 de junio de Actualización del Código Penal suprimió tal referencia en el artículo 420.
3. La jurisprudencia de la Sala 2ª mostró, que ha de concurrir además del dato objetivo del parentesco, la relación de afecto personal²⁰².
4. Si bien la Sentencia 2759/1993, de 9 diciembre [RJ 1993/9942], recogió al respecto que “*al hilo y acorde con lo argumentado precedentemente, la doctrina de esta Sala, pacífica y reiteradamente viene declarando, y así, entre otras en las Sentencias de 7 de junio 1985 [RJ 1985/2972], 15 noviembre 1986 [RJ 1986/6960], 31 octubre 1987 [RJ 1987/8421], 27 y 29 septiembre y 4 octubre 1988 [RJ 1988/7062, RJ 1988/7171 y RJ 1988/7656], 9 febrero 1989 [RJ 1989/1521], 25 febrero 1991 [RJ 1991/1426] y 7 abril 1993 [RJ 1993/3056] y en el Auto de 31 marzo 1993 [RJ 1993/3155], que el estado de separación matrimonial no descalifica a la víctima de la condición de cónyuge, pues este condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial (o la declaración de divorcio), porque lo que origina la condición de cónyuge es precisamente la existencia del vínculo que nace al contraer matrimonio, el cual se extingue únicamente por muerte, nulidad o divorcio...*”.

²⁰² Vid. SSTS de 26 junio y 15 de septiembre 1986 [RJ 1986/4674], de 22 marzo 1988 [RJ 1988/2069] y de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644], 887/1993, de 20 abril [RJ 1993/3162], y 2253/1993, de 13 de octubre [RJ 1993/7379].

5. La Sala Plena (no jurisdiccional) de la Sala 2ª acordó el 18 de febrero de 1994 por mayoría la exclusión del artículo 405 del anterior CP en los casos en que *la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al autor*²⁰³.
6. Se declaró estimar la agravación *cuando la convivencia no se había interrumpido*²⁰⁴...o *cuando subsistía la “af(f)ectio maritalis”*²⁰⁵, añadiéndose que *la cesación de la convivencia no significaba desafección, pero exigiéndose, en todo caso una concurrencia de afecto*²⁰⁶.

Existen múltiples pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que debaten la justificación de la circunstancia mixta de parentesco. Así, la Sala 2ª del Supremo ha determinado para su no concurrencia una serie de criterios como necesarios que podemos reflejar en los siguientes apartados:

1. Una notoria desafección sentimental (no el simple deterioro de las relaciones personales).
2. Que esa desafección tenga una cierta duración temporal²⁰⁷.
3. En ocasiones se ha exigido el abandono del domicilio conyugal por uno de los cónyuges.

La Sentencia de 11 de septiembre de 2000²⁰⁸ afirma la indebida aplicación del artículo 23 CP al apreciarse la agravante de parentesco sin concurrir los requisitos

²⁰³ Así se recogió en las Sentencias 660/1994, de 28 marzo [RJ 1994/2663], 1899/1994, de 31 octubre [RJ 1994/8342], 1433/1994, de 12 julio [RJ 1994/6363], 914/1995, de 25 septiembre [RJ 1995/6744] y 1222/1995, de 24 noviembre [RJ 1995/8954].

²⁰⁴ Vid. Sentencia 407/1996, de 11 mayo [RJ 1996/3828].

²⁰⁵ Vid. Sentencia 353/1995, de 8 marzo [RJ 1995/1873].

²⁰⁶ Vid. SSTS 631/1997, de 6 mayo [RJ 1997/3629], 849/1997, de 13 junio [RJ 1997/4893], 812/1997, de 30 abril [RJ 1997/4537], 1475/1997, de 2 diciembre [RJ 1997/8835] y de 13 noviembre 1998, núm. 1402/1998. [RJ 1998/8204].

²⁰⁷ En la Sentencia de 22 septiembre de 2000, Vid. STS de 22 septiembre de 2000, núm.1429/2000. [RJ 2000/8082]. En el caso agresor y agredida eran cónyuges y mantenían la convivencia a pesar de que su relación estaba ciertamente deteriorada, en el “*factum*” únicamente se expone que a penas se hablaban, pero que lo era “*en especial en las fechas más recientes*” por lo que se desestima el motivo y se aplica la agravante al faltar el requisito de la temporalidad.

²⁰⁸ Vid. STS de 11 septiembre 2000, núm. 780/2000. [RJ 2000/7932].

exigidos. Según el recurrente el Tribunal del Jurado se ha limitado a declarar probado una genérica “*convivencia marital*” sin describir una convivencia “*more uxorio*”.

En este sentido el acusado “*desde hacía al menos tres años convivía maritalmente con J.B.M. con la que tenía un hijo común de siete meses...*”. No se limita a afirmar una convivencia marital sino que señala una duración prolongada –al menos tres años- y refiere la existencia de un hijo común de siete meses.

En tales datos se evidencia la convivencia “*more uxorio*” en los términos descritos por la STS de 18 mayo 1992 [RJ 1992/4081]:

1. como régimen vivencial de coexistencia diaria,
2. estable,
3. con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años,
4. practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados,
5. creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines en el núcleo de un mismo hogar.

O como dice la Sentencia de 10 de noviembre de 1998²⁰⁹ *un proyecto común de convivencia duradera que no necesariamente debe tener como presupuesto una relación permanente ya que sin esa permanencia puede constatarse la existencia de proyecto común, de estabilidad en suma...*²¹⁰.

La convivencia de dos personas durante al menos tres años, que tienen un hijo común como resultado de esa convivencia refleja los caracteres propios de un proyecto estable de comunidad de vida “*more uxorio*”.

²⁰⁹ Vid. STS de 10 noviembre 1998. [RJ 1998/8271].

²¹⁰ Vid. STS de 15 diciembre 1994. [RJ 1994/9762].

La STS de 25 julio 2000²¹¹ viene a decir que el artículo 23 del vigente Código penal, introduce ligeros retoques en la redacción de la circunstancia mixta de parentesco en relación con el anterior artículo 11 CP derogado. El citado precepto distingue conceptualmente y, al mismo tiempo, homologa punitivamente los supuestos de vínculos legales derivados del matrimonio o de la condición, de ascendientes, descendientes o hermanos con la estable relación afectiva de hecho que se equipara, a los efectos modificativos de la responsabilidad criminal al matrimonio. La alternatividad entre los efectos agravatorios o atenuatorios, se ha decantado doctrinal y jurisprudencialmente por activar sus consecuencias agravatorias generalmente cuando se trata de delitos contra las personas y concederle resultados atenuatorios e incluso absolutorios en la mayor parte de delitos contra el patrimonio.

No obstante, los campos de actuación no están perfectamente delimitados por el Texto legal, con lo que presenta u ofrece especial importancia la interpretación jurisprudencial de los efectos mixtos de la circunstancia de parentesco.

Con carácter general la jurisprudencia del TS ha venido estableciendo que *no se puede objetivar su carácter agravatorio, sin profundizar en el examen de la realidad afectiva y de convivencia existente en cada caso*. El reproche debido a la *mayor antijuridicidad del hecho y a la especial culpabilidad de su autor*, se debe basar en la *reacción frente a la ruptura de las relaciones de convivencia y sus posibles*

²¹¹ Vid. STS de 25 julio 2000, núm. 1340/2000. [RJ 2000/6229]. La parte recurrente sostiene que dicha circunstancia no se puede aplicar cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente el vínculo matrimonial, están efectivamente destruidas las bases de la convivencia matrimonial. Expone que las relaciones matrimoniales atravesaban una grave crisis, con episodios de malos tratos de palabra y obra incluso en la propia calle. Existía una separación de hecho y consta la voluntad firme de la víctima de iniciar acciones legales para conseguir la separación conyugal, habiendo solicitado el beneficio de justicia gratuita. Señala que había desaparecido la “*afectio maritalis*” entre los cónyuges como se demuestra por la existencia de agresiones en plena calle, por el traslado de la víctima a casa de su madre y por los acosos y amenazas, así como la petición de justicia gratuita. El marido intentó que la esposa volviese al domicilio conyugal, anunciando su muerte para el supuesto de no regresar. Con posterioridad el acusado subió al inmueble donde vivía la víctima y después de conseguir que le abriese la puerta, desencadena toda su actividad criminal que acaba con la vida de la agredida.

Como ha sido dicho, el TS sostiene en múltiples pronunciamientos que para eliminar o hacer irrelevantes los efectos agravatorios del parentesco conyugal, es necesario que se haya producido una situación, prácticamente irreversible derivada de una notoria prolongación en el tiempo de la falta de convivencia. El escaso período transcurrido, desde el momento en que se produce el abandono del domicilio conyugal, hasta que se consuma el acto homicida y la persistente conducta del acusado tratando de reanudar la vida matrimonial, llevan al Tribunal a la conclusión de que no nos encontramos ante una destrucción, más o menos definitiva de la relación entre ambos cónyuges, sino ante una situación de tensión que no elimina, de forma irreversible, los lazos que se derivan de una relación parental de esta naturaleza. Por ello, la actuación del agresor se mueve dentro del ámbito familiar que previamente habían establecido y que no habían llegado a cortar de manera definitiva por lo que es de apreciar la agravante de parentesco.

repercusiones sobre los sentimientos de afectividad que se supone deben existir entre las personas unidas por determinados vínculos conyugales o parentales. En la misma línea la pionera STS de 10 marzo de 1982 [RJ 1982/1601] había establecido que debe revisarse los efectos de la circunstancia mixta de parentesco, cuando se aprecie, en definitiva, una profunda tirantez de relaciones entre los propios parientes protagonistas de los hechos, de tal manera que se coloquen en una situación semejante a la de los enfrentamientos entre extraños, porque, en tales casos, no puede nunca influir el parentesco en el estado anímico del autor, que es el fundamento subjetivo o base psicológica de esta circunstancia.

A partir de esta reflexión se planteó la necesidad de revisar las *interpretaciones objetivas y puramente formalistas que anudaban el efecto agravatorio al hecho de la existencia de un vínculo legal*, sin contemplar realidades alternativas, como la separación de hecho y sus consecuencias sobre la mayor o menor antijuridicidad del hecho o de la culpabilidad del autor.

De otra parte, la STS de fecha 9 diciembre 1993 [RJ 1993/9942] sentó su parecer sobre los siguientes criterios:

1. La propia naturaleza del vínculo matrimonial, impide considerar de una manera automática y unitaria, el efecto punitivo sobre los supuestos en que un cónyuge mata a otro.
2. *El principio de culpabilidad* exige que, en cada caso, se busque la verdadera medida de este componente del delito, que pueda existir en la conducta enjuiciada.
3. No puede desconocerse que, la situación de *separación efectiva de hecho*, tiene consecuencias jurídicas reconocidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, por lo que también se deben considerar estas consecuencias en el ámbito del Derecho penal.
4. Es necesario profundizar en la búsqueda de la solución adecuada, en función del grado de deterioro de las relaciones conyugales y parentales, de manera que una

simple diferencia o discusión no puede ser considerada como apoyo, para enervar los efectos agravatorios del parentesco sobre las agresiones personales.

5. Es necesario que se compruebe la existencia de una ruptura duradera en el tiempo, que pueda servir de base para debilitar los sentimientos afectivos y para abrir un paréntesis prolongado en las relaciones personales.

De otra parte, el Tribunal Supremo ha manifestado que en los supuestos de separación de los cónyuges, había que estar en cada caso concreto para decidir sobre la existencia de la circunstancia de parentesco, lo que se reflejó en posteriores sentencias, tanto referidas al delito de parricidio CPTR 73, como en relación a la circunstancia mixta de parentesco que subyace en el Código vigente.

Una consolidada y reiterada doctrina de la Sala 2ª del Supremo²¹², pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que el parentesco no operará como agravante:

1. Si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares u, obedeció el delito a razones extrañas al orden parental o,
2. Se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón,
3. Así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 mayo 1999²¹³ estima la aplicación indebida del artículo 23 CP y afirma que una consolidada y reiterada doctrina de la Sala

²¹² Vid. SSTS de 11 marzo, de 15 abril, de 30 abril, de 6 mayo, de 13 junio, de 3 julio y de 2 diciembre de 1997. [RJ 1997/1944, RJ 1997/2931, RJ 1997/4537, RJ 1997/3629, RJ 1997/4893 y RJ 1997/8835].

²¹³ Vid. STS de 21 mayo 1999, núm. 865/1999. [RJ 1999/5243]. En el caso que se examina, según el factum, la relación familiar se encontraba en crisis, con diversas denuncias formuladas por la esposa contra el acusado, con sentencias condenatorias en diversos juicios de faltas, por insultos, amenazas de muerte, lesiones, vejación injusta, habiendo instado aquella el correspondiente procedimiento de separación, durmiendo en habitaciones separadas, la relación afectiva, affectio maritalis, se había roto, y

Segunda, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que *si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares, u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta*²¹⁴.

Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso para su apreciación, la convivencia real de afecto entre parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida las “*afectio maritalis*”, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante.

La STS de 11 marzo 1997²¹⁵ analiza la vulneración por falta de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 11 CP derogado. Con arreglo a una línea jurisprudencial constante, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares u obedeció al delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta²¹⁶. En el caso planteado el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida contiene la afirmación que complementa el relato histórico de que la relación entre familias estaba rota y que habían existido insultos y diferencias económicas entre las partes; por lo que procede la desestimación de este motivo.

ausente por las constantes desavenencias y disputas entre los cónyuges, por lo que la circunstancia de agravación no se aprecia.

²¹⁴ Vid. SSTS de 11 marzo, de 15 abril, de 30 abril, de 6 mayo, de 13 junio, de 3 julio y de 2 diciembre, todas de 1997 [RJ 1997/1944, RJ 1997/2931, RJ 1997/4537, RJ 1997/3629, RJ 1997/4893 y RJ 1997/8835].

²¹⁵ Vid. STS de 11 marzo 1997, núm. 302/1997. [RJ 1997/1944].

²¹⁶ Vid. SSTS de 15 octubre 1957 [RJ 1957/2673], de 10 marzo 1982 [RJ 1982/1601], de 23 octubre 1984 [RJ 1984/5031], de 15 septiembre 1986 [RJ 1986/4674] y de 22 marzo 1988 [RJ 1988/2069], insistiéndose en STS de 10 octubre 1988 [RJ 1988/7722], en que el elemento objetivo del parentesco debe reputarse irrelevante, entre otras cosas, “*cuando la víctima hubiere provocado la comisión del delito*”, vid. la STS de 12 noviembre 1984 [RJ 1984/5937].

El ATS de 2 noviembre 1999²¹⁷ determina que es indiferente para la concurrencia de esta circunstancia que la relación sentimental entre agresor y víctima sea más o menos extensa en el tiempo, puesto que es jurisprudencia constante²¹⁸ la de que debe reconocerse siempre al parentesco influencia agravatoria en los delitos contra las personas salvo casos excepcionales en los que resulte previamente acreditada una anterior provocación de la víctima al agresor o una ruptura de las relaciones afectivas entre ambos causada también por el proceder del agredido.

La Sentencia de 28 de abril 1998 [RJ 1998/3820], casó la Sentencia de Instancia calificando los hechos como constitutivos de agresión sexual de los artículos 178 y 179 CP vigente, sin que se apreciara la circunstancia del artículo 23, como agravante ni como atenuante.

La Sentencia de 5 de octubre 1995, expresa *que dicha circunstancia puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, presentándose en su formulación legal como una circunstancia genérica mixta que, o bien agrava, o atenúa la responsabilidad criminal o resulta indiferente. Esta agravación no se aprecia, cuando exista una profunda tirantez de relaciones entre los protagonistas del hecho*²¹⁹.

Asimismo, la Sentencia de 21 mayo 1999 [RJ 1999/5243] consolida la línea jurisprudencial expuesta. Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso para su apreciación, la convivencia real de afecto entre parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida la “*afectio maritalis*”, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. La razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que en la misma forma que el artículo 23 extiende las circunstancias a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que

²¹⁷ Vid. ATS de 2 noviembre 1999, núm. 485/1999-P. [RJ 1999/8381].

²¹⁸ Vid. por todas STS de 26 enero 1996. [RJ 1996/618].

²¹⁹ Vid. STS de 10 octubre 1988. [RJ 1988/7722].

la relación conyugal sólo existe de un modo formal, por encontrarse rota aquella, y desaparecida la afectividad entre acusado y víctima²²⁰.

En la STS de 18 febrero 2000²²¹ se propugna la indebida aplicación de la *agravante de parentesco* del artículo 23 CP. Partiendo de la narración fáctica, está claro que agresor y agredida estaban separados legalmente, incluso ya tenían divididos sus bienes, y si convivían bajo el mismo techo no era porque existiera entre ellos ninguna afección amorosa o de cariño, sino simplemente por un hecho tangencial, a estos efectos, cual era el no perjudicar de modo alguno al hijo común que contaba sólo con cinco años de edad. Ante esta situación, siguiendo la reiterada doctrina de la Sala 2ª, no es de aplicación la mencionada circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en su vertiente agravatoria.

El ATS de 19 mayo 1999²²² expone que la circunstancia agravante de parentesco en el delito de lesiones concurre como agravante cuando el sujeto conoce que agrede a la persona con la que mantiene la relación, aplicando la regla general de que *la circunstancia mixta actúa como agravante en los delitos contra las personas y como atenuante en los delitos contra la propiedad o patrimoniales*; no obstante, se admite que, *en delitos contra las personas, no se aplique la circunstancia como agravante cuando los hechos se hayan producido sin relación con los vínculos de familia o relación afectiva estable análoga al matrimonio, en los casos de provocación de los hechos por el ofendido, de desaparición de la relación afectiva entre las personas ligadas por parentesco, matrimonio, o relación análoga o cuando no haya obrado el agente conscientemente apercebido del significado del vínculo familiar*.

En el mismo sentido la STS de 10 noviembre 1998²²³ reconoce que ciertamente la jurisprudencia ha recogido excepciones al criterio general de que el parentesco opera como circunstancia agravante en los delitos de carácter personal y como atenuante en

²²⁰ Vid. STS de 19 abril 2000, núm. 711/2000. [RJ 2000/73714]. En el supuesto planteado no se aprecia la agravación al haber desaparecido la afectividad entre el acusado y la víctima, con constantes discusiones y rota de hecho la relación conyugal.

²²¹ Vid. STS de 18 febrero 2000, núm. 199/2000. [RJ 2000/703].

²²² Vid. ATS de 19 mayo 1999, núm. 1756/1998-P. [RJ 1999/3370]. El Tribunal determina que la pretensión del recurrente de la aplicación de la circunstancia como atenuante en un delito personal e incluso en un momento en que las relaciones de afectividad habían sido rotas, se presenta en esta perspectiva ausente de fundamento.

²²³ Vid. STS de 10 noviembre 1998, núm. 1324/1998. [RJ 1998/9416].

los de carácter patrimonial, admitiendo que en ocasiones los hechos se hayan producido sin relación con los vínculos de familia o relación afectiva estable análoga al matrimonio, en los casos de provocación de los hechos por el ofendido, de desaparición de la relación afectiva entre las personas ligadas por parentesco, matrimonio, o relación análoga o cuando no haya obrado el agente conscientemente apercebido del significado del vínculo familiar. Pero en el caso aquí considerado el agente, aunque con las taras que su politoxicomanía determinara sobre su capacidad de control voluntario, que ya por su parte le ha hecho beneficiarse de una eximente incompleta de drogadicción, no consta que esa limitación volitiva afectara a su conocimiento la circunstancia paterno-filial que le vinculaba con el menor al que lesionó.

El Tribunal Supremo ha reconocido²²⁴ que la circunstancia de parentesco concurre en un delito, cualquiera que sea, si el vínculo familiar existe y el sujeto activo tiene conciencia de él. Que dicha circunstancia sea en cada caso atenuante o agravante dependerá de la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, no de la forma reflexiva o irreflexiva con que se realice la acción.

Hay que recordar que, según la jurisprudencia, incluso las discusiones frecuentes entre los cónyuges no excluyen, por sí solas, la aplicación de la agravante, requiriéndose, además, una efectiva y constatada desaparición del vínculo afectivo, que indican otros datos complementarios como la real suspensión de la convivencia²²⁵.

²²⁴ Vid. STS de 3 julio 1998, núm. 919/1998. [RJ 1998/5809]. En el caso planteado el Tribunal considera que no tiene razón el recurrente cuando dice que la citada circunstancia no ha debido ser aplicada porque, tras ser herido por su esposa su reacción fue inmediata, de forma que no pudo considerar ni tener en cuenta el hecho de su matrimonio. Lo tuviera o no en cuenta, el hecho es que agredió a su esposa a sabiendas de que lo hacía, con lo que no sólo realizó los elementos objetivos y subjetivos del delito de lesiones del art. 147.1 CP sino también los de la circunstancia de parentesco del art. 23, que normalmente tiene un efecto agravatorio cuando concurre en un delito contra la vida o integridad corporal. La irreflexión e inmediatez con que reaccionó el recurrente ya las ponderó el Tribunal de Instancia para no subsumir el hecho en el tipo agravado de lesiones previsto en el art. 148 CP, aunque es evidente que en la agresión se empleó un arma –un cuchillo de cocina– concreta y objetivamente peligroso para la vida y la salud de la lesionada. Argumentar sobre aquellas características de la reacción agresiva del recurrente para concluir que en el caso, el parentesco no debe funcionar como agravante, no tiene demasiado sentido. El Tribunal de Instancia no podía dejar de apreciar en el delito cometido por el recurrente, la circunstancia mixta de parentesco, con carácter de agravante. Porque si el acusado y su esposa, aún encontrándose en una situación tensa a causa de sus desavenencias, hasta el punto de que ella ya había presentado una demanda de separación matrimonial, vivían bajo el mismo techo y comían juntos, no se puede decir que la relación conyugal que todavía les unía estuviese “*efectiva y manifiestamente destruida*”.

²²⁵ Así se reconoce en la STS de 20 junio 2003, núm. 907/2003. [RJ 2003/5715] donde el cónyuge molesto por algunos comentarios de su mujer y por la negativa de ésta a participar en la limpieza de una de las habitaciones de la casa, cogió una pala metálica con el mango de madera y, dirigiéndose hacia su

Es doctrina jurisprudencial constante la de que *debe reconocerse siempre al parentesco influencia agravatoria en los delitos contra las personas salvo casos excepcionales en los que resulte previamente acreditada una anterior provocación de la víctima al agresor o una ruptura de las relaciones afectivas entre ambos causada también por el proceder del agredido*. Ninguna de dichas cosas ocurre en el caso de la contienda que analiza la STS de 26 enero 1996²²⁶, donde no queda otra alternativa que la estimar bien aplicada a la conducta de este recurrente la circunstancia contenida en el artículo 11 del ACP por razón del parentesco que les unía con las víctimas, de las que era nieto, a lo que no empece el que coadyuvase a la ejecución de los actos que acabaron con la vida de aquellas, auxiliando a su padre, por cuanto tal participación, de carácter secundario, no empaña ni quita aquella relación parental, que no se vio alterada, en lo que al culpable se refiere, por motivos provenientes de los agredidos que la hubiesen roto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 abril 1995²²⁷ interpreta el juego de la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria. Se denuncia infracción de la ley por aplicación indebida del artículo 11 del ACP, que aquí se apreció como agravante al referirse a un delito de robo con homicidio, y subsidiariamente por aplicación indebida del número 16 del artículo 10 (agravante consistente en haberse ejecutado el hecho en la morada del ofendido cuando no hubiera provocado el suceso).

En opinión de la Sala Segunda se apreció correctamente el parentesco como agravante, pues el autor del delito (ofensor) era descendiente de la persona agraviada y el delito (robo con homicidio) por su naturaleza predominantemente personal y por analogía con la norma del derogado artículo 405 es de los que hacen que esa circunstancia mixta del artículo 11 haya de aplicarse como agravante en el supuesto

mujer, le dijo “te voy a cascar”, circunstancia que hizo que la víctima temiendo ser golpeada, saliese corriendo hacia el camino al tiempo que pedía socorro, camino que no alcanzó, pues a unos diez metros del mismo, tropezó con una irregularidad del terreno y cayó al suelo boca abajo, siendo entonces alcanzada por el agresor que la había seguido con la pala y golpeándola, acto seguido, violenta y repetidamente con el canto de la misma en la parte posterior del cráneo hasta que le produjo la muerte. Así mismo el TS afirma en el fundamento de derecho primero C) “*que es del todo correcta... la apreciación de la agravante de parentesco pues, aunque la relación conyugal entre el agresor y la víctima no fuera todo lo cordial que sería de esperar dado el vínculo que les unía, lo cierto es que no sólo ambos convivían familiarmente, al tiempo de los hechos, sino que, incluso, habían acudido en mutua compañía al lugar en el que éstos acaecieron, a revisar conjuntamente la finca de su propiedad, lo que pone de manifiesto el uso habitual y pacífico que hacían de esa común convivencia*”.

²²⁶ Vid. STS de 26 enero 1996, núm. 43/1996. [RJ 1996/618].

²²⁷ Vid. STS de 7 abril 1995, núm. 564/1995. [RJ 1995/3374].

presente, en el que, por otro lado, es claro que concurría la relación de buen trato y afecto propios de las relaciones de una abuela con su nieto, como pone de manifiesto la propia sentencia recurrida cuando expresamente declara como hecho probado que *entre ambos había frecuentes contactos como consecuencia del vínculo familiar que los unía. Matar para robar en tales circunstancias nos conduce, sin duda alguna, a la realidad de un hecho que merece un mayor reproche por la existencia de esa relación de parentesco.*

La STSJ de Baleares de 23 enero 2001²²⁸ estima la agravante de parentesco en un supuesto donde el acusado aprovecha la relación materno filial para lanzar a su madre por un precipicio, al mismo tiempo que contribuye a perfilar la doctrina general sobre la circunstancia mixta objeto de nuestra investigación.

Sobre la incidencia del parentesco como circunstancia agravante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado en numerosas ocasiones, como ha sido dicho, la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

La Sentencia de 15 abril 1997²²⁹, reiterando doctrina citada en anteriores sentencias, resalta que para la apreciación de la circunstancia de parentesco se precisa la confluencia de dos elementos o requisitos:

- el objetivo, esto es, el parentesco en el grado y con los límites predeterminados “ex lege”, y
- el subjetivo, que radica en el conocimiento que el agente ha de tener de los lazos parentales que le ligan con la víctima.

Estimándose como regla general que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal esta circunstancia opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante.

²²⁸ Vid. STSJ de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, de 23 enero 2001, núm. 1/2001. [ARP 2001/139].

²²⁹ Vid. STS de 15 abril 1997 [RJ 1997/2931].

La STS de 19 octubre 2000²³⁰ es más explícita dado que, aparte de precisar la concurrencia de los dos elementos antedichos, hace las siguientes consideraciones: *En interpretación –dice- del artículo 23 del CP vigente, ha señalado esta Sala que la agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación, en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho, precisamente por el aprovechamiento de la relación parental. En términos de la STS de 26 junio 2000²³¹, la agravación aparece fundamentada en el aprovechamiento de la circunstancia con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura. Por ello hemos declarado que junto a los dos requisitos relativos a la existencia de la relación parental y el conocimiento de la misma por el autor del hecho, ha de concurrir el aprovechamiento de esta relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental.*

Analizando, a la luz de esta doctrina, las circunstancias del presente caso, hay base suficiente para llegar a la conclusión de que existía entre procesado y víctima una relación materno filial, en la que –indudablemente- había sus discrepancias pero sin que pueda afirmarse en modo alguno que estuviere rota o extinguida.

Es evidente, de otra parte, la concurrencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para la aplicación de la agravante: existía la relación parental y la misma era conocida por parte del procesado.

También concurren los condicionamientos indicados en la precitada Sentencia de 19 octubre 2000, pues el hecho de ir procesado y víctima juntos y de noche a un lugar tan peligroso y despoblado como en el que tuvieron lugar los hechos no pudo si no ser debido a la confianza entre ellos existente, prevaleciendo de la misma el procesado –según el veredicto de los Jurados- para la realización de sus propósitos criminales.

²³⁰ Vid. STS de 19 octubre 2000 [RJ 2000/9154].

²³¹ Vid. STS de 26 junio 2000 [RJ 2000/6074].

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta en este punto la necesaria sujeción de la Sala al veredicto de los Jurados, salvo, como señala el Tribunal, si se hubieren vulnerado derechos o garantías procesales o faltare la razonabilidad ciertamente exigible en toda resolución. Consiguientemente, y con las salvedades apuntadas, el veredicto del Jurado no sólo vincula en lo que respecta al hecho delictivo, sino también en los extremos del veredicto que hacen referencia a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal²³². En este sentido, se hizo constar como única circunstancia modificativa –con indicación de desfavorable– la de que el acusado era hijo de la víctima. Y los Jurados en uso de las facultades conferidas “ex lege”, estimaron la concurrencia de dicha circunstancia, por lo que el motivo debe perecer.

La SAP de Valencia de 28 enero 2000²³³, en un supuesto en el que la esposa administra arsénico a su marido con intención de causarle la muerte, admite que concurre la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del CP, dado el lazo matrimonial que la unía con la víctima y la naturaleza extremadamente violenta de la acción que se le reprocha contra el máspreciado bien de su cónyuge.

La AP de Madrid en Sentencia de 24 marzo 2000²³⁴ en un supuesto de homicidio de una madre que golpea a su hijo de tres meses de edad, conociendo la probabilidad de que con su acción le causaría la muerte, afirma que concurre la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, en razón a ser el fallecido hijo de la acusada y que no puede sino operar como agravatoria de la responsabilidad del sujeto, dada la índole del delito cometido.

El fundamento de esta circunstancia, conforme reiterada doctrina legal, se halla *en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del agente, en atención a la relación existente entre el mismo y la persona agraviada. De ahí que su apreciación no pueda acomodarse a reglas fijas sino en atención a las particulares circunstancias del caso, puestas en relación con los criterios que, a tal fin, recogen las meritadas normas: dos de carácter objetivo, relativos a la naturaleza y efectos del delito, y otro de carácter*

²³² Esto es lo que se ha venido en denominar “competencias exclusivas del Jurado”.

²³³ Vid. SAP de Valencia, Sección 5ª, de 28 enero 2000, núm. 39/2000. [ARP 2000/1452].

²³⁴ Vid. SAP de Madrid de 24 marzo 2000, sección 16ª, núm. 118/2000. [ARP 2000/1152].

subjetivo, que hace referencia a los motivos del delincuente. Conjugando todas ellas podrá llegar a determinarse si la concreta relación ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena, o incluso si debe ser considerada irrelevante.

De ahí que un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial²³⁵ considere que, como regla general, en las infracciones que tienen un contenido de carácter personal o atentan a la libertad sexual, debe operar como agravante mientras que en las que predomine un significado patrimonial o similar debe actuar como atenuante, en función del mayor o menor reproche que en cada una de las diversas tipologías merece o determina el parentesco en tanto expresión de mayor o menor culpabilidad del agente, interpretación que tendría su apoyo legal en los criterios que informan determinadas disposiciones comunes a los delitos contra la libertad sexual, en el extinto delito de parricidio y la excusa absolutoria en ciertos delitos contra la propiedad.

La STSJ de Baleares de 5 mayo 2000²³⁶ estima que la circunstancia mixta de parentesco es valorada ordinariamente como agravante cuando de delitos contra las personas se trata, como es el caso. Ello no obstante, la jurisprudencia, al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que, *para su apreciación, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco, debe existir también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando conste que el mismo está roto, que no existe amistad o que, por cualquier razón media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante y el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños*²³⁷.

En el presente caso, del relato de hechos probados de la sentencia únicamente se constata que: 1) el acusado, el día de los hechos se encontraba en la habitación de la víctima donde habían pernoctado; 2) el acusado había tenido tres hijos con la víctima, y 3) que aquel día se entabló una discusión entre ambos. A la vista de este escueto relato, quizás excesivamente escueto, hace suponer que la relación de afectividad que hubieran podido tener la víctima y el acusado durante un tiempo anterior a los hechos, no se

²³⁵ De la que serían meros exponentes las SSTS de 31 enero 1981 [RJ 1981/268], de 26 mayo 1992 [RJ 1992/4492] y de 13 octubre 1992, de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363] y de 14 febrero 1995 [RJ 1995/819].

²³⁶ Vid. STSJ de 5 mayo 2000, Sala de lo Civil y Penal, núm. 3/2000. [ARP 2000/742].

²³⁷ Vid. SSTS de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379], de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363], de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3629] y de 29 septiembre 1999 [RJ 1999/7055], entre otras.

mantenía en el momento de producirse la agresión homicida, pues es evidente que el hecho de compartir un mismo techo durante una noche, no es prueba de la permanencia de la relación de afectividad análoga exigida para estos supuestos.

La aplicación de la jurisprudencia ya citada a las circunstancias concurrentes al hecho enjuiciado, en el extremo relativo a la relación de convivencia existente entre el acusado y la víctima, lleva directamente a la Sala a considerar que no puede apreciarse, en el presente caso, la concurrencia de la agravante de parentesco.

La SAP de Gerona de 28 enero 2000²³⁸ en un delito de lesiones en el que el acusado ataca a su madre pero no es consciente del significado de dicho vínculo debido a la esquizofrenia que padece, determina que *el parentesco...exige además de la existencia del vínculo familiar, que el agente haya obrado conscientemente apercebido del significado de dicho vínculo*²³⁹ y tal consciencia, dada la abolición de sus facultades mentales que padecía el acusado, *en absoluto puede ser estimada concurrente en el acusado, desapareciendo así el fundamento que determinaría la apreciación de esa agravación.*

La STSJ de Baleares de 23 enero 2001²⁴⁰ analiza la incidencia del parentesco como circunstancia agravante. Como ya es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha contemplado en numerosas ocasiones la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal.

La Sentencia de 15 abril 1997²⁴¹, reiterando doctrina citada en anteriores sentencias, resalta que *para la apreciación de la circunstancia de parentesco se aprecia la confluencia de dos elementos o requisitos: el objetivo, esto es, el parentesco en el grado y con los límites predeterminados “ex lege”, y el subjetivo que radica en el conocimiento que el agente ha de tener de los lazos parentales que le ligan con la víctima.*

²³⁸ Vid. SAP de Gerona de 28 enero 2000, Sección 3ª, núm. 15/2000. [ARP 2000/546].

²³⁹ Vid. STS de 10 noviembre 1998 [RJ 1998/9416].

²⁴⁰ Vid. STSJ de Baleares de 23 enero 2001, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2001. [ARP 2001/139].

²⁴¹ Vid. STS de 15 abril 1997 [RJ 1997/2931].

Estimándose como regla general una bipolaridad de efectos, a saber, en los delitos que tienen un contenido de carácter personal esta circunstancia opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 19 octubre 2000²⁴² es más explícita, dado que, aparte de precisar la concurrencia de los dos elementos antedichos, hace las siguientes consideraciones: en interpretación –dice- del artículo 23 del Código Penal vigente, ha señalado esta Sala que *la agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación, en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho, precisamente por el aprovechamiento de la relación parental*. En términos de la Sentencia de 26 junio 2000²⁴³, la agravación aparece fundamentada *en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura*²⁴⁴. Por ello hemos declarado que *junto a los dos requisitos relativos a la existencia de la relación parental y el conocimiento de la misma por el autor del hecho, ha de concurrir el aprovechamiento de esta relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental*.

La STSJ de Cataluña de 22 enero 2001²⁴⁵ resuelve el recurso por indebida aplicación de la circunstancia agravante de parentesco. Alude el recurrente expresamente a una conocida doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo que descarta la aplicación de la agravante cuando el hecho punible fue ajeno a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas al orden parental, o cuando se ha roto el

²⁴² Vid. STS de 19 octubre 2000 [RJ 2000/9154].

²⁴³ Vid. STS de 26 junio 2000 [RJ 2000/6074].

²⁴⁴ Por esta razón hay quien ha sostenido la existencia de un doble injusto, esto es, la realización del hecho delictivo de que se trate y además la violación de las exigencias éticas y morales relacionadas con los deberes inherentes a las relaciones parentales, produciéndose así un plus de culpabilidad en quien aprovecha esa relación de parentesco para la comisión del hecho criminal y transgrede además el principio de confianza que rige las relaciones familiares.

²⁴⁵ Vid. STSJ de Cataluña de 22 enero 2001, Sala de lo Civil y Penal, núm. 1/2001. [ARP 2001/133].

vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier otra razón. A tenor de los hechos probados el acusado es hijo de la víctima y, ambos, pese a vivir en la misma casa, no mantenían relación de afectividad alguna. El Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado cuando dio redacción a dicha parte del veredicto lo hizo conforme a las pretensiones de la acusación particular que invocaba la apreciación de la agravante de parentesco, y de la defensa, que pretendía la no concurrencia de la misma circunstancia por falta de afecto entre acusado y víctima.

Pero, a pesar de haber acogido el Jurado los intereses de la defensa encaminados a excluir la agravante por ruptura de las relaciones de afectividad, el Magistrado Presidente del Tribunal aprecia la agravante, diciendo en la Sentencia las ilustradoras palabras *“parece con ello que la apreciación general y automática de la doctrina jurisprudencial relativa a situaciones de ruptura de un vínculo jurídico –el matrimonial- distinto ciertamente de los vínculos de sangre requiere notable cautela, so pena de ser poco adecuada a la repulsa y rechazo revelador de una mayor malignidad del reo que el homicidio de pariente directo merece a la totalidad de los ciudadanos”*.

Desde nuestra postura esta doctrina es aplicable no solo a los atentados contra la vida del cónyuge sino en un gran número de delitos y, aún tratándose de relaciones parentales no directas o en aquellas en las que existe una manifiesta desafección entre sujeto pasivo y sujeto activo del hecho criminal, siempre que se produzca una mayor facilidad en la comisión del hecho delictivo con aprovechamiento por parte del autor de la relación parental o afectiva pretérita o actual con la víctima. Piénsese por ejemplo en los supuestos de violencia doméstica en aquellos casos en los que la relación afectiva y jurídica ha cesado, esto es, nos referimos a las agresiones mortales contra el ex cónyuge. En este sentido hay que recordar que el agresor conoce perfectamente a la víctima, y es este conocimiento de la misma –hábitos, costumbres, horarios, lugar de trabajo, domicilio, etc- el que va a incidir en el iter criminis favoreciendo la comisión del hecho delictivo con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima y aprovechamiento del autor para la realización del delito, con una mayor culpabilidad y malignidad del agente que no puede ser ignorada por el Derecho punitivo. Por consiguiente, no es el afecto el fundamento de la agravante sino al aprovechamiento y favorecimiento antedicho.

El Tribunal concluye estimando que “...*la razón de ser de la agravación, no es el vínculo conyugal o de consanguinidad, sino la realidad subyacente, ya que supone un plus de culpabilidad y antijuridicidad el acabar con la vida de un ser querido, plus agravatorio que desaparece cuando ... hacía ya tiempo, que, agente comisor y víctima si bien vivían en la misma casa, lo hacían como dos extraños*”. Al analizar este párrafo, desde nuestra perspectiva, donde dice “*ser querido*” debería decir “*ser conocido*”, pues este plus de culpabilidad no puede estar basado en algo tan etéreo como el amor o el afecto, pero si puede fundamentarse en la vulneración del principio de confianza de quien agrade a quien vive con él en la misma casa. A mayor abundamiento esta realidad subyacente de falta de afecto basada en la convivencia como “*dos extraños*”, lo cierto es que, no lo son quienes conviven día tras día, persista el afecto o no. Por tanto el reproche que el Derecho penal debe hacer ha de fundamentarse en los siguientes parámetros:

- a) La violación del principio de confianza.
- b) La vulneración de derechos y deberes morales y éticos propios de nuestra cultura.
- c) El aprovechamiento del agente comisor del delito con prevalimiento de esa relación, existente el afecto o no, con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima.

De otra parte, en un supuesto de lesiones graves causadas a su madre con un cuchillo de cocina a través de un ataque sorpresivo, nada más traspasar el umbral de la puerta, el agresor se abalanzó sobre la víctima, sin dejar posibilidad de defensa, se estima que concurre circunstancia agravante de parentesco, prevista como circunstancia mixta en el artículo 23 del Código Penal, puesto que *es obvia la relación de madre e hijo de la víctima y el procesado, y es precisamente dicha relación de parentesco que une a ambos la determinante de la conducta del procesado*²⁴⁶.

La SAP de Murcia de 20 julio 1999²⁴⁷ entiende respecto a la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco, que ésta puede atenuar o agravar la responsabilidad “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito”,

²⁴⁶ Vid. SAP de Barcelona de 23 abril 1999, Sección 9ª, núm. 1/1998. [ARP 1999/5683].

²⁴⁷ Vid. SAP de Murcia de 20 julio 1999, Sección 1ª, núm. 104/1999. [ARP 1999/4143].

presentándose en su formulación legal como una circunstancia genérica mixta, que o bien atenúa o agrava la responsabilidad criminal, o resulta indiferente. La doctrina del Tribunal Supremo ha atendido para su aplicación a una interpretación sistemática de otros lugares del propio Código para definir delitos, eximir, atenuar o agravar la responsabilidad criminal, habiendo recogido desde hace bastante tiempo, *que la relación de parentesco entre ofensor y ofendido puede ser motivo para agravar o atenuar la pena según la naturaleza y efectos del delito en cada caso, sin que la ley ni la jurisprudencia señalen reglas fijas para determinar los delitos y casos en que el parentesco agrave o disminuya la pena, dejando al criterio del Tribunal para que en cada caso pueda apreciar si significa una mayor perversidad o si por el contrario supone menor malicia y causa menos trastorno que si el hecho se hubiese realizado entre extraños*²⁴⁸.

Como regla general, se ha sentado que agrava los delitos contra las personas y atenúa en los delitos contra la propiedad, siendo inoperante cuando los vínculos se encuentran totalmente anulados²⁴⁹.

De ello se deduce –concluye la Audiencia- que si bien tratándose de delitos contra las personas, la circunstancia mixta de parentesco ha venido funcionando como agravante, en la medida en que las relaciones de parentesco aportan un mayor desvalor a las agresiones contra la vida o la integridad física, también es cierto que esta regla general pierde operatividad cuando se halla de tal manera rota la relación entre ofensor y ofendido que pueda asimilarse a la de los extraños. En este último caso, la jurisprudencia ha establecido que si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la “*afectio maritalis*”, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. Siendo por ello de aplicación dicha doctrina al presente caso donde consta acreditado que entre ofensor y ofendida existía una ruptura matrimonial, habiendo solicitado medidas provisionalísimas de separación matrimonial, de ahí que la Sala entienda que no concurre en el presente caso dicha circunstancia como agravante, conforme imputaba la fiscal.

²⁴⁸ Vid. SSTS de 24 mayo 1989 y de 6 mayo 1997.

²⁴⁹ Vid. entre otras SSTS de 24 diciembre 1954 [RJ 1954/2987] y de 18 junio 1955 [RJ 1955/2116].

La SAP de León de 23 septiembre 1999²⁵⁰ rechaza la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco en un caso de asesinato del hijo recién nacido, ... *pues como declara la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁵¹, la apreciación de tal agravante requiere no sólo una relación parental entre ofensor y ofendido, sino también la concurrencia de una relación de afectividad entre ambos. Y es claro que en el supuesto de autos ninguna relación de afectividad puede existir cuando la acusada, según se reconoce en los hechos probados, asfixió a la criatura nada más nacer, afirmando en todas sus declaraciones que no le llegó a ver la cara pues desde el alumbramiento le tapó la cabeza con una cortina. Dadas las circunstancias expuestas y que concurrieron en la muerte del neonato, ninguna relación de afectividad puede decirse que tuviese la acusada con el recién nacido, y en consecuencia rota esa relación de afectividad, la concurrencia de la expresada agravante de parentesco no puede ser apreciada.*

La SAP de Almería de 28 octubre 1999²⁵² expone, como ha sido dicho en sendos pronunciamientos jurisprudenciales, que la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP, como regla general se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante²⁵³. Pero la aplicación de tal circunstancia, requiere no solo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad, no entrando en juego el precepto por irrelevante, no sólo cuando la víctima fuese provocada o causante de la comisión del ilícito, sino también cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia, si no de la afectividad, si al menos de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón origen del distanciamiento entre los sujetos activo pasivo del delito.

No obstante, *la jurisprudencia haciéndose eco de la evolución histórica de la norma y del examen de la realidad que circunda y acompaña las relaciones familiares, cuando no de la génesis y desarrollo de los hechos enjuiciados, llega a la deducción de una mayor o menor culpabilidad del agente. Éste ha de haber obrado consciente y*

²⁵⁰ Vid. SAP de León de 23 septiembre 1999, Sección 2ª, núm. 2/1999. [ARP 1999/4134].

²⁵¹ Vid. por todas SSTs de 9 junio 1998 [RJ 1998/5490].

²⁵² Vid. SAP de Almería de 28 octubre 1999, Sección 2ª, núm. 366/1999. [ARP 1999/4030].

²⁵³ Vid. SSTs de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644] y de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133].

advertido del significado del vínculo familiar que le une a la víctima o perjudicado; puede acusarse la presencia de motivos impulsores absolutamente al margen de cualquier consideración familiar una línea jurisprudencial constante, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares u obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de infidelidad real o presunta, insistiéndose en que el elemento objetivo del parentesco debe reputarse irrelevante cuando la víctima hubiere provocado la comisión del delito. Algo parecido debe suceder cuando estímulos más poderosos que el respeto familiar impulsaron al reo a delinquir, pudiendo llegar a considerarse el parentesco como atenuante²⁵⁴.

En el caso que se examina dicha relación entre el acusado en su momento y la denunciante, hoy acusada, existía, siendo ambos compañeros sentimentales, debiendo ser aplicada la agravación pues sin duda se traduce en un mayor reproche social al acusarle falsamente de un delito de robo con violencia por el que estuvo en prisión preventiva. Tratándose de un delito contra las personas, dicho parentesco debe ser considerado como sinónimo de una mayor culpabilidad.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 diciembre 1999²⁵⁵ pone de manifiesto que el Jurado aprecia las circunstancias y situaciones para que concurra la agravante mixta de parentesco en lo concerniente a la muerte de la víctima, pues aprecia que estaba casada con el acusado, convivían y ni se había roto la relación de convivencia ni nada que terminase con el afecto conyugal, pero la Audiencia entiende que en este delito, por los hechos que provocaron la reacción del acusado, *no se puede estimar tal agravante ya que, si bien persistía la convivencia y generalmente el Tribunal Supremo para prescindir de tal agravante exige una rotura anterior, también ha declarado en múltiples ocasiones que no es apreciable cuando la víctima fue quien provocó la*

²⁵⁴ Vid. SSTS de 12 noviembre 1984 [RJ 1984/5031] y de 15 septiembre 1986.

²⁵⁵ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 diciembre 1999, Sección 2ª, núm. 1360/1999. [ARP 1999/3733].

reacción del agresor, como es la infidelidad²⁵⁶, lo cual no es contradictorio con la doctrina general que alegan las acusaciones, pues nada impide que se produzca la rotura del afecto convivencial súbitamente, si es provocado por un acto de la importancia que supone el adulterio del luego agredido.

La SAP de Barcelona de 21 septiembre 1999²⁵⁷ considera que en la acusada concurría una circunstancia atenuante muy cualificada. En este sentido, la base de la concurrencia del trastorno mental transitorio proviene del déficit cultural de la acusada. Tal estado emocional pudiera tener influencia en la valoración que deba realizarse de la situación familiar y emocional que pudiera existir en el caso de autos, respecto a dos cuestiones: en primer lugar, respecto a la inexistencia real de una situación afectiva que pudiera quedar menoscabada o desvalorizada por la acción de la acusada; en segundo lugar, con relación al grado de conciencia y asunción que la acusada pudiera tener en el momento de los hechos de la relación familiar entre ella y la víctima. Sin embargo, ninguna de las cuestiones planteadas puede enervar –sostiene la Sala- la aplicación de la agravante en el caso de autos. Así, los peritos informaron que la acusada conservaba la capacidad volitiva, y no consta que los malos tratos que aduce significaran desvalor y menoscabo suficiente de la relación familiar que le vinculaba con su marido al que lesionó. En definitiva, la acusada lesionó a su marido al cual le unía una relación de matrimonio que, a pesar de los hechos objeto de este juicio, todavía se mantiene. Por todo ello, la citada relación de parentesco debe apreciarse en este supuesto como una circunstancia que agrava la responsabilidad criminal.

La SAP de Gerona de 13 julio 1999²⁵⁸ en un supuesto en el que el marido cita con engaño a su mujer en un apartamento, la recibe disfrazado de mujer para anular su resistencia a entrar, la narcotiza para agredirla sexualmente y la ata a una silla para comenzar a apuñalarla, analiza si concurre la agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal y llega a la conclusión, apoyándose en la ya citada múltiples veces resolución de la Sala Plena en fecha 28 de marzo de 1984 [RJ 1994/2663] que acuerda la exclusión del derogado artículo 405 en los casos en que la relación matrimonial tuviese tal grado de deterioro que no pudiera presentarse un fundamento suficiente para

²⁵⁶ Vid. SSTS de 15 octubre 1956, de 10 marzo 1982 [RJ 1982/1601] y de 30 abril 1997 [análoga a RJ 1997/1944].

²⁵⁷ Vid. SAP de 21 septiembre 1999, Sección 9ª, núm. 3/1998. [ARP 1999/3488].

²⁵⁸ Vid. SAP de Gerona de 13 julio 1999, Sección 3ª, núm. 100/1999. [ARP 1999/3039].

justificar una mayor reprochabilidad al autor, de que de lo probado en este supuesto *no se desprende la desaparición del afecto entre los cónyuges y ello a pesar de las desavenencias conyugales graves que presentaban a pesar de lo cual no habían llegado a la separación de hecho y estaba recién empezado el proceso judicial de separación. La esposa acudía a los encuentros con el marido y éste tildó su relación como la de “Romeo y Julieta” precisamente por la afición marital que profesaba a su esposa a pesar de la manera en que acabó con su vida.*

La STSJ de Baleares de 26 julio 1999²⁵⁹ estudia si concurre la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal, afirmada por la Sentencia de Instancia y negada por el recurrente. Este último, en apoyo de su tesis, afirma que “...el condenado...*hacía más de un año que no convivía con la fallecida*”; que “*la relación de afecto-odio les llevó a una separación de hecho*” y que “*si bien es cierto que el acusado en el acto del juicio oral dijo que todavía quería a su mujer, no es menos cierto que la relación marital había fracasado y la ruptura conyugal había quedado patente hacía años*”, por lo que “*no podemos hablar entonces de agravante de parentesco cuando no existe matrimonio, y en cualquier caso lo que realmente existía era una dependencia patológica del acusado hacia su mujer, aunque ella le hubiese sido infiel más de siete años, con un hermano del acusado*” y “*no podemos hablar de marido y mujer cuando no están conviviendo y cuando se ha presentado un convenio de separación y éste ha sido ratificado ante el Juez*”.

La Sala acude a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que reitera que la circunstancia de parentesco tiene, normalmente, un carácter agravatorio “*cuando concurre en un delito contra la vida o la integridad corporal*”²⁶⁰, si bien la más moderna doctrina jurisprudencial sobre la misma enseña que “*la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida. Pero y para que así sea es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida*

²⁵⁹ Vid. STSJ de Baleares de 26 julio 1999, Sala de lo Civil y Penal, núm. 3/1999. [ARP 1999/3035].

²⁶⁰ Vid., entre otras, SSTS de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809] y de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3629].

a una notoria desafección sentimental²⁶¹. En aplicación de ello la STS de 3 julio 1998 aprecia tal agravante ya que en la declaración de hechos probados se decía que “*el acusado y su esposa, aún encontrándose en una situación tensa a causa de sus desavenencias, hasta el punto de que ella ya había presentado una demanda de separación matrimonial, vivían bajo el mismo techo y comían juntos*” por lo que “*no se puede decir que la relación conyugal que todavía les unía estuviese efectiva y manifiestamente destruida*”.

Igualmente la aprecia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 febrero 1998 [RJ 1998/949] en un supuesto en el que pese a vivir separado el matrimonio el marido pedía incesantemente que volviera a su mujer por no existir desafección pues “*la doctrina jurisprudencial ha estimado que además de la relación objetiva del parentesco, ha de concurrir una relación de afecto personal y que constituye el fundamento de la circunstancia*” no apreciando la circunstancia si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la “*afectio maritalis*”.

En cambio en STS de 2 diciembre 1997 [RJ 1997/8835] estima “*destruido el sustrato fundamentador de la agravación*” en un caso en el que “*no solamente había cesado tiempo atrás la vida en común sino que la separación se había ratificado judicialmente más de dos años, antes de suceder el hecho*” puesto que “*la razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente...*” y la STS de 6 mayo 1997 tampoco aplica la repetida agravante en un caso en el que los vínculos familiares se encuentran “*absolutamente rotos*” y afirma la “*necesidad de una concurrencia real de afecto entre parientes...*” estimando que “*si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la afectio maritalis, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante*”.

A todo ello hay que añadir “*...según es sabido y recoge una unánime jurisprudencia, las circunstancias eximentes y modificativas (sean éstas atenuantes, agravantes o mixtas) sólo pueden apreciarse cuando todos sus requisitos se han*

²⁶¹ Vid. por todas SSTs de 3 julio 1998, de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828] y de 28 marzo 1994 [RJ 1994/2663].

*acreditado como si se tratase de los propios elementos nucleares del tipo penal correspondiente*²⁶².

La Sala concluye afirmando que *“si se pone en relación la anterior doctrina con los escuetos hechos declarados probados por el Jurado se advierte, en seguida, que en ellos no se dice, ni de los mismos se deduce, que existiera afectio maritalis entre el acusado y la víctima y la consiguiente duda sobre tal extremo favorece al reo al haber quedado indemostrado un requisito positivo, exigido para la existencia de la agravante de parentesco.*

Más bien podría deducirse del hecho de la separación la inexistencia de afectio maritalis, al menos en un sentido profundo, pues es lo normal u ordinario en tales casos (“id quod plerumque accidit) y ello, aunque, a la inversa, es acogido por la STS de 13 octubre 1993 que supone la afectividad en quienes quieren convivir juntos o en la STS de 13 diciembre 1996 ...que postula la inaplicación de tal circunstancia mixta en los casos de separación, de aquí que el deterioro de la situación conyugal que dicha separación lleva consigo, queda justificada la exclusión de la agravante...”.

De otra parte, la SAP de Castellón de 13 abril 1999²⁶³ admite que concurre en el delito de violación la circunstancia mixta de parentesco con carácter agravatorio de la pena, habida cuenta de la relación conyugal existente entre el acusado y la víctima. A favor de la apreciación de tal circunstancia como agravante en el delito de violación, también se pronunció la sentencia del Tribunal Supremo de 14 febrero 1995 [RJ 1995/819], indicando que la misma –referida al anterior art. 11²⁶⁴- se aplica con efecto agravante cuando se trata de ofensas contra bienes jurídicos de índole personal²⁶⁵ y también cuando implica el hecho situación de prevalimiento. La defensa solicitó que no se apreciara la indicada circunstancia con efectos agravatorios entendiéndose que no resultaba aplicable al delito de violación en el marco de la relación conyugal, sin embargo *...El desprecio que implica la conducta enjuiciada a la relación matrimonial y*

²⁶² Vid. STS de 29 septiembre 1988 [RJ 1988/7171] entre otras muchas.

²⁶³ Vid. SAP de Castellón de 13 abril 1999, Sección 1ª, núm. 27/1999. [ARP 1999/1537].

²⁶⁴ Debe recordarse que el Tribunal Supremo ha manifestado en reiteradas ocasiones (vid. por todas STS de 13 junio 1997[RJ 1997/4893]) que *“dada la similitud de su redacción con el anterior artículo 11 es aplicable la Jurisprudencia ya acuñada con motivo de su aplicación”.*

²⁶⁵ Vid. SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 23 abril 1999. [ARP 1999/964].

la mayor facilidad que la misma permite al agresor son circunstancias, entre otras, que incrementan la antijuridicidad y justifican la mayor penalidad. En este sentido, hemos de añadir que además esta conducta incrementa la mayor culpabilidad²⁶⁶ habida cuenta que es más culpable la agresión sexual entre cónyuges o personas vinculadas parental o afectivamente que la misma agresión criminal llevada a cabo entre extraños. Téngase en cuenta, como ha sido reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, que facilita la comisión delictiva tener a la víctima al alcance, literalmente, de la mano, en lugar de tener que salir a buscarla a la calle. Piénsese que conocer los hábitos, horarios, modo de vida, personalidad, e incluso, los puntos débiles de la víctima coadyuvan a la mejor realización del hecho delictivo, con la consiguiente mayor culpabilidad de quien actúa prevaliéndose de la relación conyugal, parental o afectiva para cometer un delito en lugar de corresponder, a tenor de los principios de solidaridad y confianza mutua, que rigen este tipo de relaciones, con los deberes que le son inherentes al cónyuge, pariente o persona con la que exista un vínculo afectivo con independencia de que exista afecto o no.

La Sentencia de 28 mayo 1999²⁶⁷ admite como hecho probado que el acusado mantuvo una relación de afectividad y convivencia con el perjudicado de unos seis años de duración, la cual había concluido unos seis días antes de suceder los hechos enjuiciados. Así mismo determina que la afectividad y convivencia aunque sea entre personas del mismo sexo, es en todo similar a la conyugal, hoy tolerada por la sociedad y en trance de tener el más absoluto reflejo legal. Estima que aunque el artículo 268 del Código Penal, en la excusa absolutoria que establece, no se refiere a la convivencia de parejas de hecho, *es evidente que la similitud de esta situación con la relación matrimonial se establece en otros preceptos del mismo Código Penal –hoy ha de aceptarse que aunque sea entre personas del mismo sexo- sirvan de ejemplo los artículos 23 y 454 y sabido es que en materia penal es de aplicar la analogía favorable y aunque alguna vez el Tribunal Supremo, Sentencia de 26 diciembre 1984 [RJ 1984/6644], declararse que tal excusa absolutoria no podían interpretarse extensivamente, a otras situaciones distintas a la relación matrimonial, es evidente que negar la eficacia de la excusa a situaciones como la que se contempla, hoy, sería*

²⁶⁶ Para un análisis del principio de culpabilidad vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Principio de culpabilidad e individualización de la pena” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 33 a 48.

²⁶⁷ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 2ª, núm. 622/1999. [ARP 1999/956].

mantener una interpretación contra la realidad social imperante, tal como se valora en la actual sociedad española, que como se dijo, está próxima a una completa regulación jurídica, por lo cual, tal interpretación estaría contra la realidad de la sociedad actual, que no se permite en el artículo 3 del Código Civil.

La SAP de Barcelona de 9 marzo 1999²⁶⁸ ha de examinar si concurre en el apelante la excusa absolutoria, sobre cuyo particular dijo la Sección Décima de esta Audiencia, en Auto de 10 mayo 1996 (folios 141 a 143), que “*carece de sentido su aplicación...porque falta la affectio maritalis y porque además hay intereses económicos contrapuestos, y así lo tiene dicho el Tribunal Supremo...en Sentencias de 3 julio 1989 [RJ 198976019] y de 22 junio 1992 [RJ 1992/5805].*

En la STS de 22 enero 1996 se lee: “*La Sentencia de instancia estima –de acuerdo con la doctrina sentada en la Sentencia 22 junio 1992- que la referida excusa absolutoria carece de toda razón de ser cuando ha desaparecido la affectio maritalis y también toda convivencia familiar, de tal modo que los intereses económicos de los cónyuges aparecen contrapuestos*”.

La Audiencia recuerda que frente al criterio mantenido por la Sentencia últimamente citada existe el contrario, recogido en las SSTS de 21 mayo 1991 [RJ 1991/3739], de 25 noviembre 1991 [RJ 1991/8548] y de 31 marzo 1989 [RJ 1989/1463]. Este criterio jurisprudencial mayoritario sostiene que para que la cuestionada excusa absolutoria no pueda ser estimada, es preciso que medie sentencia de nulidad o divorcio, cosa que, de modo evidente no concurre en el presente caso. Finalmente se reconoce que las excusas absolutorias las establece el legislador por motivos de política criminal y en cuanto a normas de privilegio no admiten interpretación extensiva (a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal), pero, al propio tiempo, como normas favorables al reo, tampoco admiten una interpretación restrictiva “*contra reo*”. La Audiencia estima absolver, afirmando la aplicabilidad de la excusa absolutoria, absolver al recurrente del delito de daños contra su mujer del que fue acusado, habida cuenta de

²⁶⁸ Vid. SAP de Barcelona de 9 marzo, Sección 5ª, núm. 850/1998. [ARP 1999/848].

que “para la no apreciación se necesita nulidad o divorcio, no la simple desaparición de la *afectio maritalis* o la contraposición de intereses económicos”.

La Sentencia de 22 enero 1999²⁶⁹ en un supuesto de delito continuado de abusos sexuales de padre a hija afirma que aunque aisladamente considerados cabría aplicar la agravante de parentesco respecto de los dos hechos de abuso sexual sin penetración, *entendemos que no es jurídicamente admisible en el presente caso en el que el delito continuado se castiga (art. 74.1) según la mitad superior de la pena señalada para el delito más grave cometido, en el que ya se tuvo en cuenta la circunstancia agravatoria específica de parentesco del artículo 182, párrafo 2.1º, no pudiendo reduplicarse punitivamente (art. 67).*

La SAP de Castellón de 23 febrero 1999²⁷⁰ al estudiar si debe estimarse la circunstancia agravante de parentesco en un supuesto en el que se producen nueve fracturas costales a su hijo de seis meses por golpes que el padre le propinaba ante sus continuos lloros, sostiene que concurre como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, entre otras, la agravante de parentesco (art. 23 CP) dada la relación padre hijo que une al acusado con la víctima.

La SAP de La Coruña de 26 febrero 1999²⁷¹ en un caso de delito continuado de agresión sexual de padre a hijas e hijo estima apreciable la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del anterior Código, con significación agravatoria *dada la mayor repugnancia o reprochabilidad de tales actos con los propios hijos menores.*

La SAP de Madrid de 15 septiembre 1998²⁷² determina que en la realización de los delitos de lesiones y detención ilegal ha concurrido la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal. No dándose tal agravación en el delito de violencia física habitual por ser en éste el parentesco elemento constitutivo del delito.

²⁶⁹ Vid. SAP de La Coruña de 22 enero 1999, Sección 4ª, núm. 2/1999. [ARP 1999/473].

²⁷⁰ Vid. SAP de Castellón de 23 febrero 1999, Sección 1ª, núm. 14/1999. [ARP 1999/306].

²⁷¹ Vid. SAP de La Coruña de 26 febrero 1999, Sección 4ª, núm. 18/1999. [ARP 1999/250].

²⁷² Vid. SAP de Madrid de 15 septiembre 1998, Sección 16ª, núm. 487/1998. [ARP 1998/5566].

La SAP de Cáceres de 16 noviembre 1998²⁷³ en un supuesto de agresiones sexuales cometidas por el padre contra su hija de catorce años, mediante violencia y el clima de terror violento sembrado por el acusado, corroborado el delito por la declaración de la víctima y la paternidad del hijo tenido por ésta, reconoce que ha quedado acreditado el lazo parental, la intimidación y “...*el evidente aprovechamiento de la ventaja que proporcionaba al procesado ser el padre de la víctima; aunque la doctrina viene considerando tal cualificación como innecesaria e inútil, señalando que ya aparece regulada en la circunstancia genérica mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal; en todo caso al estar expresamente regulada es de aplicación preferente a esta última*”.

La SAP de Jaén de 23 noviembre 1998²⁷⁴ afirma que en la realización del delito de lesiones ha concurrido en el procesado la circunstancia mixta de parentesco que en los delitos contra las personas opera como agravante, dado que aunque el agresor y la víctima estaban separados judicialmente, desde hacía cuatro meses habían reanudado la vida en común, no existiendo desafección y desde entonces vivían de nuevo como marido y mujer; dándose por tanto los elementos subjetivos y objetivos que la jurisprudencia exige para la apreciación de la mencionada circunstancia modificativa.

La SAP de Las Palmas de 9 octubre 1998²⁷⁵ en un caso de asesinato de esposa y de sus dos hijos viene a decir que en la realización de los hechos concurre la circunstancia mixta de parentesco, que se aprecia como agravante, del artículo 23 del Código Penal. De la relación de hechos probados –afirma la Audiencia- se desprende la existencia objetiva de dicha relación entre Fernando I.P. y María Nieves S.H. (marido y mujer); y, desde luego, de aquel con sus dos hijos, Noelia y Fernando, respecto de la cual no se pone en duda la relación parental. Con respecto a la marital, no cabe duda de que esta relación, subjetivamente, es determinante de la perpetración del delito que aquí se persigue, es decir, *la acción se produce precisamente atendida la relación conyugal que unía a agresor y víctima, sin perjuicio del hecho de que llevaran cierto tiempo sin dormir en el mismo lecho, porque seguía viviendo en el mismo piso, situación aquella que no impide que opere la agravante, pues ello no significa, necesariamente,*

²⁷³ Vid. SAP de Cáceres de 16 noviembre 1998, Sección 1ª, núm. 66/1998. [ARP 1998/4889].

²⁷⁴ Vid. SAP de Jaén de 23 noviembre 1998, Sección 2ª, núm. 137/1998. [ARP 1998/4713].

²⁷⁵ Vid. SAP de Las Palmas de 9 octubre 1998, Tribunal del Jurado núm. 1/1998. [ARP 1998/4160].

desafección, por cuanto la causa determinante del proceder del acusado fue precisamente la insistencia de su esposa e hija en que pidieran la separación matrimonial, a la que él se negaba, lo que indica la persistencia de una afectividad por parte del marido hacia su esposa e hijos. Debemos criticar no la opción seguida por la Audiencia pero si el argumento utilizado para aplicar la circunstancia con efecto agravatorio. Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones a lo largo de este trabajo de investigación el fundamento de la agravante no debe ser el afecto, de otro lado ausente en quien agrede mortalmente a su esposa e hijos, sino la vulneración de los deberes inherentes a esa relación parental, así como la violación del principio de solidaridad y confianza mutua que rigen este tipo de relaciones y el aprovechamiento de esa relación parental para la comisión del hecho delictivo.

La SAP de Jaén de 10 julio 1998²⁷⁶ en un supuesto de homicidio en grado de tentativa de marido que acomete a su esposa, de la que se encontraba en trámites de separación, con el vehículo, atropellándola y empotrándola contra una verja, se estima que no concurre en el acusado la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23. Para ello se arguye que el matrimonio llevaba tiempo de discusiones frecuentes, con el consiguiente deterioro de la convivencia, que dicha situación se fue agravando, encontrándose el agresor y la víctima tramitándose la separación, y ya había recaído auto de medidas provisionales, lo que degeneró en amenazas y siguientes denuncias interpuestas, *desapareciendo por tanto, la affectio maritalis.*

Asimismo la Audiencia señala en este sentido, que desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 febrero 1991 [RJ 1991/1426], se está configurando la doctrina que propone que hay que entender que el estado matrimonial a efectos penales, deja de existir cuando desaparece la *affectio maritalis* y ello, atendiendo fundamentalmente, a que en muchas ocasiones la destrucción de hecho, de la relación matrimonial no ha alcanzado el “*statum*” de una disolución matrimonial, *lo que aplicado al caso concreto enjuiciado, se desprende, que si bien es cierto que estaban unidos por vínculo matrimonial pero separados, la relación de los cónyuges en el momento de los hechos, permite sin ningún género de dudas afirmar que la relación de afectividad entre los cónyuges separados ha desaparecido, lo que hace no aplicable la referida agravante.*

²⁷⁶ Vid. SAP de Jaén de 10 julio 1998, Sección 1ª, núm. 76/1998. [ARP 1998/4106].

Es precisamente este fundamento lo que convierte a la agravante en inoperante y por consiguiente debemos rechazarlo. Lo determinante y, por ende, lo que va a modificar el hecho criminal no es la inexistencia del afecto cuanto el aprovechamiento de esa relación conyugal, aún ya quebrada, para la comisión del hecho delictivo. Un derecho penal basado en la culpabilidad no puede desconocer que es más grave atropellar y empotrar contra una verja al cónyuge, a pesar de que se esté tramitando la separación y desaparecido el afecto marital, que a alguien con quien no existe dicho vínculo. No se trata de una postura sostenida por la más estricta formalidad, no es una cuestión formal o de formas, sino que es más culpable, y existe por tanto un plus de culpabilidad, en quien ejecuta una acción criminal prevaliéndose de una relación de parentesco o conyugal, circunstancia ésta, que sin duda aventaja al criminal para la consecución con éxito de la acción delictiva.

La SAP de Valencia de 2 junio 1998²⁷⁷ en un caso en el que la esposa es víctima de asesinato admite que en la realización del expresado delito ha concurrido la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del artículo 23 CP, que en el caso presente, agrava la responsabilidad penal, al ser la víctima esposa del ofensor.

La SAP de Madrid de 23 junio 1998²⁷⁸ en un supuesto de lesiones, establece que en la realización de tal delito concurre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal agravante mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, pues como se ha acreditado los hechos ocurrieron entre hermanos de consanguinidad y el acusado era consciente de ello.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 junio 1998²⁷⁹ expresa que en la realización del delito de homicidio en grado de tentativa, ha concurrido la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal, pues si bien la convivencia familiar se encontraba afectada por las frecuentes discusiones provocadas por el carácter del acusado, lo cierto es que la convivencia existía, e incluso el acusado ayudaba en la labores de la pescadería que su esposa regentaba.

²⁷⁷ Vid. SAP de Valencia de 2 junio 1998, Sección 4ª, núm. 271/1998. [ARP 1998/3346].

²⁷⁸ Vid. SAP de Madrid de 23 junio 1998, Sección 6ª, núm. 346/1998. [ARP 1998/3200].

²⁷⁹ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 junio 1998, núm. 610/1998. [ARP 1998/3179].

La SAP de Asturias de 9 mayo 1998²⁸⁰, en un caso de homicidio entre esposos en grado de tentativa, estima que *en cuanto a la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal, alegada como agravante..., no entiende la Sala deba ser apreciada en este supuesto, pues aún cuando es cierto que la Jurisprudencia viene entendiendo que la misma resulta de aplicación cuando se trata de delitos contra las personas o aquellos que tengan un contenido personal, no obstante la misma Jurisprudencia haciendo eco de la evolución histórica de la norma y del examen de la realidad que circunda y acompaña las relaciones familiares, llega a concluir que no siempre el parentesco es expresión de una mayor o menor culpabilidad en el agente. Éste ha de haber obrado consciente y advertido del significado del vínculo familiar que le une a la víctima, ya que su actuación puede verse impulsada al margen de la relación existente. Como tampoco puede operar como agravante cuando el vínculo familiar entre ellos existente se ha roto por distanciamiento, enemistad o cualquier otra razón, como sucede en este supuesto donde la relación familiar ya deteriorada desde largo tiempo atrás, se había roto de modo definitivo, según precisó la víctima, desde unos tres meses antes en que ya habían dejado de vivir juntos, encontrándose actualmente en trámites de separación matrimonial.* Si acudimos al relato de hechos probados, rápidamente advertiremos que esta postura del Tribunal de no aplicar la circunstancia mixta de parentesco por encontrarse los cónyuges separados de hecho y en trámites para estarlo de derecho, es del todo equivocado y malinterpreta el fin de la norma. Para entender esta afirmación acudamos, siquiera sea de pasada, a los hechos: el acusado se presentó en el domicilio de su esposa, con quien ya no convivía, al encontrarse, como ha sido dicho, en trámites de separación matrimonial, con el fin de plantearle la reanudación de la convivencia, a lo que ésta se opuso, por lo que contrariado por ello, tomó un cuchillo de cocina, con el que hizo ademán de clavárselo y a continuación de clavárselo a ella. La esposa consiguió que se tranquilizase y dejase el cuchillo sobre la mesa y en ese instante aprovechó para huir, dirigiéndose a la escalera, donde solicitó ayuda de los vecinos, siendo allí alcanzada por el acusado, quien portando en sus manos dos cuchillos procedió a apuñalarla, mientras ésta se encontraba en el suelo acurrucada y con sus brazos cruzados sobre el pecho y él la sujetaba colocándose encima, alcanzándola en la zona torácica, hasta que es interrumpido por la intervención de un vecino, quien alertado por los gritos acude y requiere al acusado que

²⁸⁰ Vid. SAP de Asturias de 9 mayo 1998, Sección 2ª, núm. 381/1998. [ARP 1998/2814].

interrumpa su ataque, a lo que éste en respuesta le lanza uno de los cuchillos que portaba, alcanzándole levemente, por lo que dicho vecino se retiró, reiterando entonces el agresor el ataque a su esposa, ante tal situación salió nuevamente el vecino agredido con una banqueta, que lanzó al acusado, alcanzándole en la cabeza y derribándole, circunstancia que permitió a su esposa escapar e introducirse en una de las viviendas del primer piso.

Recuperado el marido, tras intentar agredir nuevamente al vecino interviniente persiguió a su esposa cuchillo en mano, por las escaleras sin conseguir localizarla. Seguidamente subió al domicilio de la misma donde fue detenido por funcionarios de la Policía Nacional a los que entregó el cuchillo.

A tenor de lo arriba expresado sostenemos que debía haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria, pues lo esencial para que entre en juego no es que la relación conyugal esté quebrada sino que dicha relación, insistimos, aún rota y desaparecida la *afectio maritalis*, aventaje al agresor en la realización del hecho criminal. Lo determinante no ha sido que la relación esté destruida y en trámites de separación y cesada la convivencia desde hacía tres meses, sino que el delincuente se ha beneficiado del conocimiento que tiene de la víctima, ex-compañera de una pasada relación y de un afecto que ya ha expirado, para la realización del delito. Se ha prevalido de toda esa información que maneja (horarios de la víctima, domicilio conyugal, lugar de trabajo, hábitos, puntos débiles de la víctima, personalidad, etc.) para cometer la tentativa de homicidio.

En este sentido, la SAP de Tarragona de 30 diciembre 1997²⁸¹ en un caso de atropello con vehículo a su cónyuge, del cual se hallaba separado legalmente, estima –a nuestro parecer de modo equivocado pero desde luego a la luz de una reiterada línea jurisprudencial- que no concurre la agravante de parentesco postulada por la acusación particular. Debemos señalar *“que la jurisprudencia declara reiteradamente que no es de aplicación la circunstancia modificativa en los supuestos de ruptura del vínculo familiar, distanciamiento, enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otro motivo similar...por lo cual, en este caso, donde existe una situación de separación legal entre*

²⁸¹ Vid. SAP de Tarragona de 30 diciembre 1997, Sección 2ª, núm. 113/1997. [ARP 1997/1900].

los cónyuges, los cuales no convivían desde aproximadamente dos años, no es de aplicación la circunstancia agravante de parentesco”.

Especial interés presentan los escalofriantes hechos que se describen en la Sentencia de 12 de febrero de 1997²⁸² -bien podría pensarse que es un fragmento extraído de un relato de Edgar Allan Poe-. Se declara probado que entre ambos esposos se originó una disputa familiar ya que el padre había llegado al domicilio conyugal algo bebido y había estado reprendiendo a los hijos menores; la procesada Rosa G. ordenó a sus hijos –de 17, 15 y 12 años de edad- que se fueran a su habitación, yéndose todos juntos a una habitación en la que se pusieron a ver la televisión.

En el transcurso de la discusión el marido amenazó a su esposa con un cuchillo de cocina y ésta intentó quitárselo, causándose lesiones en la mano derecha, a continuación de lo cual, con el temor de ser nuevamente lesionada, cogió otro cuchillo de la mesa y con él asestó a su marido una puñalada en el tórax, que lesionó el pericardio y corazón a nivel de la zona ventricular inferior derecha, dándole dos nuevos golpes decisivos con el cuchillo a la altura de la tercera costilla izquierda, perforando el lóbulo superior del pulmón derecho y penetrando en el corazón por el ventrículo derecho, y otro a la altura de la sexta costilla izquierda lateral, cayendo la víctima en una silla, donde la agresora continuó asestándole puñaladas hasta un máximo de 19.

Acto seguido, ató el cadáver con cinta adhesiva aislante a la silla para que no cayera y procedió a taparlo con una manta, tirar los dos cuchillos a un cubo de basura y prepararse un vaso de leche, siendo observada por sus hijos, quienes sucesivamente se habían asomado viendo el cadáver de su padre atado a la silla. La hija mayor acudió una vez sintió que había acabado la pelea y oyó el ruido metálico de los cuchillos al ser tirados. A ésta comentó la agresora: *“ya sabes lo que ha pasado, era él o yo”*²⁸³.

²⁸² Vid. SAP de Barcelona de 12 febrero 1997, Sección 6ª. [ARP 1997/1140].

²⁸³ El *miedo*, en sentido jurídico penal –como tiene sentado la doctrina del Tribunal Supremo- *es un sobrecogimiento del espíritu, producido por el temor fundado de un mal efectivo, grave e inminente, que nubla la inteligencia y domina la voluntad, determinándole a realizar un acto que sin ésta perturbación psíquica del agente sería delictivo*. La Audiencia afirma que la situación de la agresora, que se desprende de las propias primeras frases que pronunció a su hija *“era él o yo”*, la aseveración que hizo en juicio sobre que cuando vio a su marido con el cuchillo tras haberla intentado agredir y haberse producido de hecho la lesión en la mano derecha (corte de los tendones flexores de los dedos), vio que ahora *“venía a por ella”*, que *“si no hubiera parado el golpe, él la hubiera dado”*, *“que tenía miedo por ella y por todos”* –sus hijos-, evidencia una conmoción interna obnubiladota de la mente, en cuyo momento muy bien

Ayudada por su hija, la agresora trasladó el cadáver del marido a la habitación de matrimonio, dejándolo sobre la cama, tapado con la manta.

Al día siguiente, Rosa se trasladó al Servicio de Urgencias de la Policlínica del Vallés, donde fue asistida de la lesión de la mano para tratamiento de reparación quirúrgica, permaneciendo hospitalizada cuatro días.

Con la ayuda de sus tres hijos, construyeron madre e hijos, un nicho con cemento y ladrillos en el interior inferior izquierdo del armario de la habitación del matrimonio y en su interior colocaron un sinfonier en el que habían introducido el cuerpo del agredido, tapando la obra de albañilería con una tabla frontal.

La Audiencia estima que concurre la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal agravando el delito de homicidio, siguiendo el criterio que como regla general mantiene el Tribunal Supremo en la conceptualización de agravante en los delitos cuyo contenido es de carácter personal, y no es desconocido por la agresora este parentesco pues ambos esposos continuaban casados compartiendo casa, vida y comida, con independencia de que en ocasiones Rosa durmiera en el sofá.

De otra parte, la conducta de los hijos David, M^a Soledad y Rosa, en cambio, por la misma circunstancia de parentesco y a tenor del artículo específico 454 del Código Penal, queda exenta de punición por ser los encubridores descendientes de la autora del delito que ayudaron a encubrir.

puede explicarse que sintiera ese miedo de ser seriamente agredida, de perder la vida o de que fuera en busca de los hijos. Y no es banal este temor, pues de lo declarado en juicio por todos quienes lo han hecho, se ha puesto de relieve la vida de violencia doméstica a que la víctima tenía sometida a su mujer y a sus hijos. En efecto, se ha puesto en evidencia que José T. era persona de hábitos alcohólicos, agresivo, y a quien sus hijos temían, habiendo producido con anterioridad diversos altercados en casa con puñetazos contra su mujer y contra los hijos.

Los requisitos que el Tribunal Supremo ha establecido necesarios para esta circunstancia eximente como delimitadores, son un temor que coloque a la agresora en situación de terror, invencible, inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado, cual es la agresión con el cuchillo recién sufrida, que el temor anuncie un mal igual que el causado (pensó la acusada que “*ahora venía a por ella*”), no pudiendo asegurarse que fuera insuperable o que produjera una anulación total de las normales facultades de psiquismo, pues Rosa G. había sufrido ya en anteriores ocasiones los arrebatos de ira de su marido, todo y que en esta oportunidad, al verle con el cuchillo en la mano y al haber sido ya lesionada, la intensidad del mal temido puede suponerse, en efecto creciente.

No puede apreciarse la legítima defensa ya que no ha quedado acreditada agresión inicial efectiva alguna a la que respondiera Rosa y porque el exceso en producir 19 cuchilladas resulta a todas luces desproporcionado en mucho respecto del bien que pudiera pretender Rosa defender.

La SAP de Barcelona de 19 junio 1997²⁸⁴ en un supuesto de lesiones causadas al cónyuge al que se agrede con un palo entiende que no es de aplicación la agravante mixta de parentesco pretendida por el Ministerio Fiscal, toda vez que requiere no sólo la concurrencia de vínculo parental, sino también el de la afectividad, no entrando en juego la agravante cuando la relación entre el agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia de la afectividad o al menos de intereses comunes, existiendo enemistad, intereses contrapuestos, etc., y en el supuesto según la prueba practicada resulta evidente que las relaciones entre el acusado y su esposa presentan serias desavenencias en el aspecto de la afectividad e intereses económicos, durmiendo en pisos separados del mismo inmueble, lo que comporta “*la inaplicación de la agravante por ausencia de afectividad entre ambos cónyuges*”. Desde nuestra postura la Audiencia debería haber aplicado la agravante, pues aunque queda probado la pérdida del afectio maritalis entre los cónyuges no es menos cierto que esto sea óbice para que se produzca un plus en la culpabilidad del agresor que desde el planteamiento del Tribunal, a la luz de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se desprecia y queda impune.

En efecto, aún roto y desaparecido el afecto, el agresor se prevale de la relación de parentesco, insistimos, aún sin afecto, para cometer el hecho delictivo, por consiguiente, este aprovechamiento de esta relación, que se proyecta entre otros aspectos en el conocimiento que se tiene de la víctima, aventajan al agresor y se presentan como determinantes en el desarrollo del acto criminal. Por esta causa no puede ser olvidado y desconocido porque el afecto sea ya caduco.

La SAP de Guadalajara de 16 abril 1997²⁸⁵ en un caso de lesiones causadas a la mujer con la que convivía maritalmente, disparándole a órganos no vitales con escopeta de caza, bajo un estado pasional obsesivo producido por los comentarios de los vecinos sobre la reputación de su compañera, e insultos y arañazos provenientes de la víctima, se estima que en la ejecución de dicho delito es de apreciar la circunstancia mixta del parentesco del artículo 11 CP anterior, que operaría como agravante, al tratarse de un delito contra las personas. Asimismo, se entiende que concurre tal circunstancia por cuanto que resulta acreditado que el acusado convivía maritalmente con la víctima con

²⁸⁴ Vid. SAP de Barcelona de 19 junio 1997, Sección 5ª. [ARP 1997/1066].

²⁸⁵ Vid. SAP de Guadalajara de 16 abril 1997, núm. 9/1997. [ARP 1997/609].

la que tenía pensado casarse; *“de ahí que nos encontremos ante una relación de afectividad análoga al matrimonio”*.

La SAP de Granada de 23 enero 1997²⁸⁶ en un supuesto de agresión mortal contra la esposa con arma blanca con quien había roto previamente las relaciones determina, a nuestro parecer de modo equivocado que no concurre la circunstancia denominada mixta de parentesco, pues si bien hubo entre agresor y agredida esas relaciones durante bastante tiempo, estaban rotas hacía varios meses, no siendo suficiente que el acusado quisiera restablecerlas. Sin embargo esas relaciones ya rotas han ocasionado un debilitamiento en la defensa de la víctima y un plus de culpabilidad en el agresor. Esto se infiere de los hechos probados pues el procesado queriendo pedir explicaciones *“y conociendo la hora de salida de Carmen del domicilio en que ésta habitaba, ya separada de él...”*, *“...la siguió sin que ella se percatase, penetrando en la vivienda detrás de ella...”*, *“Ya en el interior de la vivienda... saca de entre sus ropas un cuchillo de cocina de veinte centímetros de hoja y diez de empuñadura, y, dirigiéndose a ella, comenzar a agredirla con él...”*. Resulta indubitado que el agresor aprovechó su relación con la víctima para cometer el homicidio, con debilitamiento de las posibilidades de defensa de la víctima, por lo que debería haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria aún separada ya de hecho la pareja y desaparecida la afectio maritalis.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 octubre 1996²⁸⁷ en un caso de asesinato en el que el marido agrede a la esposa súbitamente con una navaja afirma que ha concurrido la agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal, al estar casados acusado y víctima, sin que existiera una ruptura definitiva y prolongada del matrimonio, sino meramente temporal en torno a los siete días.

²⁸⁶ Vid. SAP de Granada de 23 enero 1997, Sección 2ª, núm. 33/1997. [ARP 1997/127].

²⁸⁷ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 octubre 1996, Sección 2ª, núm. 947/1996. [ARP 1996/989].

4. Especial referencia a la “*afectio maritalis*” como *conditio sine qua non* para aplicar la agravante a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo ha declarado en reiterados pronunciamientos que *la razón fundadora de la agravación* no se encuentra en la concurrencia formal del vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el art. 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada²⁸⁸.

Esta exclusión también es aplicable, excepcionalmente, cuando, *aún sin existir separación, el vínculo conyugal se encuentra totalmente roto de modo manifiesto y efectivo, es decir en aquellos supuestos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar la mayor reprochabilidad al autor.*

Sin embargo, la admisión de esta doctrina tendente a eliminar la aplicación automática de una agravante por razones meramente formales, como es la subsistencia puramente legal de un vínculo conyugal, no puede convertir la excepción en regla y suprimir en la práctica la vigencia de la norma. Esto ocurre si se hace depender la aplicación de la agravante de factores como la subsistencia del cariño o el afecto, que plantean problemas psicológicos o emotivos de difícil plasmación en afirmaciones fácticas concretas, y que además confunden el verdadero sentido del componente subjetivo de la agravante.

De otra parte, cuando esa circunstancia nace o tiene su origen en que el vínculo conyugal no puede entenderse subsistente, aún no habiéndose disuelto legalmente el mismo (caso que sólo se daría en los supuestos de divorcio), cuando la relación matrimonial y afectiva está manifiestamente destruida o muy deteriorada, aunque para que así sea y pueda apreciarse “*es necesario que la ruptura de la relación conyugal*

²⁸⁸ Vid. STS de 2 diciembre 1997, núm. 1475/1997. [RJ 1997/8835].

*tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unido a una notoria desafección sentimental*²⁸⁹.

Cuando la jurisprudencia de la Sala 2ª exige la subsistencia de la “*afectio maritalis*” como presupuesto de esta agravación, no se refiere tanto a la permanencia del sentimiento que llevó al establecimiento de la unidad familiar –de acreditación, por lo demás, extremadamente difícil- sino a la relación convivencial que no debe entenderse desvirtuada, a estos efectos, por ocasionales diferencias o disputas. Mucho menos puede admitirse, so pena de vaciar de contenido agravatorio la norma infringida, que la “*afectio maritalis*” debe entenderse desaparecida como consecuencia de un episodio de violencia en que se comete el delito con cuya ocasión surge la cuestión de la concurrencia de la agravación derivada del parentesco.

La Sentencia de 10 febrero 2000²⁹⁰ sostiene que no es aplicable la circunstancia de parentesco por *inexistencia de afecto marital*, lo que resulta acreditado de una manera clara, determinante y recurrente. El matrimonio llevaba una *relación ficticia*, si bien se mantenía formalmente la convivencia conyugal en el domicilio común. Era evidente la falta de respeto, la falta de ayuda y la inexistencia de interrelación conyugal. En su opinión, ambos cónyuges sólo tenían en común un etéreo y fantasmal vínculo, un teórico papel vinculante sin proyección afectiva alguna y que según los hechos probados mantenía ficticiamente unidos a los cónyuges. Cita en amparo de su tesis el artículo 68 Cc. en el que se establece que *los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*, lo que es evidente que no sucedía vistos los antecedentes del matrimonio. El hecho de no encontrarse separados en el momento del crimen no es un dato relevante y no es incompatible con las conductas vejatorias e injuriosas²⁹¹.

²⁸⁹ Vid. STS de 27 abril 2001, núm. 689/2001. [RJ 2001/3578]. Según los propios hechos narrados en la sentencia, la convivencia matrimonial, aunque con muchas desavenencias continuó hasta el día en que el acusado impidió a su esposa la entrada en el domicilio en que convivían, motivo por el cual la víctima ya no volvió a él, pasando a vivir con sus padres en una localidad distinta. Por ello, el Tribunal no aplica la agravante de parentesco.

Vid. SSTS de 28 marzo 1994 [RJ 1994/2663], de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828] y de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809].

²⁹⁰ Vid. STS de 10 febrero 2000, núm. 115/2000. [RJ 2000/55].

²⁹¹ La Sentencia recurrida basa la aplicación de la agravante en el hecho de que el Jurado declarase probado que cuando el acusado mató a la víctima era consciente de que a quien disparaba era a su propia

Se exige que para que desaparezca la agravante es necesario que la relación matrimonial esté efectiva y manifiestamente destruida, proyectándose en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges durante un cierto tiempo unida a una notoria desafección sentimental. El Tribunal Supremo ha reiterado que para individualizar la existencia o inexistencia de la circunstancia mixta de parentesco *es necesario profundizar en la verdadera situación de hecho que se plantea en cada uno de los casos en los que se requiere una decisión*. Con carácter general, como ha sido dicho, la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho no es determinante, sino concurren otras circunstancias complementarias, para establecer la desaparición del vínculo afectivo que es condición *sine qua non* para dejar de aplicar la agravante que el recurrente combate.

La permanencia o ruptura de ese hilo de afectividad que une normalmente a quienes han decidido establecer un vínculo matrimonial o una estable relación de hecho, plantea problemas psicológicos o emotivos de difícil plasmación en afirmaciones fácticas concretas. El Supremo recomienda que para llegar a conclusiones más o menos firmes sobre este punto debemos acudir a elementos complementarios, de carácter más objetivo, que rodean a la situación de conflictividad planteada. Un dato relevante lo podemos encontrar en la suspensión de la convivencia. Por otro lado, la relación fáctica sólo nos pone en antecedentes sobre la existencia de discusiones que tenían su origen en la intromisión de los familiares de ambos en las relaciones conyugales. Esta valoración se refuerza por el hecho de que el acusado, el día anterior a los hechos, expulsara de su domicilio a sus suegros y a su cuñada, lo que evidencia que eran factores o influencias externas de terceros que dificultaban la convivencia conyugal. La mera existencia de estas desavenencias no puede justificar, por sí misma, la ruptura de los deberes recíprocos que se derivan de la existencia del vínculo conyugal. En este marco, afirma el Supremo, que no es posible admitir que se había extinguido la afección marital ya que sería ir más allá del contenido de los hechos probados. No hay signos externos y constatables que permitan llegar a esta conclusión que, en caso de haber sido positivamente admitida, tendría un efecto incuestionable sobre la existencia o configuración de la agravante de parentesco.

esposa. Añade, como razonamiento complementario, que el vínculo matrimonial no se había roto, ni por separación de hecho ni de derecho, lo que hubiera provocado su inapreciación. Tampoco consta probado que el matrimonio se encontrara en trámites o vías de iniciar su separación matrimonial.

En la Sentencia de 29 septiembre 1999²⁹² afirma el recurrente que la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 CP no debería haberse aplicado teniendo en cuenta la inexistencia de vínculo afectivo entre el condenado y la víctima en el momento en el que ocurrieron los hechos..., pues aunque vivían bajo el mismo techo y tenían convivencia afectiva desde hacía cuatro años..., lo cierto es que la relación sentimental entre el acusado y la víctima se había deteriorado hasta el punto de que ésta última había decidido poner fin a dicha relación comunicando su intención al acusado.

En la Sentencia de Primera Instancia, se dice que el caso de autos no encaja en los supuestos de exclusión de la agravante, toda vez que en el momento de producirse la agresión mortal el acusado y la víctima mantenían la convivencia marital, nacida unos cuatro años antes de ocurrir los hechos, y, pese a lo que se dice en el hecho probado segundo, “*en el momento de producirse la agresión persistía la relación sentimental y el afecto que cabe suponer existente entre aquellos que conviven maritalmente*”.

El TSJ declaró que compartía la valoración y consiguiente *presunción de persistencia de la relación sentimental* entre agresor y ofendida, y ello pese al deterioro de la misma declarado por el Jurado.

La circunstancia mixta de parentesco –relación a la que se equipara a estos efectos la de las personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad (art. 23 CP)-, como ha sido dicho reiteradamente, es valorada ordinariamente como agravante, cuando de los delitos contra las personas se trata. La jurisprudencia al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que para su apreciación, además de la *existencia objetiva de la relación de parentesco* debe existir también *un natural lazo afectivo*, de tal modo que *cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón, media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante, el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños*²⁹³.

²⁹² Vid. STS de 29 septiembre 1999, núm. 1362/1999. [RJ 1999/ 7055].

²⁹³ Vid. por todas SSTS de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379], de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363] y de 30 abril y de 6 mayo 1997 [RJ 1997/4537 y RJ 1997/3629].

En el presente caso, el relato de los hechos probados de la Sentencia de la Primera Instancia –confirmada en apelación-, afirma:

- que el acusado y la víctima venían conviviendo maritalmente desde hacía cuatro años y que tenían un domicilio común;
- que dicha relación se había deteriorado hasta el punto de que la víctima había decidido poner fin a la misma y se lo había comunicado al acusado;
- que el día de autos surgió una discusión porque la víctima había accedido a que su ex compañero la recogiera a la salida del trabajo y la acompañara hasta el domicilio, cosa que ya había hecho en tardes anteriores.

La situación descrita en el relato fáctico de la Sentencia, a juicio del Alto Tribunal, pone de manifiesto que la relación de afectividad que habían mantenido el acusado y la víctima durante varios años se había roto con anterioridad al momento de producirse la agresión homicida. Para que pueda estimarse subsistente este tipo de relaciones, no basta la voluntad de una de las partes, es preciso la voluntad concorde de ambas, y, en el presente caso, la mujer había decidido poner fin a su relación, habiéndoselo comunicado ya, y habiendo comenzado a salir con su ex compañero, que el día de autos, y otras tardes anteriores, la había recogido a la salida del trabajo y la había llevado al domicilio que todavía compartía con el acusado. La Sala 2ª pone de manifiesto que *“el mero hecho de compartir un mismo techo no es prueba de la permanencia de la relación de afectividad análoga a la que une a los cónyuges”*. La aplicación de la jurisprudencia citada a la circunstancia concurrente en el hecho enjuiciado, en cuanto a los extremos relativos a la relación de convivencia existente entre el acusado y la víctima, lleva al Tribunal a considerar que no puede apreciarse en el presente caso la concurrencia de la agravante de parentesco, por lo que se estima el motivo de casación²⁹⁴.

²⁹⁴ Esta Sentencia contradice a otras en las que el hecho de la convivencia se valora como esencial a la hora de aplicar la circunstancia de parentesco con efecto agravatorio.

El Tribunal Supremo en Sentencias de 28 marzo 1994 y de 11 mayo 1996²⁹⁵ reconoce que la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida. Pero, para que así sea, “*es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental*”²⁹⁶.

La Sala Segunda del Supremo analiza la indebida aplicación del artículo 23 CP de 1995. En el supuesto planteado ambos cónyuges estaban separados de hecho y aunque no disuelto judicialmente, entiende el recurrente, que el vínculo estaba roto en esencia.

El motivo, carente de fundamentación seria, y de razones suadoras, pretende desconocer que las dos puñaladas²⁹⁷ se las dio, precisamente por negarse a reanudar la vida conyugal, por lo que de parte del acusado los razonamientos del motivo resultan inanes. Pero es que además, si la convivencia cesó el 7 de octubre de 1994, donde la esposa se marchó con su hijo del domicilio conyugal, se volvió a reanudar la vida en común, hasta que el acusado la echó de casa a finales de dicho mes y año, la cónyuge se fue con sus padres, mientras su marido le pedía incesantemente que volviera. La propia mujer admite que hubiera vuelto con él si no hubiera acontecido la terrible agresión. Por consiguiente no existía la desafección y la agresión se produce precisamente por negarse la esposa a volver con el acusado.

Como ha sido dicho la doctrina jurisprudencial ha estimado que además de la relación objetiva del parentesco, ha de concurrir una relación de afecto personal y que constituye el fundamento de la circunstancia²⁹⁸, no apreciando la circunstancia si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la “*afectio maritalis*”, pero malamente puede predicarse tal desafección, que choca frontalmente con el relato de

²⁹⁵ Vid. SSTS de 28 marzo 1994 [RJ 1994/2663] y de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828].

²⁹⁶ Vid. STS de 11 mayo 1996 [RJ 407/1996].

²⁹⁷ El acusado sacó una navaja de 21 centímetros -9 de hoja- y lanzó dos puñaladas dirigidas al abdomen, al tiempo que decía: “*ni contigo, ni sin tí*”. Vid. STS de 10 febrero 1998, núm. 194/1998. [RJ 1998/949]

²⁹⁸ Vid. SSTS de 23 febrero 1966 [RJ 1966/898], de 15 septiembre 1986 [RJ 1989/4674], de 22 marzo 1988 [RJ 1988/2069], de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644], de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379], de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363], de 6 octubre 1995 [RJ 1995/7400] y de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3629].

hechos probados, no sólo por parte del propio agresor, sino también de la misma víctima.

De otra parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 diciembre 1997²⁹⁹ pone de manifiesto que la razón fundamentadora de la agravación, no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada³⁰⁰. En el caso planteado no solamente había cesado tiempo atrás la vida en común sino que la separación se había ratificado judicialmente más de dos años antes de suceder el hecho, por lo que debe estimarse destruido el sustrato fundamentador de la agravación.

Tal y como reconoce el Tribunal Supremo, si bien tratándose de delitos contra las personas, la circunstancia mixta de parentesco ha venido funcionando normalmente como agravante en la medida en que las relaciones de parentesco aportan un mayor desvalor a las agresiones contra la vida o la integridad física, lo cierto es que esta regla general pierde operatividad cuando se halla de tal manera rota la relación entre ofensor y ofendido que pueda asimilarse a la de los extraños. En este último caso, la jurisprudencia ha venido insistiendo incluso en los casos de parentesco por matrimonio en la necesidad de una concurrencia real de afecto entre parientes³⁰¹. Se estima que si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la “*afectio maritalis*”, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante.

Con mayor razón, pues, habrá de rechazarla, afirma el Supremo, entre parientes por afinidad entre los que, pese a la convivencia en el mismo domicilio familiar, no ha existido afecto probablemente nunca y, aún más, en el supuesto en que en el seno del

²⁹⁹ Vid. STS de 2 diciembre 1997, núm. 1475/1997. [RJ 1997/8835]. En el caso actual el acusado y su esposa, víctima del hecho, llevaban más de dos años separados legalmente, por sentencia judicial, cuando ocurrió el hecho enjuiciado.

³⁰⁰ Vid. STS de 28 marzo 1994, [RJ 1994/2663].

³⁰¹ Vid. SSTS de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644], de 4 y de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379] y de 5 octubre 1995.

propio matrimonio que genera el parentesco por afinidad dicho afecto esté también ausente por las constantes desavenencias y disputas que se narran en el supuesto enjuiciado³⁰², a cuyo tenor literal es preciso estar para descartar la agravante de parentesco, pese a los veinte años de convivencia entre la víctima y el agresor.

Debemos ser críticos con este pronunciamiento del Supremo por cuanto a pesar de no existir un afecto real y actual entre las personas unidas por parentesco, dicho vínculo contribuye en la realización del resultado lesivo de homicidio. Téngase en cuenta que basándonos en el principio de confianza entre parientes no puede ser desconocido por el Derecho punitivo que es más culpable quien agrede a un pariente que quien agrede a un extraño, fundamentalmente por dos razones: la primera, por el conjunto de deberes y obligaciones éticos, jurídicos y morales que emanan de la relación parental; y, la segunda, porque es más fácil cometer un delito contra una persona de la que se conoce sus hábitos, sus horarios, sus costumbres e, incluso, a mayor abundamiento, una persona con la que se convive bajo el mismo techo. Este aprovechamiento de los vínculos parentales para la comisión del hecho delictivo no puede ser obviado y tomado como inocuo o irrelevante por el Derecho penal. La familia puede ser, y de hecho a tenor de la práctica judicial podemos afirmar con rotundidad que lo es, un sitio de riesgo para las conductas violentas, donde los miembros más débiles o más desprotegidos sufran agresiones de manera habitual³⁰³.

La STS de 28 abril 2003³⁰⁴ advierte que es sabido que la circunstancia mixta de parentesco opera como agravante en los delitos de carácter personal y como atenuante en los que predomina el aspecto patrimonial, y que, en el primer caso, cuando se trata de infracciones cometidas entre esposos, resulta determinante que no haya desaparecido el vínculo afectivo, mucho más relevante a estos efectos que la mera relación parental derivada del contrato matrimonial. Si acudimos al “factum” observaremos que no se describe una situación de ruptura conyugal, sino *una relación matrimonial ciertamente deteriorada por las desavenencias y enfrentamientos que en ningún caso es identificable con una efectiva destrucción de la relación matrimonial, o con la*

³⁰² Vid. STS de 6 mayo 1997, núm. 631/1997. [RJ 1997/3629].

³⁰³ Vid. RUBIALES BÉJAR, E.E., “Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados de violencia doméstica” en *Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica*, coord. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2002.

³⁰⁴ Vid. STS de 28 abril 2003, núm. 625/2003. [RJ 2003/3869].

desaparición de la “afectio maritalis”, como lo evidencia el hecho de que tras una primera ruptura de los cónyuges se produjo una posterior reconciliación y la reanudación de la convivencia que se mantenía en el momento de los hechos, por más que esa convivencia fuera difícil y el lazo afectivo fuera precario, pero con real existencia que obliga a los cónyuges a observar los deberes de respeto, protección y consideración derivados de una convivencia familiar no destruida aunque sí menoscabada”.

El Tribunal Supremo al analizar en un caso de homicidio la aplicación de la agravante de parentesco, admite que la tensión generada por la sospecha del marido de que la esposa mantenía una relación sentimental con otra persona, lo que desembocó en una fuerte discusión entre ambos, no equivale a la irreversible ruptura fáctica del vínculo que tiene lugar como consecuencia de una larga separación capaz de provocar la desaparición de la “afectio maritalis”. Como se decía en la Sentencia de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828], recordada en la de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809], para que se pueda considerar destruida la relación matrimonial e inaplicable la agravante de parentesco *“es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental”*. Este criterio de que el simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges no excluye la aplicación de la agravante y que, en términos generales, el mantenimiento de una relación de convivencia incrementa el desvalor de la conducta agresiva de uno de los esposos, ha sido ratificado en recientes sentencias de las que pueden mencionarse SSTS de 22 septiembre 2000 [RJ 2000/8082] y de 14 noviembre 2001 [RJ 2002/3485]. A la luz de esta doctrina, es llano que no puede tacharse de indebida la aplicación de la circunstancia agravante de parentesco al homicidio de su esposa perpetrado por el acusado³⁰⁵.

La circunstancia genérica y mixta de parentesco descrita en el vigente artículo 23 CP establece que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. La jurisprudencia del

³⁰⁵ Vid. STS de 22 abril 2003, núm. 582/2003. [RJ 2003/4676].

Tribunal Supremo, sobretodo desde el Acuerdo de Sala General de 18 febrero 1994, en relación con el antiguo delito de parricidio, ha venido entendiendo que no basta la constatación de la existencia de la relación para aplicar automáticamente la circunstancia. Así, podemos afirmar que la jurisprudencia más reciente mantiene una postura abierta en el sentido de que la circunstancia mixta de parentesco tiene su fundamento, no en la subsistencia formal del vínculo jurídico entre los esposos (o bien cuando se trate de una análoga relación de afectividad por el mero hecho de subsistir formalmente la relación), sino en la existencia de una relación propia de las personas que de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza estas uniones³⁰⁶. Ahora bien, *lo que verdaderamente sucede en estos casos es que de los hechos externos puede inferirse la persistencia o no de los rasgos propios de la relación, aún cuando se dé una separación de hecho, más que el ingrediente subjetivo de la afectividad o cariño difícilmente aprehensible.*

La STS de 14 febrero 2003³⁰⁷ analiza la aplicación indebida del artículo 23 del Código Penal, que contempla la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del parentesco, en este caso, en funciones agravatorias.

El planteamiento impugnativo de la recurrente consiste en afirmar que habida cuenta que las relaciones entre ella y su marido –víctima del delito- estaban bastante deterioradas, con posibilidad de una inminente separación, anunciada por aquel, el artículo 23 no debió –en su opinión- ser aplicado. Entiende –en suma- que había desaparecido totalmente la “*afectio maritalis*” en el matrimonio.

La recurrente evoca, con fidelidad, la doctrina de la Sala 2ª del Tribunal Supremo sobre la naturaleza y caracterización de esta circunstancia. En tal sentido el Tribunal reseña que *si la relación matrimonial estuviere rota de facto, aunque se mantuviera el vínculo formal del matrimonio, esa sola relación aparente, sin correspondencia con la realidad subyacente, no podría dar vida a la estimación de esta circunstancia modificativa.*

³⁰⁶ Vid. SSTS de 11 abril 2002 [RJ 2002/8135] o 1457 [RJ 2002/8647] y 1654/2002 [RJ 2002/9847].

³⁰⁷ Vid. STS de 14 febrero 2003, núm. 221/2003. [RJ 2003/2381]. Se trata de un supuesto de asesinato del esposo en coautoría con el amante que paga a un tercero 200.000 ptas. para que le dé muerte, asestandole 46 puñaladas al marido.

Es esa realidad viva de afecto y convivencia propia de la relación matrimonial (incluso sin vínculo: uniones de hecho) la que fundamenta su apreciación.

La Sala sostiene que habría que indagar caso por caso, si los cónyuges, mantienen el ánimo de convivencia, de intereses comunes o de afecto, propios de la esencia de esa relación parental. Ello no obstante, las desavenencias, discusiones, enfrentamientos, desencuentros o incluso transitorias separaciones de facto, viviendo en lugares distintos, o bien asumiendo esta separación física por razones coyunturales, etc., no afectarían a la estimación de esta circunstancia.

El TS advierte que trasladando tal doctrina al caso que nos concierne habría que analizar si se dan esas dos características que, entre otras, operan como decisivas a la hora de diagnosticar la existencia de una relación matrimonial real y efectiva, aunque sea complicada y turbulenta:

a) El abandono del domicilio por uno de los cónyuges. ¿Es este dato decisivo en nuestro caso?.

La respuesta debe ser negativa. El traslado de Vall d'Uxó a Onda, no es para prescindir del matrimonio o vivir de espaldas a él. Lo realiza el marido que marcha con su hijo mayor, reside en casa de una hermana de la recurrente, sita en esa ciudad de Onda, y los fines de semana, cuando la acusada iba a dicha población con el otro hijo, el marido, con el que tenía a su cargo, se traslada al domicilio de los suegros y conviven allí los cuatro (la acusada, su marido y los dos hijos) durante el fin de semana.

b) La “desafectio conyugalis”, tampoco se da en la hipótesis que analizamos.

El traslado a la población de Onda, lo fue para “salvar el matrimonio” y no con voluntad de destruirlo; luego, todavía existían, de facto, los lazos matrimoniales.

Cierto que estuvieron a punto de radicalizarse las diferencias habidas entre los cónyuges, al haberse negado la impugnante a trasladarse definitivamente a Onda. El marido –según hechos probados- sabía la relación extramatrimonial que mantenía en la

Vall d'Uxó con el coacusado, y sus propósitos, con el traslado, no eran otros que tratar de desactivarla.

El marido, antes de ser brutalmente asesinado, estaba dispuesto a iniciar los trámites de una efectiva y formal separación, acudiendo a la justicia. Pero lo cierto es que todavía no había dado ese paso.

Esto implica para el Tribunal que aún con disputas, enfrentamientos y desavenencias, el matrimonio persistía formal y realmente. La recurrente disponía de las cuentas comunes. La proximidad física se producía los fines de semana, cuando invariablemente la esposa, acudía al lugar de residencia de sus padres, hermana y marido, conviviendo (aunque no fuera armónicamente) con éste.

La STS de 11 octubre 1996³⁰⁸ estudia la infracción de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal del artículo 11 del CP por errónea interpretación. Así se dice que *rotas las relaciones de afectividad entre él y su esposa, ha dejado de tener la misma efectos agravatorios en casos como el presente en el que se trata de un delito contra las personas*, más si se examina con detenimiento el contenido del hecho probado, que es el que ha de tenerse presente por ser sus declaraciones la base imprescindible para aplicar a ellas el texto de la ley, fácilmente llegaremos a conclusión contraria a la que constituye el fundamento de este motivo, pues aunque es bien cierto que en él se dice que el suceso ocurrió frente a la casa que es el domicilio de la esposa y de la hija de ambos desde que hubieran dejado de convivir los cónyuges, ésta *no convivencia* no significa desafección, por cuanto, como el Tribunal ha podido comprobar con el examen que ha hecho de las actuaciones..., la causa determinante de su proceder fue, como dijo en el acto del juicio oral, la de que “*él no se resignaba a perder a su mujer*”, habiendo también afirmado ésta, que él le dijo “*que no podía vivir sin ella, y que volviera*”, expresiones que lo que indican “*es la persistencia de una afectividad por parte del marido, hacia su esposa, que además la explica su propia personalidad celotípica pues, para padecer de celos, es preciso subsistan, sin romper, los vínculos afectivos que unen a quienes se quieren (¿?), por todo lo cual el Tribunal aplica la agravante de parentesco.*

³⁰⁸ Vid. STS de 11 octubre 1996, núm. 682/1996 [RJ 1996/7454]. Marido que golpea a su esposa con un martillo, con la que ya no convivía pero a la que seguía unido afectivamente.

En la STSJ de Cataluña de 22 enero 2001³⁰⁹ alega el recurrente indebida aplicación de la circunstancia agravante de parentesco. Alude expresamente a una conocida doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo que descarta la aplicación de la agravante cuando el hecho punible fue ajeno a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas al orden parental, o cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por cualquier otra razón. Partiendo de los hechos probados séptimo y octavo de la Sentencia recurrida: *“El acusado Joan S.E. es hijo de la víctima Juan S.C.; y el acusado y la víctima, pese a vivir en la misma casa, no mantenían relación de afectividad alguna”*.

El Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado cuando dio redacción a dicha parte del veredicto lo hizo conforme a las pretensiones de la acusación particular que invocaba la apreciación de la agravante de parentesco, y de la defensa, que pretendía la no concurrencia de la misma circunstancia por falta de afecto entre acusado y víctima.

Pero, a pesar de haber acogido el Jurado los intereses de la defensa encaminados a excluir la agravante por ruptura de las relaciones de afectividad, el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado aprecia la agravante, diciendo en la Sentencia *“parece con ello que la apreciación general y automática de la doctrina jurisprudencial relativa a situaciones de ruptura de un vínculo jurídico –el matrimonial- distinto ciertamente de los vínculos de sangre requiere notable cautela, so pena de ser poco adecuada a la repulsa y rechazo revelador de una mayor malignidad del reo que el homicidio de pariente directo merece a la totalidad de los ciudadanos”*.

El Tribunal recuerda la ya mencionada STS de 11 marzo 1997 al tratarse de un supuesto como el que se debate en que el vínculo entre agresor y víctima es de consanguinidad, insistiéndose en Sentencia del Tribunal Supremo de 10 octubre 1988³¹⁰ en que el elemento objetivo del parentesco debe reputarse irrelevante, entre otras cosas, *“cuando la víctima hubiere provocado la comisión del delito”*³¹¹; y en este caso el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia recurrida contiene la afirmación que

³⁰⁹ Vid. STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 22 enero 2001, núm. 1/2001. [ARP 2001/133].

³¹⁰ Vid. STS de 10 octubre 1988 [RJ 1988/7722].

³¹¹ Vid. entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 noviembre 1984 [RJ 1984/5937].

complementa el relato histórico de que la relación entre familias estaba rota y que habían existido insultos y diferencias económicas entre las partes.

En la mayoría de los supuestos en que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación a la exclusión de la agravante que se cuestiona, lo ha sido en supuestos de vínculo matrimonial con ruptura de la “*afectio maritalis*”³¹².

De lo expuesto se deriva que *la razón de ser de la agravación, no es el vínculo conyugal o de consanguinidad, sino la realidad subyacente, ya que supone un plus de culpabilidad y antijuridicidad el acabar con la vida de un ser querido, plus agravatorio que desaparece cuando, como ocurre en el caso que se analiza, hacía ya tiempo, que, agente comisario y víctima si bien vivían en la misma casa, lo hacía como dos extraños.*

Asimismo la SAP de Girona de 10 julio 2000³¹³ no estima aplicable la circunstancia agravante de parentesco porque aunque concurre el dato objetivo del vínculo parental entre el acusado y la víctima, *no existía entre ellos la recíproca relación de afectividad propia entre los cónyuges, necesaria para aplicar la agravación, pues como indica la STS de 29 septiembre 1999 [RJ 1999/7055], para que pueda estimarse subsistente ese tipo de relaciones afectivas no basta la voluntad de una de la partes, sino que es preciso, lógicamente, la voluntad concorde de ambas, y esa voluntad concorde era inexistente en el supuesto enjuiciado puesto que la relación conyugal no sólo se hallaba deteriorada hasta el punto de haberse plante[arse] ambos cónyuges la separación sino que la esposa mantenía una relación extramatrimonial³¹⁴, por lo que, aunque pudiera sentir por su esposo cariño, desde luego éste no era el afecto propio y natural que un cónyuge siente por el otro.*

³¹² A título de ejemplo puede ser citada la STS de 3 noviembre 1998 [RJ 1998/7961] que dice “*la Sentencia de 21 mayo 1999 [RJ 1999/5243], consolida la línea jurisprudencial expuesta. Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso para su apreciación, la convivencia real de afecto entre parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida la afectio maritalis, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. La razón fundadora de la agravación, no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal mas sólo existe de una modo formal, por encontrarse rota aquella, y desaparecida la afectividad entre el acusado y víctima*”.

³¹³ Vid. SAP de Girona, Sección 3ª, de 10 julio 2000, núm. 140/2000. [ARP 2000/3020].

³¹⁴ Se produce infidelidad por parte de uno de los cónyuges, por lo que, a tenor de sendas resoluciones del Tribunal Supremo, éste es uno de los supuestos en los que se excluye la aplicación de la agravante.

Mestre Delgado³¹⁵ al analizar la vigencia del afecto familiar, conyugal o análogo advierte que la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo había venido debatiendo, antes de la entrada en vigor de la reforma del CP de 1983, si, para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, debía constatarse, además de la relación familiar, la concurrencia de una concreta relación de afecto entre el agresor y la víctima. Frente –sostiene– a quienes afirmaban la necesidad de este afecto³¹⁶.

No obstante, como ya adelanta el autor, la reforma penal de 1983 respaldó y acentuó aquella tesis, tal y como reconocen, entre otras, las SSTs de 27 diciembre 1991 que declara que la afectividad entre los cónyuges es “*la verdadera razón de ser de la posible agravación de la pena*” y de 13 octubre 1993, que afirma que “*la afectividad es fundamental para la agravación, y a eso propende evidentemente la reforma operada como consecuencia de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio*”.

Por consiguiente, debe constatarse, para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, además de la relación objetiva de parentesco o análoga, “*la relación de afecto personal que ordinariamente lo acompaña y que evidentemente constituye el verdadero fundamento de la atenuación o de la agravación...*”³¹⁷.

No es extraño, por ello, que la jurisprudencia entienda, de manera unánime, que no puede aplicarse esta circunstancia mixta “*cuando la relación matrimonial haya cesado por resolución judicial de separación, o simplemente de hecho sin resolución judicial alguna o, incluso, cuando, persistiendo la convivencia, exista un distanciamiento afectivo debidamente acreditado*”³¹⁸. La inexistencia de una relación realmente afectiva entre el delincuente y su víctima provoca, así, la inaplicación de la circunstancia mixta, ya que “*en estos supuestos, no es susceptible de influir el*

³¹⁵ MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante...*, op. cit., pp. 31 a 33.

³¹⁶ Quintano Ripollés, vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., actualizada por GIMBERNAT, E., Madrid, 1966, pp. 249 y ss, planteaba la paradoja latente en este razonamiento en los términos siguientes: “*La persistente doctrina jurisprudencial de que las enemistades destruyen y desvirtúan la operabilidad del parentesco es no poco arbitraria, pues los delitos de agresión personal apenas se conciben entre parientes cariñosos*”.

³¹⁷ Vid. STS de 27 diciembre 1991.

³¹⁸ Vid. idem anterior.

*parentesco en el estado anímico del autor, al encontrarse la relación parental objetivamente destruida*³¹⁹.

La SAP de Navarra de 10 octubre 2000³²⁰ declara que no concurre la circunstancia agravante de parentesco por exigirse para su estimación³²¹, no sólo que, entre ofensor y ofendido, se den los vínculos de parentesco a que se refiere el precepto, sino también la afectividad propia de la relación familiar, de modo que dicha circunstancia mixta no opera cuando la relación matrimonial haya cesado por resolución judicial de separación o simplemente de hecho sin resolución judicial alguna o, incluso, cuando, persistiendo la convivencia, exista un distanciamiento afectivo debidamente acreditado, habiendo declarado probado el Jurado que en el matrimonio desde hacía tiempo no había cariño de clase alguna, lo que propició que el acusado meses antes hubiese consultado su situación matrimonial a un abogado.

La SAP de Badajoz de 13 junio 2000³²² en un supuesto de malas relaciones entre el acusado y su familia, todos de etnia gitana, hasta el punto de que tenían al primero extrañado de entre ellos, estima que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, y ni siquiera puede ser apreciada la agravante de familiaridad respecto de ninguno de los perjudicados, porque, *como reiteradamente tiene señalado la jurisprudencia en sentencia tales como la de 24 enero 1994 o la de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379] ... sólo puede tener aplicación cuando concurren el vínculo y la afectividad propia de la relación familiar*, circunstancia esta última que faltaba en el caso de autos, como ha quedado evidenciado al ponerse de manifiesto las malas relaciones que existían entre el acusado y sus familiares.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 enero 2000³²³ resuelve el debate sobre las circunstancias sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el delito objeto de condena del siguiente modo: dice el artículo 23 del Código Penal que *“es circunstancia que puede atenuar o agravar la*

³¹⁹ Vid. STS de 23 octubre 1984.

³²⁰ Vid. SAP de Navarra, Sección 3ª, de 10 octubre 2000, núm. 128/2000. [ARP 2000/2679].

³²¹ Vid. SSTS de 6 junio 1928, de 16 junio 1944 [RJ 1944/772], de 21 abril 1949, de 8 noviembre 1961, de 23 abril 1970 [RJ 1970/1905] y de 31 enero 1981 [RJ 1981/268], de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644], de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379].

³²² Vid. SAP de Badajoz, Sección 2ª, de 13 junio 2000, núm. 22/2000. [ARP 2000/2660].

³²³ Vid. SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 21 enero 2000, núm. 2/2000. [ARP 2000/2253].

responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge (...) del ofensor”. En el delito contra la vida enjuiciado es de aplicación en sentido agravatorio de la pena. Contrariamente a la tesis de la defensa, el Tribunal sostiene que es evidente que el vínculo matrimonial no estaba roto ni en sentido propio ni por equiparación; el agresor y la víctima no eran extraños y, desde luego, no dejaron de ser cónyuges en los escasos diez días transcurridos desde que ella se fue a casa de sus padres, no obstante la conflictividad anterior y su decisión de pedir la separación. La jurisprudencia aclara que no interesa tanto la convivencia como la afectividad, por lo que, además del dato objetivo del parentesco o matrimonio ha de apreciarse una relación de afecto personal, máxime atendido el fundamento de esta circunstancia modificativa, pero todo ello para excluir su aplicación en los casos en que *“la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor reprochabilidad al actor”*³²⁴.

La STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 11 abril 2000³²⁵ analiza el Recurso del Ministerio Fiscal, que señala, que el Magistrado-Presidente cometió un error al considerar la existencia de una atenuante de trastorno mental transitorio al comprobar la infidelidad de la esposa, y sin embargo, no considerar, por ello, la agravante de parentesco.

La Sentencia, afirma el recurso, hace responsable a la mujer, por su conducta, de no estimar la agravante de parentesco.

En las conclusiones del Fiscal, se considera que se estima por el Jurado el parentesco, y, por tanto, debe aplicarse la agravante, con lo que debe incrementarse la pena. La Sentencia baja dos grados la pena por el asesinato, de forma improcedente al no estimar la agravante de parentesco, según el recurso.

Ahora bien, frente a lo que antes se señala –y pese a que el Jurado aprecia las circunstancias y situaciones para que concurra la agravante mixta de parentesco en relación con la muerte de Ana Luisa, pues estaba casada con el acusado, convivían y no

³²⁴ Según la doctrina asentada a partir del Pleno de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de 18 febrero 1994. Vid. también la STS de 13 noviembre 1998 [RJ 1998/8204] y las que en ella se citan.

³²⁵ Vid. STSJ de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Civil y Penal, de 11 abril 2000, núm. 4/2000. [ARP 2000/1841].

se había roto la relación de convivencia, ni nada que terminase con el afecto conyugal- el Tribunal de Derecho entiende –y la Sala lo acepta- que, *en este delito, por los hechos que provocaron la reacción del acusado, no se puede estimar tal agravante, aunque persistía la convivencia, pues si bien el Tribunal Supremo para prescindir de tal agravante exige una rotura anterior, también ha declarado, en múltiples ocasiones que no es apreciable cuando la víctima fue quien provocó la reacción del agresor como era este caso con la infidelidad*³²⁶ ... lo cual no es contradictorio con la doctrina general que alega el Ministerio Fiscal, pues nada impide que se produzca la rotura del afecto convivencial súbitamente, como resultado de un acto de la importancia que supone el adulterio del luego agredido.

En opinión del Tribunal la situación descrita en el relato fáctico de la Sentencia, pone de manifiesto *que la relación de afectividad que habían mantenido el acusado y la víctima durante varios años se había roto con anterioridad de forma súbita, al momento de conocer las relaciones extramatrimoniales, provocando la agresión homicida enjuiciada en esta causa. Para que pueda estimarse subsistente este tipo de relaciones, no basta la voluntad de una de las partes, es preciso, lógicamente la voluntad concorde de ambas, y, en el presente caso, la mujer había decidido alterar la relación con el acusado, al mantener relaciones sexuales con su amigo, como lo acredita que, el día de autos, lo había llevado al domicilio que compartía con el acusado.*

La aplicación de la jurisprudencia citada a las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, en cuanto a los extremos relativos a la relación de convivencia existente entre el acusado y la víctima, lleva directamente –sostiene la Sala- a considerar que no puede apreciarse, en el presente caso, como acertadamente señala la Sentencia de Instancia, la concurrencia de la agravante de parentesco.

El Tribunal de Instancia advierte que las desavenencias conyugales, aunque surgidas de forma súbita e inesperada, impide pueda aplicarse la agravante de parentesco; y, ello, provocado por las acreditadas relaciones extramatrimoniales de la esposa.

³²⁶ El Tribunal cita las SSTS de 15 octubre 1957 [RJ 1957/2673], de 10 marzo 1982 [RJ 1982/1601] y de 30 abril 1997 [RJ 1997/4537], entre otras.

La Sentencia de 3 julio 1998³²⁷ de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nos dice: “Esta Sala, en una línea jurisprudencial de la que son ejemplos las SS de 28 marzo 1994 [RJ 1994/2653] y de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828] señala de acuerdo con ella, que la circunstancia de parentesco que nace del vínculo conyugal no subsiste cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente dicho vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida”.

El Tribunal concluye afirmando que, de los hechos probados y de los elementos fácticos de la Sentencia “a quo”, se desprende una lógica desaparición del afecto entre los cónyuges, por lo que no debe estimarse, por consiguiente, la aplicación de la circunstancia mixta del artículo 23 del código Penal vigente. Es más, desde otro prisma la circunstancia de parentesco, como mixta, puede agravar, atenuar o ser neutra, como sucede en este caso, en el que es precisamente el parentesco-matrimonio el factor y razón desencadenantes de la agresión llevada a cabo ante la situación percibida por el marido.

La SAP de Burgos de 1 febrero 2000³²⁸ resuelve el recurso del Ministerio Fiscal³²⁹ que sostiene que para entender inaplicable la circunstancia agravatoria de parentesco es necesario que la ruptura del afecto marital se haya evidenciado por hechos externos tales como la ruptura de la convivencia u otros similares y que, en todo caso, dicha situación de ruptura sea duradera en el tiempo.

Ante esta alegación la Sala afirma que comparte el acertado y razonado criterio expuesto por el Juez de lo Penal en la resolución recurrida ya que, a tenor de la más reciente jurisprudencia, una consolidada y reiterada doctrina de la Sala 2ª del TS, pese a partir de la idea de que esta circunstancia opera con carácter agravatorio en los delitos contra las personas, viene sosteniendo que si la motivación del hecho punible fue ajena a los lazos familiares u, obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, el parentesco no operará como agravante, ocurriendo de idéntico modo cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, por enemistad, por intereses contrapuestos o por

³²⁷ Vid. STS de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809].

³²⁸ Vid. SAP de Burgos de 1 febrero 2000, Sección 1ª, núm. 200/1999. [ARP 2000/404]. Vid. también las sentencias en ella citadas.

³²⁹ Con apoyo jurisprudencial en las SSTS de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828], de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809] y de 13 diciembre 1998 [RJ 1998/5809].

cualquier razón, así como en los casos de provocación por parte de la víctima, de ofensas procedentes del mismo origen o de la infidelidad real o presunta.

Concretamente en los casos de parentesco por matrimonio, es preciso para su apreciación la convivencia real de afecto entre parientes, y si la unión conyugal estuviera rota de hecho, y desaparecida la “*afectio maritalis*”, aún sin separación legal o divorcio, no cabe apreciar la circunstancia como agravante. La ratio fundadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que, en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones de hecho, aunque no exista legalmente un vínculo matrimonial, como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal más sólo existe de un modo formal, por encontrarse rota aquella, y desaparecida la afectividad entre acusado y víctima.

Del relato de hechos probados contenido en la sentencia impugnada y que deviene inatacable, resulta que los esposos mantenían frecuentes discusiones encontrándose muy deteriorada la relación conyugal, lo que ha motivado que con posterioridad se hayan separado de hecho ambos cónyuges y hayan iniciado los trámites de la separación conyugal. No puede entonces dudarse *de que en el caso sometido a enjuiciamiento el afecto marital entre los esposos ha de entenderse inexistente ya que, con anterioridad a los mismos, ya se mantenían fuertes discusiones reveladoras de tal estado de desafección siendo así que el mismo resulta incompatible con la agravación por parentesco.*

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 mayo 2000³³⁰ en un supuesto en el que la víctima había convivido con el homicida durante ocho meses no estima concurrente la circunstancia agravante de parentesco y esto en base a que *el requisito de la permanencia que para la misma se exigía en el artículo 11 del anterior Código Penal o de la estabilidad que se emplea en el artículo 23 del actual Código..., no se dan en el presente caso, no sólo o no tanto por lo reducido del espacio de tiempo de la convivencia, sino porque...la auténtica relación de afecto, consustancial a tal circunstancia, o no existió nunca o se encontraba muy deteriorada al tiempo de ocurrir*

³³⁰ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 mayo 2000, Sección 2ª, núm. 461/2000. [ARP 2000/348].

los hechos, pues en varias declaraciones obrantes en las declaraciones puede verse cómo debido a los malos tratos que la víctima recibía del acusado había hablado incluso de dejarlo y poner fin a tal situación. Ello aparte de que así parece resultar de los actos posteriores del acusado que, además, ponen de manifiesto una tremenda frialdad y perversidad del mismo.

La SAP de Guipúzcoa de 2 marzo 2000³³¹ establece respecto a la concurrencia de la agravante de parentesco peticionada por las acusaciones, que el artículo 23 del CP podrá atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, el ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halla ligado de forma estable por análoga relación de afectividad.

La acusada y el fallecido llevaban conviviendo maritalmente casi cuatro años, de esa convivencia habían nacido dos hijas y la convivencia continuaba, se hallaba vigente en el momento en que se produjeron los hechos aún cuando la acusada haya hecho mención a la existencia de malos tratos por parte del fallecido, circunstancia a la que también aludía en sus manifestaciones la hermana, pero que no han resultado acreditadas en modo alguno, por lo que la Sala considera que deberá aplicarse la citada circunstancia como agravante.

La SAP de La Coruña de 9 febrero 2000³³² resuelve el recurso de apelación presentado por la defensa del acusado por indebida aplicación de la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 CP. La misma se fundamenta en que la relación de matrimonio había cesado durante unos cinco años, desde que el acusado inició comportamiento violento hacia la persona de su esposa, habiendo presentado tres meses antes a los hechos esta última demanda de separación matrimonial, de tal modo estima que la relación de afectividad se encontraba rota con anterioridad.

La circunstancia mixta de parentesco es valorada ordinariamente como agravante, cuando de delitos contra las personas se trata, como es el caso. La jurisprudencia, al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que, *para su apreciación, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir*

³³¹ Vid. SAP de Guipúzcoa de 2 marzo 2000, Sección 3ª, núm. 2/1996. [ARP 2000/57].

³³² Vid. SAP de La Coruña de 9 febrero 2000, Sección 4ª, núm. 22/2000. [ARP 2000/39].

*también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón media un distanciamiento... la relación resulta inoperante y el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños... Pero, para que así sea, es necesario que la ruptura de la relación conyugal tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental... Aplicando esta doctrina al caso que ha dado origen a este recurso, se deduce fácilmente –afirma la Sala- que el Juzgador de Instancia no podía dejar de apreciar, en el delito cometido por el recurrente, la circunstancia mixta de parentesco con carácter de agravante, porque si, como resulta acreditado de la prueba practicada, el acusado y su esposa, habían contraído matrimonio hacía unos catorce años, que aún encontrándose en una situación tensa a causa de sus desavenencias, hasta el punto de que ella ya había presentado una demanda de separación matrimonial, vivían bajo el mismo techo, *no se puede decir que la relación conyugal que todavía los unía estuviese “efectiva y manifiestamente destruida”*. Todo ello conduce a la conclusión de que el recurso debe ser rechazado.*

La SAP de Gerona de 10 julio 2000³³³ no estima aplicable la circunstancia agravante de parentesco porque aunque concurren el dato objetivo del vínculo parental entre el acusado y la víctima, *no existía entre ellos la recíproca relación de afectividad propia entre los cónyuges, necesaria para aplicar la agravación, pues ... para que pueda estimarse subsistente ese tipo de relaciones afectivas no basta la voluntad de una de las partes, sino que es preciso, lógicamente, la voluntad concorde de ambas, y esa voluntad concorde era inexistente en el supuesto enjuiciado puesto que la relación conyugal no solo se hallaba deteriorada hasta el punto de haberse planteado ambos cónyuges la separación sino que la esposa mantenía una relación extramatrimonial, por lo que, aunque pudiera sentir por su esposo cariño, desde luego éste no era el afecto propio y natural que un cónyuge siente por el otro”*.

³³³ Vid. SAP de Gerona de 10 julio 2000, Sección 3ª, núm. 140/2000. [ARP 2000/3020].

La SAP de Madrid de 23 octubre 1999³³⁴ valora si concurre en los hechos enjuiciados la circunstancia modificativa mixta de la responsabilidad criminal, de parentesco, del artículo 23 CP, aplicada por el Juez “*a quo*” como agravante en la Sentencia recurrida.

Como se recoge en el relato fáctico de la Sentencia recurrida, el acusado y la víctima llevaban separados de hecho varios años, por tanto, no procede aplicar la referida circunstancia, que, según la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 30 abril 1997³³⁵ *como regla general se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o similar lo hace como atenuante*³³⁶. Pero la aplicación de tal circunstancia, *requiere no solo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad, no entrando en juego el precepto por irrelevante, no solo cuando la víctima fuese provocada o causante de la comisión del ilícito, sino también cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentra rota por ausencia, si no de la afectividad, sí, al menos, de intereses comunes más o menos intensos, existiendo enemistad, intereses contrapuestos o cualquier otra razón origen del distanciamiento entre los sujetos activo-pasivo del delito y dicha relación ha de existir entre ofensor y agraviado*³³⁷.

De forma más concreta, la Sentencia de la misma Sala de 2 diciembre 1997³³⁸ expone que “... *aún cuando el acusado y su esposa, víctima del hecho, llevaban más de dos años separados legalmente, por sentencia judicial, cuando ocurrió el hecho enjuiciado, lo cierto es que no se habían divorciado, por lo que subsistía el vínculo matrimonial... En efecto, la razón fundamentadora de la agravación no se encuentra en la concurrencia formal de un vínculo conyugal, sino en la realidad subyacente, de manera que en la misma forma que el artículo 23 extiende la circunstancia a las uniones conyugales de hecho, aunque no exista legalmente vínculo matrimonial, debe entenderse excluida en aquellos casos en que la relación conyugal no subsiste más que*

³³⁴ Vid. SAP de Madrid de 23 octubre 1999, Sección 15ª, núm. 397/1999. [ARP 1999/4415].

³³⁵ Vid. STS de 30 abril 1997 [RJ 1997/4537].

³³⁶ Vid. SSTS de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644] y de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133].

³³⁷ Vid. STS 1433/1994 [RJ 1994/6363].

³³⁸ Vid. STS de 2 diciembre 1997 [RJ 1997/8835].

*de modo formal por encontrarse los esposos separados, de hecho o de derecho, de forma prolongada*³³⁹.

La SAP de Castellón de 9 diciembre 1999³⁴⁰ señala que no concurre en los hechos enjuiciados la circunstancia de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal como agravante porque cuando se cometió el delito el matrimonio se hallaba separado de hecho, no existiendo entre ellos más relación que la derivada de la existencia de un hijo menor en común. Aunque la doctrina anterior del Tribunal Supremo³⁴¹ estimaba que la separación matrimonial no descalificaba a la víctima de la condición de cónyuge, pues este condicionamiento no se elimina si no existe la nulidad de la unión matrimonial o la declaración de divorcio, la Sala Plena de la Sala 2ª del Tribunal Supremo acordó el 18 de febrero 1994 por mayoría la exclusión del artículo 405 del anterior Código Penal en los casos en que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no puede presentar un fundamento suficiente para justificar una mayor responsabilidad al autor³⁴². Aplicando la doctrina expuesta al caso de autos, concluye la Sala que no cabe apreciar la agravación penológica por razón de parentesco habida cuenta de que hacía varios meses ambos esposos vivían en domicilios y localidades distintas, sin compartir otra cosa que el hijo común, habiendo desaparecido la relación de afecto conyugal propia del matrimonio.

La SAP de Cuenca de 7 julio 1998³⁴³ en un supuesto de asesinato de la esposa del acusado de la que estaba separado establece que no procede hacer aplicación, como agravante, de la denominada de parentesco, prevista en el artículo 23 de nuestro Código Penal, al haber considerado el Tribunal del Jurado probado *no sólo que doña Mercedes C. había interpuesto con anterioridad multitud de denuncias contra Pedro R. F. –lo que ya parece evidenciar la inexistencia de toda relación afectiva entre ambos-, sino también que las referidas relaciones se encontraban a la fecha de producirse los hechos*

³³⁹ Vid. STS de 28 marzo 1994 [RJ 1994/2663].

³⁴⁰ Vid. SAP de Castellón de 9 diciembre 1999, Sección 1ª, núm. 95/1999. [ARP 1999/4190].

³⁴¹ Vid. por todas SSTS de 8 julio 1981 [RJ 1981/3201], de 25 mayo 1982 [análoga a RJ 1982/2735], de 25 abril 1985 [RJ 1985/2139], de 15 noviembre 1986 [RJ 1986/6960], de 21 septiembre 1991 [análoga a 1991/6508] y de 7 abril 1993 [RJ 1993/3056].

³⁴² Así se recogió en las SSTS de 28 marzo 1994, núm. 660/1994. [RJ 1994/2663]; de 31 octubre 1994, núm. 1899/1994. [RJ 1994/8342]; de 12 julio 1994, núm. 1433/1994. [RJ 1994/6363]; de 25 septiembre 1995, núm. 914/1995. [RJ 1995/6744]; de 24 noviembre 1995, núm. 1222/1995. [RJ 1995/8954] o de 13 noviembre 1998, núm. 1402/1998. [RJ 1998/8204].

³⁴³ Vid. SAP de Cuenca de 7 julio 1998, Tribunal del Jurado, núm. 49/1998. [ARP 1998/3426].

singularmente deterioradas, sin que entre los mismos existiera ya el afecto propio de un matrimonio. En este sentido, no parece ocioso citar la doctrina contenida, entre otras, en la STS de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3629], en la que se pone de relieve que la más reciente Jurisprudencia ha insistido en los casos de parentesco por matrimonio en la necesidad de una concurrencia real de afecto entre parientes, estimando que si la unión conyugal estuviera rota de hecho y desaparecida la llamada afectio maritalis, aún sin separación legal o divorcio, no cabrá apreciar la circunstancia como agravante.

4.1. Conceptualización.

La relación de “*afectividad*” exigida por la tradición jurisprudencial para excluir la concepción puramente objetivista de la relación conyugal como vínculo jurídico o como pura coexistencia bajo un mismo techo no puede entenderse, como ha sido dicho, desde un punto de vista anímico o sentimental, es decir como exigencia de un recíproco afecto, cariño o apoyo personales, que sería incompatible con el odio, el rencor o el aborrecimiento, unilateral o común, subyacente en los casos de agresión u homicidio cometido contra la pareja.

Esta perspectiva puramente sentimental o afectiva resulta inidónea para construir un incremento de la desvaloración de la conducta, merecedora de una agravación de la pena. La “*afectividad*” debe valorarse desde una perspectiva convivencial, entendiendo la “*afectio maritalis*”, como *voluntad concordada de mantener un proyecto estable de comunidad vital*. Es precisamente la ausencia de esa voluntad lo que lleva a rechazar la agravante –por intensos que sean los sentimientos recíprocos de cariño o estima personal- tanto en los casos de vínculo jurídico persistente entre cónyuges que se han separado cesando en su vida en común, como en los supuestos de pura coexistencia bajo un mismo techo entre quienes –con vínculo o sin él- han decidido poner fin a la convivencia, *no siendo ya su física proximidad ninguna manifestación de participación en un compartido proyecto vital, que es de donde nacen los lazos y deberes personales cuyo quebranto constituye el fundamento de la agravante*. Y por lo mismo *una íntima animadversión recíproca no elimina la agravante entre quienes sí mantienen voluntariamente su comunidad de vida*. De esta doctrina jurisprudencial podemos inferir los siguientes supuestos:

- Caso 1: Vínculo jurídico persistente (matrimonio) y separación reciente (cesa convivencia en común) ► No aplicar agravante.
- Caso 2: Coexistencia bajo un mismo techo (convivencia en el sentido de proximidad física):
 1. Con vínculo jurídico: poner fin a la convivencia (en el sentido de compartir un proyecto de comunidad de vida) ► No aplicar agravante.
 2. Sin vínculo jurídico: poner fin a la convivencia (en el sentido de compartir un proyecto de comunidad de vida) ► No aplicar agravante.
- Caso 3: Intima animadversión recíproca y mantenimiento de proyecto de comunidad de vida ► No elimina la aplicación de la agravante.

Por consiguiente el Supremo ha exigido en sendos pronunciamientos la *previa ruptura de la relación fáctica convivencial como realidad distinta a la puramente sentimental*.

II. ¿Cuándo la circunstancia es atenuante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales de atenuación.

Por lo que se refiere a la aplicación de la atenuante de parentesco el ATS de 9 junio 1999³⁴⁴ se pronuncia al respecto en un supuesto de donación de droga de la esposa a su marido que se encontraba interno en un centro penitenciario. La Sala de Instancia justifica su no aplicación, como señala el fundamento jurídico cuarto, en que el artículo 23 CP vigente exige que la relación de parentesco exista entre el agraviado y el ofensor, y no cabe decir que el agraviado de este delito sea el marido de la acusada. En efecto, así lo ha declarado la Sala Segunda del Supremo al entender que de una lectura detenida y de una interpretación lógica del precepto se infiere la necesidad ineludible de que el

³⁴⁴ Vid. ATS de 9 junio 1999, núm. 605/1998. [RJ 1999/5421]. Vid. también ORTS BERENGUER, E., “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 13, 1981.

lazo de parentesco lo sea entre el sujeto activo de la acción y el agraviado o beneficiado por ella, de tal manera que cuando este sujeto pasivo lo sea un tercero no cabe hablar de agravante ni de atenuante, pues no en balde el precepto antes mencionado se cuida en indicarnos que puede atenuar o agravar la responsabilidad “*ser el agraviado*” cónyuge, persona unida por lazos afectivos, ascendientes, descendientes o hermanos. En el presente caso el marido a quien iba destinada la droga, no tiene la cualidad de sujeto pasivo de la acción delictiva (lo sería, en todo caso, la sociedad apreciada en su conjunto).

En cuanto a la inexistencia de que la conducta de la acusada constituya ilícito penal, al tratarse de un supuesto de donación de droga a su marido que se encontraba en prisión y para aliviar el estado de necesidad en que se encontraba por ser consumidor habitual de droga y encontrarse bajo el síndrome de abstinencia, tiene declarado el Tribunal Supremo que una jurisprudencia en formación viene excluyendo la responsabilidad penal por el delito de tráfico de drogas de los artículos 344 del CP derogado y 368 NCP, en algunos supuestos de donaciones de cantidades mínimas de droga hechas por familiares cercanos a persona drogodependiente, para aliviar su posible síndrome de abstinencia³⁴⁵.

Para la exclusión de la responsabilidad penal en tales donaciones exige la jurisprudencia que concurren los siguientes requisitos:

1. que la cantidad de droga entregada sea muy pequeña y no exceda de la dosis terapéutica;
2. que la entrega se haga a persona drogadicta para aliviar el síndrome de abstinencia que padece;
3. *que exista una relación estrecha de parentesco o de convivencia entre donante y donatario, que determine que la entrega se haga se haga por motivos altruistas y humanitarios y no por lucro; y*

³⁴⁵ Vid. SSTS de 27 mayo, de 3 junio y de 12 septiembre de 1994 [RJ 1994/4057, RJ 1994/9346 y RJ 1994/7204], de 12 enero 1995 [RJ 1995/130], de 16 enero y de 28 octubre 1996 [RJ 1996/76 y RJ 1996/8569] y de 22 enero 1997 [RJ 1997/1271].

4. que no quepa posibilidad de difusión a terceros, y que exista, por tanto, una comprobación por parte del donante de que el donatario consume la droga él exclusivamente³⁴⁶.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 junio 1997³⁴⁷ alude, en el mismo sentido que en el pronunciamiento anterior, a una jurisprudencia en formación que viene excluyendo la responsabilidad penal por el delito de tráfico de drogas del artículo 368 CP vigente, en algunos supuestos de donaciones de cantidades mínimas de droga hechas por familiares cercanos a persona drogodependiente, para aliviar su posible síndrome de abstinencia. Se estima que desaparece la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad exigible en el delito, cuando por la pequeña cantidad de la droga transmitida, la entrega no comporta la difusión a personas indeterminadas y cuando el propósito de aliviar el concreto trastorno psíquico originado al consumidor por la abstinencia, elimina el dolo de traficar. La Sala estima que sí debe apreciarse en la ejecución del delito una atenuante, basada en el parentesco de la acusada con el destinatario de la droga, por analogía con la circunstancia mixta de parentesco al amparo del número 10 del artículo 9º del CP derogado, en relación con el 11 del mismo Cuerpo Legal (núm. 6ª del artículo 21 en relación con el artículo 23 CP vigente).

La STS de 20 enero 2003³⁴⁸ pone de manifiesto que la doctrina de la Sala 2ª, efectivamente, viene excluyendo de la aplicación del artículo 368 determinados supuestos de donación al familiar adicto³⁴⁹ cuando se limitan a cantidades mínimas y sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta de peligro para el bien

³⁴⁶ Vid. STS de 14 julio 1997 [RJ 1997/5591]. A la vista de tal doctrina, el Tribunal colige que en el presente caso no se cumplen los requisitos que permitirían la excepción del caso enjuiciado. En el supuesto no consta el síndrome de abstinencia y además el marido sigue un tratamiento de desintoxicación por los servicios médicos del Centro Penitenciario –por lo que no puede predicarse una finalidad altruista de la acusada. Asimismo no existe un consumo *inmediato* ante quien hizo la entrega – por lo que el requisito de inmediatez no concurre- y tampoco se contempla el requisito de que la cantidad de sustancia estupefaciente que se pretendía introducir sea ínfima (tres papelinas de heroína de un gramo y una riqueza del 42%. En igual sentido se pronuncia la Resolución 1235/1995, de 11 diciembre [RJ 1995/9236], sobre la entrega de droga a un familiar en un Centro de esta clase y la 14/1996, de 16 enero [RJ 1996/76], por el cónyuge para su esposo drogodependiente, porque “*no se pretendía con ello su deshabituación, ni siquiera evitar la angustia de un síndrome de abstinencia, pues el cónyuge se encontraba en un Centro Penitenciario donde podía ser debidamente atendido en la enfermería, y tratado por el médico con los métodos adecuados al síndrome padecido, como ocurre no en otros casos*”. Por lo expuesto el motivo es inadmitido.

³⁴⁷ Vid. STS de 11 junio 1997, núm. 837/1997. [RJ 1997/5600].

³⁴⁸ Vid. STS de 20 enero 2003, núm. 1981/2002. [RJ 2003/927].

³⁴⁹ Vid. SSTS de 12 septiembre 1994 [RJ 1994/7204] y 3/1995 de 12 enero [RJ 1995/130].

jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro. A esta restricción se llega desde la doble consideración del análisis de la estructura típica y del principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Tratándose de un delito de peligro –aún cuando sea abstracto- dicho peligro, como riesgo de futura lesión del bien jurídico, debe contenerse en la acción, quedando excluidas aquellas totalmente inadecuadas para lesionar o poner en peligro –aún potencialmente- la salud pública³⁵⁰.

Lo que se sanciona es la puesta en peligro del bien jurídico, razón por la cual deben de quedar excluidas de la punición por este delito aquellas conductas en las que, aún cuando aparentemente se realice la conducta típica, por las especiales o excepcionales circunstancias que concurren en el caso concreto, puede excluirse totalmente la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido.

En este ámbito se ha hecho referencia en reiteradas sentencias del TS al *principio de insignificancia: cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo*³⁵¹.

El objeto del delito debe tener un límite cuantitativo y cualitativo mínimo, pues como establece la Sentencia de 28 octubre 1996 [RJ 1996/8569] “*el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su extrema nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirven de fundamento a la prohibición penal*”.

³⁵⁰ Vid. STS de 29 mayo 1993 [RJ 1993/4282].

³⁵¹ En este sentido, SSTS de 12 septiembre 1994 [RJ 1994/7204] (0,05 g. de heroína); de 28 octubre 1996 [RJ 1996/8569] (0,06g. de heroína); de 22 enero 1997 [RJ 1997/1271] (0,02 g. de heroína); de 22 septiembre 2000, núm. 1441/2000 [RJ 2000/8080] (0,03 g. de heroína y 0,10 g. de cocaína, sin poder concretarse el grado de pureza); de 11 diciembre 2000, núm. 1889/2000 [RJ 2000/10149] (0,02 g. de cocaína); de 10 diciembre 2001, núm. 1591/2001 [RJ 2002/6108] (una sola pastilla de buprex, sin constancia de su peso); de 18 julio 2001, núm. 1439/2001 [RJ 2001/6501] (compartir una dosis del tratamiento con metadona); y de 11 mayo 2002, núm. 216/2002 [RJ 2002/4737] (0,037 g. de cocaína).

Como señala la Sentencia de 11 diciembre 2000³⁵² “*esta Sala Segunda viene también declarando, incluso en casos de tráfico, que cuando la cantidad de droga es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno en la salud, carece la acción de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo*”.

Entre los supuestos excepcionales que el Tribunal Supremo ha considerado reiteradamente carentes de antijuridicidad y atípicos se encuentran *aquellas conductas de entrega altruista y sin contraprestación a familiares próximos o allegados adictos que se encuentran en prisión, de cantidades mínimas de drogas tóxicas con la finalidad de aliviar el síndrome de abstinencia a tales sustancias que los donatarios padecen*.

Esta doctrina ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva³⁵³, pues ha de conciliarse con la necesidad de evitar la eventual difusión de droga en los Centros Penitenciarios, por lo que únicamente resulta aplicable en supuestos mínimos, que sin llegar a la insignificancia que determina la atipicidad por falta de objeto, garanticen que la droga, por su cantidad y naturaleza, está destinada al consumo inmediato y exclusivo del destinatario por lo que no exista riesgo de transmisión a otras personas distintas del familiar al que iba destinada. No obstante el Supremo determina que ha de tenerse en cuenta que las eventuales crisis de abstinencia del donatario de la droga deben ser ordinariamente combatidas mediante el adecuado tratamiento médico en el propio Centro Penitenciario. Por consiguiente el TS acoge el criterio seguido en casos similares por esta Sala³⁵⁴, haciendo aplicación de una atenuante muy cualificada de parentesco.

La circunstancia mixta de parentesco establecida en el artículo 11 del ACP agrava o atenúa la responsabilidad, en atención a la naturaleza, motivos o efectos del delito. La jurisprudencia³⁵⁵ ha venido estimando que habrá que atender y valorar caso por caso

³⁵² Vid. STS de 11 diciembre 2000, núm. 1889/2000 [RJ 2000/10149].

³⁵³ Vid. SSTS de 15 abril 1998, núm. 527/1998 [RJ 1998/3806]; de 20 julio 1998, núm. 985/1998 [RJ 1998/5998]; de 14 mayo 1999, núm. 789/1999 [RJ 1999/5396]; de 16 julio 2001, núm. 1453/2001 [RJ 2001/6870].

³⁵⁴ Vid. STS de 15 abril 2002, núm. 401/2002 [RJ 2002/5446].

³⁵⁵ Vid. SSTS de 24 diciembre 1954 [RJ 1954/2987], de 18 junio 1955 [RJ 1955/2116], de 15 septiembre 1986 [RJ 1986/4674], de 24 abril 1989 [RJ 1989/3508], de 8 febrero 1990 [RJ 1990/1299], de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379], de 15 junio 1994 [RJ 1994/4958], de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363] y 14 febrero 1995 [RJ 1995/819].

para saber si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche social o es irrelevante.

En relación con los delitos contra la salud pública se ha estimado inaplicable la circunstancia de parentesco por no existir agraviado en tal tipo de delitos –que atenta contra un colectivo indeterminado- y no puede apreciarse por tanto relación de parentesco o de otra naturaleza con el agraviado³⁵⁶, pero, sin embargo la Sentencia de 20 abril 1993³⁵⁷ sí apreció la circunstancia de parentesco o convivencia como atenuante, en el caso de suministro de droga a la persona que padecía síndrome de abstinencia por parte de su pareja de hecho³⁵⁸.

Lo que es indudable es que en el supuesto de autos el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria –aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente.

En la Sentencia núm. 887/1993³⁵⁹ el Tribunal Supremo pone de manifiesto que como se deduce claramente del propio tenor literal del artículo 344 del CP, el bien jurídico protegido por el tipo penal que en el mismo se describe lo constituye la *salud*

³⁵⁶ Vid. STS de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133] y ATS de 29 noviembre 1995 [RJ 1995/8878].

³⁵⁷ Vid. STS de 20 abril 1993 [RJ 1993/3162].

³⁵⁸ En sentido contrario se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 mayo 2003, núm. 781/2003. [RJ 2003/4278]. Para discernir respecto a la aplicación de la agravante de parentesco el Supremo señala que “*resulta determinante analizar la naturaleza jurídica de la figura delictiva a la que se pretende aplicar dicha circunstancia... el delito contra la salud pública es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de alguna de las acciones incluidas en el precepto penal, resultando indiferente a los efectos de la calificación la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la persona que, finalmente, consume la droga objeto del tráfico ilícito, precisamente porque en esta figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptadora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma, por lo que los resultados dañosos que dicho consumo produzca en el consumidor del producto queda extramuros del marco del tipo penal.*

En este sentido debe subrayarse que la circunstancia de parentesco opera como agravante en los delitos que tienen un contenido de carácter eminentemente personal, por lo que parece claro que carece de tal eficacia agravatoria en el caso de figuras delictivas que no protegen un bien jurídico individual, como lo demuestra el hecho de que no se ha aplicado el art. 23 CP en los numerosos supuestos de la donación de la droga entre personas unidas por vínculo parental previsto en el mencionado precepto...”.

³⁵⁹ Vid. STS núm. 887/1993. [RJ 1993/3162].

de las personas, en su consideración global o –como dijo la STS de 4 julio 1967 [RJ 1967/2895]- *la salud pública universal*.

El delito de tráfico de drogas responde a la estructura de los llamados *delitos de peligro abstracto*, cuya punibilidad tiene su origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas. No requieren, por tanto, estos delitos ningún resultado lesivo concreto. Ello no obsta a que las conductas individuales afecten a personas concretas. Y, en este sentido, no cabe discutir que la salud potencialmente afectada por la conducta del acusado era –en el presente caso- la de su compañera sentimental, con la que vivía habitualmente³⁶⁰. En este sentido podría considerarse agraviada a la misma por la conducta del acusado.

Por otra parte, el Tribunal sostiene que no cabe hablar tampoco de doble valoración de un mismo sustrato fáctico, desde la perspectiva de dos circunstancias de atenuación de la responsabilidad criminal. Por cuanto, al apreciar el Tribunal de Instancia la concurrencia de la circunstancia mixta del art. 11 del CP, el mismo ha tenido en cuenta sustancialmente la relación de afectividad que unía al acusado y a su compañera. En tanto que para apreciar la atenuante de “*estado pasional*”, la Audiencia ha tenido en cuenta fundamentalmente el estado en que el acusado vio a su compañera, encerrada en casa de sus padres, tratando de deshabituarse del consumo de drogas, bajo el síndrome de abstinencia y solicitando una dosis, lo que –según relato de hechos probados- perturbó gravemente el ánimo del acusado. Se trata en consecuencia –sigue el Supremo- de dos hechos distintos (la relación personal que les unía, en el primer caso, y el lamentable estado en que se encontraba la mujer bajo el síndrome de abstinencia, en el segundo). Todo ello, con independencia de la posible incidencia de la relación personal de afectividad en la perturbación anímica del acusado, que, en modo alguno, puede confundirse con la causa principal de ésta que, como ha sido dicho, fue la contemplación del lamentable estado en que se encontraba su compañera y el hecho de que ésta le pidiera ayuda. Concluye el TS afirmando que “...*La circunstancia mixta del*

³⁶⁰ El Tribunal de Instancia dice en el fundamento jurídico 3º de la Sentencia recurrida que es de apreciar, “*como atenuante del artículo 11 del CP, la de hallarse ligado, de forma permanente, el acusado y la destinataria de la heroína por una relación de afectividad análoga al matrimonio...*”, por cuanto dicha vinculación “*no fue inocua o jurídicamente irrelevante, sino porque, por el contrario, operó como un elemento éticamente positivo que, por mor del afecto personal, influyó en el desencadenamiento del hecho delictivo*”.

artículo 11 del CP, como es bien sabido, se fundamenta en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del acusado, en atención a la relación personal existente entre el mismo y la persona agraviada. En el presente caso, no cabe la menor duda que la relación existente entre el acusado y su compañera implica un menor desvalor de la conducta del primero, que si la misma hubiera tenido lugar con personas extrañas”.

La STS de 14 julio 1997³⁶¹ estima que si no la absolución por exclusi3n de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad en el delito imputado, s3 debe apreciarse en la ejecuci3n del mismo una atenuante, basada en el parentesco de la acusada con el destinatario de la droga, por analog3a con la circunstancia mixta de parentesco al amparo del n3m. 10 del art. 9º del CP, en relaci3n con el 11 del mismo Cuerpo Legal. La circunstancia mixta de parentesco establecida en el art3culo 11 del CP, agrava o aten3a la responsabilidad, en atenci3n a la naturaleza, motivos o efectos del delito. La jurisprudencia ha venido estimando el parentesco como agravante en los delitos contra las personas, pero ha entendido que en cada caso habr3 de valorarse si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche social o es irrelevante.

En relaci3n con los delitos contra la salud p3blica se ha estimado inaplicable la circunstancia de parentesco en Sentencia de 6 julio 1992 y Auto de 29 noviembre 1995³⁶², por no existir agraviado en tal tipo de delitos –que atenta contra un colectivo indeterminado- y no poder apreciarse por tanto relaci3n de parentesco o de otra naturaleza con el agraviado, pero la Sentencia de 20 abril 1993³⁶³ s3 apreci3 la circunstancia de parentesco o convivencia como atenuante, en el caso de suministro de droga a la persona que padeci3 s3ndrome de abstinencia por parte de su pareja de hecho.

Por esta causa, indubitadamente en el supuesto de autos el acto de tr3fico de drogas merece menor reproche social por la relaci3n de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera *una motivaci3n altruista o humanitaria de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, s3lo por proporcionar un alivio moment3neo a la drogadicci3n de un pariente.*

³⁶¹ Vid. STS de 14 julio 1997, n3m. 1032/1997. [RJ 1997/5591].

³⁶² Vid. STS de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133] y Auto de 29 noviembre 1995 [RJ 1995/8878], respectivamente.

³⁶³ Vid. STS de 20 abril 1993 [RJ 1993/3162].

Tal disminución del reproche social debe traducirse en la apreciación de una atenuante análoga a la de parentesco, que el Tribunal Supremo estima como muy cualificada.

La STS de 15 noviembre 1996³⁶⁴ analiza el no haber aceptado la Sala la existencia de la atenuante de parentesco que prevé el artículo 11 del ACP.

En cuanto a la pretendida aplicación del artículo 11 del CP anterior en su faceta atenuatoria de la responsabilidad criminal, la Sala justifica su no aplicación por varios motivos entre los que cabe destacar el de que *esta circunstancia mixta, de indiscutible difícil interpretación, suele servir de agravación en los delitos contra las personas y de atenuante en los delitos contra la propiedad, debiéndose entender incluidos en el primer grupo los que atentan contra la salud pública*; se dice, así mismo, que no ha quedado probado que la autora del hecho efectuara entrega de la droga por piedad hacia su hijo... Sin embargo, el Tribunal entiende que el razonamiento para evitar la aplicación de esta circunstancia atenuatoria es mucho más sencillo y consiste de modo exclusivo en su propia naturaleza y definición que así lo impide en cuanto que, *de una lectura detenida y de una interpretación lógica del precepto se infiere la necesidad ineludible de que el lazo de parentesco lo sea entre el sujeto activo de la acción y el agraviado por ella, de tal manera que cuando este sujeto pasivo lo sea un tercero no cabe hablar de atenuante, ni de agravante, pues no en balde el referido artículo 11 se cuida en indicarnos expresamente que es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad “ser el agraviado” cónyuge, persona unida por lazos afectivos, ascendientes, descendientes o hermanos.*

En el caso planteado, es claro que la droga iba destinada al hijo, quien no tiene la cualidad de sujeto pasivo de la acción delictiva (lo sería, en todo caso, la sociedad apreciada en su conjunto), por lo que ese precepto –concluye el Supremo– es de imposible aplicación. Esta decisión contradice a otros pronunciamientos en los que el Supremo, ante el mismo supuesto de hecho, esto es, entrega de droga a pariente por un sentimiento de piedad o *“cuando la acción ha sido llevada a cabo por el autor impulsado por compasión, caridad, motivos totalmente altruistas, opuestos*

³⁶⁴ Vid. STS de 15 noviembre 1996, núm. 883/1996. [RJ 1996/8207].

radicalmente a una finalidad de tráfico penada con el precepto sustantivo aplicado”, recurre a la atenuante analógica de parentesco. Estimamos que esta solución resulta más idónea, por lo que el Tribunal debería haber acudido al artículo 23 en relación con el 21.6ª CP.

La SAP de Tarragona de 20 octubre 1998³⁶⁵ en un supuesto de entrega de heroína a hermano interno en establecimiento penitenciario estima que concurre en la conducta del acusado la circunstancia mixta de parentesco con valor atenuatorio privilegiado prevista en el artículo 11 CPTR 1973 –art. 23 CP 1995-. Asimismo establece que *“En efecto, como se afirma en la STS de 11 junio 1997, resulta indudable que en supuestos como el que nos ocupa el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social. El hecho de que no se aprecien todos los marcadores excluyentes de la tipicidad no impide tomar en cuenta las particulares circunstancias indicativas de que con dicha entrega el inculpaado sólo pretendía –aún equivocadamente desde la valoración social y aséptica de lo más conveniente- proporcionar alivio o satisfacción a su hermano toxicómano internado en un Centro Penitenciario y que para ello, sin ánimo lucrativo alguna, se arriesgó a las consecuencias penales que ahora se enjuician. Ciertamente, tal marco de factores concluyentes permiten apreciar en la conducta una menor antijuridicidad material, entendida como desprecio del bien jurídico protegido, y, en esa medida, también una menor culpabilidad. Aminoración cuantitativa de los presupuestos del reproche que justifican una notable reducción de éste, a cuyo fin la vía atenuatoria se presenta adecuada”*.

De otra parte, la STS de 10 noviembre 1998³⁶⁶ estudia la aplicación de la atenuante analógica de parentesco que acuerda la Audiencia de Tarragona. El Ministerio Fiscal alude a la improcedencia de extender el vínculo parental más allá de lo previsto en el artículo 23 lo que le lleva a la imposibilidad de apreciar situaciones analógicas en relación a la circunstancia de parentesco sino por la inexistencia de relación afectiva estable entre ofensor y ofendido que pudiera ser análoga a la de ascendiente con descendiente. En efecto el artículo 23 se refiere a cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, para luego referirse a ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados del

³⁶⁵ Vid. SAP de Tarragona de 20 octubre 1998, Sección 2ª, núm. 572/1998. [ARP 1998/4782].

³⁶⁶ Vid. STS de 10 noviembre 1998, núm. 1365/1998. [RJ 1998/8271].

ofensor, en la medida que entre R. y R. no existe la relación de parentesco prevista en dicho artículo, no podría –en la tesis del Ministerio Fiscal- aplicarse nunca la atenuante por analogía de parentesco.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo no comparte este planteamiento sin perjuicio de que prospere el recurso por otros razonamientos relacionados con la inexistencia entre ambos de situación análoga a la de ascendiente y descendiente.

En relación a las *atenuantes por analogía del actual párrafo 6º del artículo 21* existe un consenso tanto doctrinal como jurisprudencial en el sentido de estimar que *la analogía debe referirse al fundamento de la circunstancia y no a sus elementos más o menos explícitos*. En tal sentido la STS de 9 marzo 1990³⁶⁷ tiene declarado que *“la atenuante solamente puede aplicarse a los supuestos que sin estar previstos, tengan cierto parecido, análoga significación a los enumerados en este artículo, pero sin que quepan en este número los allí previstos pero no apreciables por la falta de los requisitos básicos para su estimación”*, concluyendo la Sentencia que: *“la diferencia de la analógicas con las genéricas previstas expresamente no es cuantitativa sino cualitativa”*.

Más recientemente la STS de 10 febrero 1997³⁶⁸ afirma en relación a la misma cuestión que *“la atenuante del número 10 del artículo 9 del antiguo CP, equivalente al número 6 del artículo 21 del NCP, excluyendo la identidad con cualquier concreta atenuante, exige una razonable semejanza de representación del valor o sentido de alguna de ellas”*, y en tal sentido, la jurisprudencia ha aceptado como atenuantes analógicas la devolución en momento extemporáneo de lo ilegítimamente tomado, la psicopatía, la prepotencia paterna, la propia enajenación que recoge la sentencia o incluso la evolución jurisprudencial del arrepentimiento espontáneo que ha tenido su expresión legal en el vigente Código Penal dando vida a las circunstancias autónomas de auxilio y colaboración a la justicia con eliminación de la nota moralizante del arrepentimiento³⁶⁹.

³⁶⁷ Vid. STS de 9 marzo 1990. [RJ 1990/2442].

³⁶⁸ Vid. STS de 10 febrero 1997. [RJ 1997/1550].

³⁶⁹ Se prima la naturaleza objetiva de colaboración con la justicia, y por otro lado se da vida a la atenuante de reparación del daño causado a la víctima.

Todas las reflexiones que preceden llevan al Tribunal a la conclusión de que por la vía de *la atenuante analógica de parentesco, ésta podría tener relevancia jurídico penal entre personas no unidas por vínculo de parentesco siempre que se acredite una situación análoga a la predicable entre parientes, es decir, siempre que constase en los hechos probados una situación entre víctima y agresor en todo análoga a la que pudiera existir entre parientes en cuanto a una comunidad de afectos y vivencias de carácter estable*³⁷⁰.

En el mismo sentido la SAP de Cantabria de 22 marzo 2000³⁷¹ analiza si puede apreciarse directamente el parentesco –configurado como circunstancia mixta, prevista en el artículo 23- como atenuante, y ello por vía analógica, es decir, poniendo en una relación el artículo 23 con el artículo 21 núm. 6. Advierte el Tribunal que este último precepto alude textualmente a “*cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores*”³⁷². La regulación del parentesco fuera del artículo 21 no obedece a razones de fondo sino a la pura razón de sistemática formal, de situar tras las atenuantes y agravantes una circunstancia que puede atenuar o agravar, y es voluntad del artículo 21 comprender a todas las atenuantes descritas por el legislador. En definitiva *no existe en el supuesto de hecho ese análogo fundamento o razón de ser, semejanza o equivalencia de sentido intrínseco. Como se ha declarado reiteradamente y es comúnmente admitido, el principio de culpabilidad y de proporcionalidad exigen que la pena debe verse necesaria y proporcionalmente atenuada si por cualquier circunstancia no expresada en los números anteriores del artículo 21 núm. 6 –y también art. 23- el injusto del hecho, la culpabilidad del autor o la necesidad de pena está aminorado en el caso concreto.* Además como ha sido indicado por el Tribunal

³⁷⁰ Por esta razón el argumento del Ministerio Fiscal que reconduce el juego de la circunstancia de parentesco a la existencia entre ofensor y ofendido del vínculo parental en los términos que exige el artículo 23 no es motivo suficiente para rechazar la aplicación de la atenuante. Sin duda, es motivo suficiente la acreditada inexistencia entre ofensor y ofendido de una comunidad de afectos y cariño propia y análoga a la de los parientes en los términos del artículo 23, y en este sentido, el “*factum*” no deja lugar a dudas sobre la inexistencia de esta comunidad de afectos entre Raúl y Roberto. Raúl convivió con su madre y su compañero sentimental, pero con posterioridad se fue de la casa, aunque la seguía frecuentando para visitar a su madre y hermana, y lo que resulta más relevante para el Tribunal, es que se afirma que existe un profundo resentimiento de Raúl frente a Roberto, afirmación que supone la inexistencia de una relación semejante o análoga a la que debiera existir entre ambos si su relación fuese equivalente a la que debe existir entre ascendiente y descendiente y en esta situación desaparece el fundamento de la aplicación de la atenuante.

³⁷¹ Vid. SAP de Cantabria de 22 marzo 2000, Sección 1ª, núm. 7/2000. [ARP 2000/1268].

³⁷² En los mismos términos se expresaba el artículo 9, núm. 10 del CPTR 1973.

Supremo³⁷³, la analogía o afinidad a la que se refiere la atenuante analógica se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, ni a la identidad de significado externo, sino a la semejanza de valor o de sentido con la atenuante con la que se pone en relación; de este modo, la análoga significación se ha de establecer a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto global, y la atenuante analógica se convertiría y vendría a constituir *una cláusula general de individualización de la pena que permite...proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor*, más que por la vía de una analogía formal con los supuestos específicamente contemplados, a través de una analogía formal con la idea genérica básica que informa a dichos supuestos.

Se pretende la aplicación analógica toda vez que Oscar ni siquiera es todavía pariente afín respecto a Ana. El elemento que obstaculiza su aplicación, a juicio de la Sala, no es tanto la admisión de esa convivencia estable de hecho entre Oscar y M^a Mar como asimilable o equiparable al parentesco por afinidad respecto a Ana M^a que existiría de haberse contraído ya, en el momento de producirse los hechos, el matrimonio entre la pareja –es decir, el elemento formal, objetivo del vínculo “*parentesco*”, aunque sea por analogía- cuanto el elemento subjetivo, en el sentido de material o de fondo cual es el relativo al afecto familiar³⁷⁴, cuya concurrencia ni de modo directo ni analógico ha quedado probada, sino más bien “todo lo contrario”.

El parentesco puede atenuar o agravar la responsabilidad criminal, atendiendo a las circunstancias particulares y realidad subyacente del caso³⁷⁵, en función de la naturaleza, motivos y efectos del delito. En el caso que ahora exponemos se pretende, como ha sido dicho, su aplicación como atenuante analógica, pero “*el parentesco se aprecia como atenuante cuando, dada la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, es menor la culpabilidad*”³⁷⁶; la relación de parentesco o análoga de afectividad supone también entonces *una mayor gravedad del desvalor de la acción, de lo injusto, pero se*

³⁷³ Vid. por todas SSTS de 22 febrero 1988 [RJ 1988/1223], de 15 septiembre 1993 [RJ 1993/8132] o de 4 marzo 1994 [RJ 1994/1693].

³⁷⁴ Vid. SSTS de 15 septiembre 1992 [RJ 1992/7155], de 14 octubre 1992 [RJ 1992/8190], de 15 septiembre 1993 [RJ 1993/6727], de 3 febrero 1995 [RJ 1995/869], de 9 febrero 1996 [RJ 1996/832], de 21 septiembre 1996 [RJ 1996/6927], de 23 septiembre 1996 [RJ 1996/6748], de 10 febrero 1997 [RJ 1997/1550] o de 6 octubre 1997 [RJ 1997/7017].

³⁷⁵ Vid. STS de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3629] o de 2 diciembre 1997 [RJ 1997/8835].

³⁷⁶ Vid. SAP de Cantabria de 13 junio 1996.

ve no sólo compensada sino superada por la menor gravedad de la culpabilidad, y por la menor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica, y en el caso de autos difícilmente puede hablarse de existencia todavía de una real y efectiva –ni tampoco análoga, semejante o equivalente- situación de afecto familiar, de afectividad propia de la relación familiar...³⁷⁷.

La SAP de Guipúzcoa de 5 mayo 1998³⁷⁸ establece que la circunstancia de parentesco, prevista en el artículo 11 del CPTR 73, en este caso opera como atenuante porque *“si la motivación del hecho punible fue ajeno a los lazos familiares... y cuando se ha roto el vínculo familiar por distanciamiento, enemistad, intereses contrapuestos (SSTS de 15 septiembre 1986 [RJ 1986/4674] y de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379]). Se ha acreditado que la relación entre el acusado y la víctima, aunque son hermanos por consanguinidad y del acusado con todos los demás hermanos estaba rota por unja serie de conflictos derivados de la herencia materna, es, por lo que dicha circunstancia debe ser apreciada, como atenuante.* Esta línea jurisprudencial contradice a otra reiterada en sendos pronunciamientos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en estos casos, esto es, enemistad manifiesta, distanciamiento, intereses contrapuestos, motivación del hecho punible ajeno a los lazos familiares, etc., considera que la circunstancia debe ser irrelevante pero en ningún caso actuará como atenuante.

³⁷⁷ Vid. SSTS de 10 octubre 1988 [RJ 1988/7722], de 5 octubre 1995, de 6 mayo 1997 [RJ 1997/3630], de 10 febrero 1998 [RJ 1998/1171] o de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809]. El Tribunal recuerda que Ana vivió desde hacía muchos años en el campo, en una especie de leñera que ella misma se había hecho en una pieza, tras habérsele quemado la casa de su propiedad; con anterioridad a los hechos, el acusado nunca se había preocupado por ella; ya desde el momento en que decide recogerla lo hace fría y previsoramente, con vistas al provecho económico que de tal situación puede obtener (y se compagina mal con el desprendimiento intrínsecamente unido al concepto de afecto): recuérdese que la pareja lleva a Ana a Santander donde pasan dos días viviendo a su costa, residiendo en el Hotel México, debiendo pagar Ana la cuenta del establecimiento así como los gastos derivados de la compra de la ropa también para el acusado, así como de un vídeo, una televisión, armarios, fianza del piso y pago de la primera mensualidad del piso que alquilan en el barrio de la Lombana, donde se trasladan a vivir, sin olvidar el trato que recibió Ana del acusado, una vez establecidos ambos, junto a M^a Mar, en el piso: abandono, práctica reclusión en una de las habitaciones de la casa, falta de atención también alimenticia, incluso Ana reconoció sentir miedo de Oscar y temer alguna represalia, lo que le contuvo a denunciar la desaparición a finales de agosto de 1996 del carnet de de identidad y Cartilla de Caja Postal, por lo que difícilmente puede hablarse –como hace la doctrina como determinante de la aparición de los efectos jurídicos atenuatorios del parentesco- de la comunidad de intereses en el sentido de asunción de compromisos sobre objetos, bienes o actuaciones que, a juicio de los intervinientes en ese marco de relaciones, resultarán de común conveniencia a los miembros del grupo; en definitiva, difícilmente puede pensarse que, en este caso, exista una disminución de la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

³⁷⁸ Vid. SAP de Guipúzcoa de 5 mayo 1998, Sección 2^a, núm. 2002/1997. [ARP 1998/1501].

III. ¿Cuándo la circunstancia es irrelevante?. Criterios doctrinales y jurisprudenciales

Como ha sido dicho en los epígrafes anteriores el parentesco puede agravar o atenuar la responsabilidad penal del autor pero también puede resultar inocuo o irrelevante al hecho delictivo. Tradicionalmente la jurisprudencia ha considerado que la circunstancia mixta de parentesco había de aplicarse como agravante en los delitos que tienen un carácter personal mientras que en aquellos en los que predomina su significación patrimonial debe aceptarse como atenuante³⁷⁹. Sin embargo, esta especie de separación tan tajante entre esas figuras delictivas ha sido sometida últimamente a revisión, de manera que a través del examen del caso concreto, se pueda llegar no sólo a aplicar la agravación o atenuación, sino también a no aplicar esta circunstancia de modo alguno.

Así la Sentencia de 30 abril 1997 [RJ 1997/4537] expone que el artículo 23 requiere no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino también la afectividad, no debiendo entrar en juego el precepto por irrelevante, *“no sólo cuando la víctima fuere provocada o causante de la comisión del ilícito, sino también cuando la relación entre agresor y ofendido se encuentre rota por ausencia de la afectividad”*.³⁸⁰

La STS de 20 mayo 2000³⁸¹ somete a enjuiciamiento resolver la indebida aplicación del artículo 23 CP en cuanto la Sala de Instancia aplica este precepto en su vertiente de atenuante y el Ministerio Fiscal alega que debería haberse aplicado como agravante.

³⁷⁹ Vid. SSTS de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644] y de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133].

³⁸⁰ Como antecedente de esta idea de lo *“indiferente”* cabe reseñar la STS de 5 octubre 1995. En este mismo sentido vid. También la Sentencia más reciente de 19 abril 2000 [RJ 2000/3714]. Asimismo la SAP de Baleares de 16 mayo 2000, Sección 2ª, núm. 73/2000. [ARP 2000/1505] recuerda que *“...si bien concurre el elemento objetivo de parentesco por afinidad, al faltar el subjetivo, no puede aquella ser estimada. Tal circunstancia mixta puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito (artículo 23 del Código Penal), pero es evidente que las relaciones familiares eran muy tensas, que se habían citado pero nadie (siquiera las acusaciones) exponen los motivos subjetivos, por lo que no se desatendía, sólo por esos hechos, la relación afectiva, pero resultando en este supuesto la circunstancia indiferente...”*.

³⁸¹ Vid. STS de 20 mayo 2000, núm. 851/2000. RJ 2000/5205.

La Sala de Instancia considera que en estos casos la circunstancia mixta de parentesco ha de aplicarse como atenuante al existir o pervivir entre agresor y víctima el vínculo matrimonial, recogiendo para ello, no la doctrina jurisprudencial en sí misma considerada, sino la doctrina que se contiene en un voto particular relativo a la STS de 5 octubre 1995. En el caso sometido a enjuiciamiento el Tribunal admite que cuando ocurrió la agresión sexual de que se trata estaba constante el matrimonio entre agresor y agredida, pero no lo es menos que según los hechos probados había desaparecido completamente cualquier tipo de unión afectiva debido principalmente a las agresiones graves a que sometió el marido a la mujer en diversas ocasiones y, sobre todo, en la última descrita, causante de unas lesiones de relevante importancia. De ahí que, en base a la doctrina antes dicha, no puede hablarse realmente de parentesco a los efectos de esta circunstancia, que no deberá ser aplicada en ninguna de sus vertientes. En efecto el Supremo rechaza que entre en juego la circunstancia de parentesco tanto en su aspecto agravatorio como en su vertiente atenuatoria, esto es, el hecho delictivo llevado a cabo es, en definitiva, cometido como si de extraños se tratara, por lo que esta circunstancia resulta inoperante. No podemos estar de acuerdo con este planteamiento. Cometer una agresión sexual contra el cónyuge, aún cuando la relación se encuentre rota por ausencia de afectividad, es más grave que si el hecho criminal aconteciera entre extraños.

La pena encuentra su fundamento en la culpabilidad del autor por lo que ha de valorarse si es más culpable aquel que agrede sexualmente a su pareja, con independencia de que exista un vínculo jurídico, o a un pariente, que aquel que comete el mismo hecho criminal contra un extraño. Piénsese que a tenor de las exigencias de Derecho privado, éticas y morales de nuestra cultura las relaciones parentales están presididas por el principio de confianza y sujetas a una serie de derechos y deberes recíprocos, por lo que a pesar de que se haya perdido o de que no exista la “*afectio maritalis*” o de que el matrimonio esté quebrado, persisten una serie de deberes positivos hacia el cónyuge. Pero estos deberes no sólo están basados en ese mínimo que dicta el Derecho civil sino en el hecho de que cuando se delinque contra el cónyuge o pariente se transgrede el principio de confianza existiendo un aprovechamiento de ese vínculo para realizar la agresión. Es más culpable quien comete una agresión sexual contra su cónyuge que quien lleva a cabo esta conducta sin que exista ningún lazo parental con la víctima. El amor y el afecto son de difícil plasmación en afirmaciones fácticas. El Derecho no debe castigar más gravemente utilizando como argumento la

pérdida del amor o el afecto entre agresor y víctima por los tintes moralizantes que esto implica, pero sí debe modular la responsabilidad criminal en función de que exista un vínculo jurídico o no, las relaciones parentales se rigen por la confianza y respeto mutuos, ausente desde luego entre quienes se agreden entre sí, pero esto no es óbice para eximir de los derechos y deberes que integran las relaciones entre dos personas unidas por vínculos afectivos o parentales. A este planteamiento se le puede criticar que es excesivamente formalista y que siguiendo la tradición jurisprudencial la *afectio* es un requisito sine qua non entra en juego la agravante. No obstante si tenemos en cuenta que el fundamento no debe ser el afecto en el supuesto de que se pruebe que la relación estaba manifiestamente destruida, sino el aprovechamiento de esa relación, ya inexistente, para cometer el delito podrán disiparse las objeciones que se sostengan. Téngase en cuenta que el agresor en este círculo de relaciones parentales y afectivas conoce perfectamente a la víctima, sus hábitos, sus costumbres, sus debilidades, y va a utilizar toda esa información para la comisión del acto criminal. Esto no puede ser desconocido por el Derecho penal so pena de vaciar de contenido una circunstancia, que bien interpretada y aplicada va a ser extremadamente útil para determinar la responsabilidad penal del autor. Por consiguiente si existe *afectio maritalis* y se comete una agresión sexual contra la pareja o familiar, la circunstancia mixta de parentesco debe agravar. Pero si no existe ésta y se realiza la misma conducta criminal la relación parental deberá agravar si queda probado que el autor se aprovechó de esa situación personal que le vincula con la víctima para la realización del iter críminis. De no existir *afectio maritalis* y de no existir aprovechamiento de ese lazo que une a agresor y víctima, la circunstancia mixta será irrelevante. Nuestra postura sigue admitiendo que la agravante se proyecte en tres niveles a tenor del caso concreto, esto es, que agrave, atenúe o sea inoperante según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, pero este triple juego gira en torno a esta reinterpretación. Puesto que la circunstancia es mixta, el fundamento también ha de ser mixto: de una parte, el afecto o realidad subyacente de la relación; y, de otra el aprovechamiento de esa relación entre agresor y víctima, existente ya el afecto o no, para la realización del hecho delictivo.

De otra parte, la SAP de Barcelona de 25 abril 2000³⁸² recuerda que esta circunstancia puede operar como agravante, normalmente en relación con los delitos

³⁸² Vid. SAP de Barcelona, Sección 3ª, de 25 abril 2000, núm. 306/2000. [ARP 2000/1345].

contra la integridad física, como atenuante en los delitos patrimoniales, o bien carecer de efecto alguno. Asimismo estima que toda circunstancia agravante supone un plus de antijuridicidad, y toda atenuante una menor culpabilidad. Reconoce que el requisito objetivo es la relación de parentesco, que en este caso no ofrece duda alguna, y en cuanto a su apreciación nos dice el precepto que hay que atender a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, pues bien *valorando que el acusado lo que pretendía es que la hija volviera al domicilio familiar, donde existían problemas, y que no consiguió su propósito, la relación entre padre e hija no debe tener ningún valor en el presente caso.*

La SAP de Granada de 2 diciembre 1996³⁸³ estima como irrelevante la circunstancia mixta de parentesco e un caso de asesinato entre cónyuges con convivencia deteriorada en grado sumo. Se declara probado que al principio las relaciones eran normales de pareja, con una convivencia afectiva y sin situaciones traumáticas, para luego tornarse en continuas discusiones con fuertes reproches que llegaban a degenerar en agresiones mutuas hasta producirse, recíprocamente, lesiones leves, como arañazos y moratones. El día de autos ambos esposos estuvieron consumiendo diversas bebidas alcohólicas en bares cercanos a su domicilio; ya en él continuaron la ingesta hasta producir en los dos notoria influencia; como en otras ocasiones, comenzaron a discutir y dirigirse reproches; llegando a agresiones físicas sin resultado constatado; en esa situación, la mujer se encaminó al dormitorio para tomar una navaja de larga hoja, muy puntiaguda y cortante de diecisiete centímetros y veinte de empuñadura, mientras que el marido se echaba, recostado, en el sofá del salón; aquella, fuertemente alteradas sus facultades de entender y querer debido a su neurosis potenciada por la ingerencia de alcohol así como por la situación de conflicto, volvió al encuentro de su marido portando la navaja indicada que abrió mientras cruzaba el pasillo, ya en el salón, se dirigió a él, que continuaba en dicha posición, y, sin mediar palabra, le asestó un golpe con dicha arma fuertemente dirigido al tórax, penetrando unos doce centímetros en su interior que dio lugar a su muerte por parada cardio-respiratoria para shock hipovolémico, casi inmediata. Ante estos hechos la Audiencia considera no aplicable la agravante del artículo 23, mixta de parentesco, porque “...*su relación se había ido deteriorando en grado sumo, con continuas disputas y agresiones,*

³⁸³ Vid. SAP de Granada de 2 diciembre 1996, Sección 2ª, núm. 612/1996. [ARP 1996/1380].

debiéndose atender, como dice la STS de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363] a las circunstancias particulares del caso, y que no siempre es obligatoria su estimación agravatoria o atenuatoria, en este caso lo sería de aquella, pues puede estimarse como irrelevante, dada la real vivencia conflictiva de agresora y ofendido, aún convivientes bajo el mismo techo por regla general”.

CAPÍTULO IV: COMPATIBILIDAD DE LA CIRCUNSTANCIA CON OTRAS CIRCUNSTANCIAS Y CON DETERMINADOS DELITOS EN PARTICULAR

I. Compatibilidad con otras circunstancias: especial referencia al miedo insuperable.

Prats Canut³⁸⁴ advierte que desde la óptica criminológica parece demostrado que en el caso de las relaciones parentales el predominio de alguno de los miembros puede determinar la traslación de un sentimiento de miedo al resto de los parientes, lo cual plantea la compatibilidad entre ambas circunstancias.

Durante mucho tiempo se entendió que la eximente de miedo insuperable respondía a una hipótesis tripartita o trilateral, integrada por el que infunde el miedo, por el que lo sufre y realiza el mal, y por el ofendido, pero muy pronto se extendió la exención a la hipótesis bipartita, en la que el que infunde el miedo, mediante sus actitudes, termina por ser la víctima de la reacción del amedrantado, el cual reacciona ante los males que se le anuncian y avecinan, adelantándose o anticipándose a los mismos con la neutralización de quien profería tales males.

Piénsese por ejemplo que esta eximente puede entrar en juego en supuestos de violencia doméstica, donde la víctima se adelanta a su agresor, presa del miedo, del pánico y del estado de zozobra permanente en el que se encuentra sumida, y lo agrede llegando incluso a acabar con su vida³⁸⁵.

³⁸⁴ Vid. PRATS CANUT, J. M., “De la circunstancia mixta de parentesco” en *Comentarios...*, op. cit., pp. 292 y 293.

³⁸⁵ Podemos traer aquí a colación el caso que tuvo gran impacto en la sociedad española de M^a Teresa Moreno Maya “la Tani” que fue condenada a catorce años y ocho meses por matar a su marido tras haber sufrido malos tratos durante años. En los hechos probados se demostró que M^a Teresa disparó a su marido a “cañón tocante” mientras dormía. Esto significa que no se daban los requisitos que requiere la legítima defensa, sin embargo, el letrado que se encargaba de la defensa de la acusada bien podía haber planteado la eximente de miedo insuperable que, a nuestro juicio, va a entrar en juego en los supuestos de violencia doméstica en los que la víctima acaba con la vida de su agresor. Vid. OLMEDO CARDENETE, M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado *Haustyrann*” en *CPC*, núm. 82, Madrid, 2004, pp. 205 a 221.

El Tribunal Supremo a veces ha exigido que, el pavor sea de índole tal que, el sujeto activo quede galvanizado o paralizado, así como totalmente incapacitado para comprender y para querer. No hay que olvidar que la “vis compulsiva” requiere que reste al menos un mínimo de conciencia y de voluntad que permitan, al que sufre el miedo elegir entre una conducta lesiva y la abstención de obrar de modo contrario a derecho, siendo evidente, que si el miedo congela totalmente las facultades cognoscitivas o volitivas del sujeto activo, no se trataría de la presencia de una eximente, sino de total ausencia de culpabilidad por concurrencia de una causa de inimputabilidad.

De otra parte, deben establecerse las fronteras entre miedo insuperable y trastorno mental transitorio. El miedo debe ser *insuperable*, es decir, al que no podría sobreponerse el común de las gentes o la generalidad de las personas, equivaliendo a la imposibilidad de que, el sujeto que padece el miedo, se sobreponga al acoso psicológico.

En definitiva, resulta indubitado que en el seno familiar –y la violencia doméstica es un ejemplo paradigmático de ello- pueden producirse situaciones de miedo que impulsen a la ejecución de delitos, es justamente esta comprensión de la eximente, la que permite sostener que, a su vez, puede concurrir en el agente la conciencia de relación familiar, y que por tanto, no hace incompatible su toma en consideración conjunta.

Prats pone de manifiesto que dicha compatibilidad ya era admitida por nuestra jurisprudencia con anterioridad, a pesar de mantener una concepción más propia de la inimputabilidad que de la inexigibilidad de la circunstancia miedo, lo cual, afirma, era poco coherente y ahondaba en una concepción excesivamente formalista de la toma en consideración de la circunstancia de parentesco³⁸⁶.

³⁸⁶ El autor cita la STS de 29 junio 1990 [RJ 1990/7306] que condenaba por parricidio y venía a decir que: “*la acusada vivió una relativamente prolongada fase procelosa, durante la que se vio maltratada constantemente y amenazada de muerte por parte de su marido, sintiendo miedo a que éste ejecutara lo anunciado con tanta pertinencia, acreciéndose paulatinamente el estado de amedrantamiento hasta convertirse en verdadero pánico, que disminuyó su raciocinio y, sobre todo sus facultades de autodominio y autocontrol, lo que induce a estimar aplicable la eximente invocada, si bien con la condición de incompleta..., porque la serenidad con que procedió la recurrente, en el momento culminante de ejecución de los hechos, evidencia que si bien obró asustada y amilanada, trastornada y*

Deberá valorarse la medida en que dicho miedo condicionó el comportamiento en su toma de decisión, sin que caso de apreciarse como eximente completa, incompleta o atenuante, no pueda incorporarse el dato de parentesco.

II. Compatibilidad con determinados delitos en particular.

1. Con los delitos contra las personas.

1.1. El delito de homicidio: el mayor reproche de que se hace acreedor quien causa la muerte de persona con la que estaba unida por vínculos parentales, conyugales o afectivos.

La SAP de Baleares de 15 junio 1998³⁸⁷ en un caso de asesinato en el que el padre médico suministra mediante engaño a sus dos hijos fármacos de efectos hipnóticos para más tarde inyectarles otra sustancia causante de la muerte, estima que en su comisión es de apreciar la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, una vez averada en las víctimas la condición de descendientes del acusado (parentesco por consanguinidad en primer grado). Concurrente pues el requisito objetivo establecido en el precepto, y sin duda también el subjetivo (que radica en el conocimiento que el agente debe tener de los lazos parentales que le ligan con las víctimas). Decididamente habrá de operar aquí dicha circunstancia mixta en su consideración de agravante, atendida la naturaleza, los motivos y efectos del delito: la índole de la infracción perpetrada o, especialmente, el bien jurídico contra el que el acusado atentó (la vida), es de aquellas a las que el Tribunal Supremo insistentemente ha atribuido efectos agravatorios (delitos contra las personas); la motivación del hecho punible, no fue ajena a los lazos familiares ni obedeció el delito a razones extrañas al orden parental, sino que, por el contrario, estuvo íntimamente ligada al afecto y *representación de los deberes morales que el parentesco directo consanguíneo determina sin duda*, siendo de ello expresivo los móviles que el propio

obnubilada, por el temor que sentía a perder la vida a manos de su marido, tal temor, siendo intenso, no fue nunca insuperable, ni impidió la adopción de otras medidas de preservación menos extremas que la finalmente adoptada”.

³⁸⁷ Vid. SAP de Baleares de 15 junio 1998, Tribunal del Jurado, núm. 156/1998. [ARP 1998/3143].

acusado refiere en la carta dirigida a la Jefatura de Policía (decisiones erróneas de la Justicia respecto del trato con los niños; la perspectiva de no tener nunca más una vida ordenada, ni sólo ni aún menos con los niños; la desidia que demostraron los Organismos Oficiales, especialmente el Tribunal Tutelar de Menores de Offenburg respecto al bienestar de los niños, y mi responsabilidad frente a los niños, que son tiranizados por su madre, sin que pueda yo hacer nada en contra); y finalmente, los efectos del delito, entendidos no como resultado del hecho punible, sino como consecuencias desencadenadas por la infracción, no pueden ser más evidentes, pues rotas quedan ya por el dolor, irremisiblemente, dos familias que sin duda celebraron gozosas el nacimiento de dos descendientes comunes. *El desvalor de la conducta es inmenso, y en tal sentido el parentesco habrá de operar como circunstancia agravante.*

La SAP de Barcelona de 11 marzo 1996³⁸⁸ estima que concurre la agravante de parentesco en un caso de lesiones causadas por el hijo a su padre. Se declara probado que el procesado comenzó a registrar los cajones y muebles de una de las habitaciones del domicilio familiar, siendo preguntado por las razones de su conducta por su padre. Entonces se entabló un forcejeo entre ambos que culminó con la caída del procesado al suelo, el cual, tras incorporarse, se dirigió rápidamente hacia la cocina donde se proveyó de un cuchillo-machete de unos veintiún centímetros de longitud, de los cuales trece centímetros corresponden a la hoja, hecho éste que fue presenciado por su madre, preocupada por la actitud violenta y agresiva de su hijo, intentó evitar que saliera de nuevo de la cocina armado con el cuchillo. Ante ello, el procesado saltó por el lavadero por el exterior de la vivienda y volvió a penetrar en su interior a través de la puerta principal, que se encontraba abierta, y, esgrimiendo el cuchillo-machete, se dirigió directamente al encuentro de su padre, el cual, ante la inminencia de la agresión intentó repelerla golpeando a su hijo en la cabeza con un jarrón a pesar de lo cual no pudo impedir que el procesado le propinara una puñalada en el hemitórax izquierdo, zona corporal de riesgo vital. La Sala estima que concurre la circunstancia agravante de parentesco recogida en el art. 11 ACP dada la naturaleza de dicho delito y la relación paterno filial entre agresor y agredido.

³⁸⁸ Vid. SAP de Barcelona de 11 marzo 1996, Sección 2ª, núm. 5504/1994. [ARP 1996/166].

La SAP de Baleares de 6 noviembre 1995³⁸⁹ declara probado que el procesado, se haya en la firme creencia de que es objeto de una suerte de complot entre su esposa y cuñado para que abandone el domicilio conyugal, culpando a su cuñado de la pérdida de su posición de *pater familiae* e incluso de facto, de su condición de esposo, llegándole a atribuir relaciones incestuosas con su mujer. El concreto día de autos el procesado se desplaza sin la compañía de su esposa para ser examinado por el psiquiatra, interpretando el hecho de que su mujer acompaña a su cuñado a otros menesteres menos importantes, como nuevo signo de su común repudio hacia su persona. Cuando regresa el cuñado al domicilio familiar coge un hacha y aprovechando que éste se encuentra agachado le atiza con el mango para, seguidamente, ya aquel de pié, le da un hachazo en el brazo y otro en la cabeza, este último ya en el suelo la víctima. Ambas acusaciones estiman concurrente la agravante de parentesco núm. 11 del ACP, circunstancia mixta que incrementa o disminuye el desvalor de la conducta del agente, en atención a la relación existente entre el mismo y la persona agraviada. De ahí –señala la Sala- que su apreciación no puede acomodarse a reglas fijas, sino en atención a las circunstancias particulares del caso puestas en relación con los criterios que a tal fin, recoge el precepto: dos de carácter objetivo, relativo a la naturaleza y efectos del delito, y otra de carácter subjetivo, que hace referencia a los motivos del delincuente. Conjugando todas ellas podrá llegarse a determinar si la concreta relación familiar ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena, o incluso, si debe ser considerada irrelevante. La Sala no estima su concurrencia en calidad de agravante basándose en el declarado distanciamiento y aversión por la permanente presencia del hermano político en el ámbito familiar que le venía impuesta por razones coyunturales derivadas de la enfermedad que éste padecía. Por consiguiente “ningún vínculo positivo pues se sobreponía al presupuesto parental por afinidad que posibilitara, hoy, agravar la responsabilidad del procesado”.

De otra parte la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 abril 1995³⁹⁰ en un caso de asesinato en el que el autor apuñala por la espalda de forma sorpresiva a la víctima, considera que en la realización del expresado delito no ha concurrido la agravante mixta de parentesco del art. 11 del ACP, “pues los vínculos de afectividad familiar se encontraban evidentemente deteriorados entre la víctima y el acusado, por todo el

³⁸⁹ Vid, SAP de Baleares de 6 noviembre 1995, Sección 1ª, núm. 133/1995. [ARP 1995/1228].

³⁹⁰ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 abril 1995, Sección 2ª, núm. 46/1994. [ARP 1995/589].

acontecer de las agresiones del primero respecto a su esposa, hija del segundo, lo que en el caso enjuiciado, no cabe acogerla en ninguna de sus modalidades, es decir, ni como agravante, y por supuesto, tampoco como atenuante”.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 enero 1995³⁹¹ admite que los hechos declarados probados no son legalmente constitutivos ni del delito de asesinato frustrado del antiguo art. 406.1º ni del de homicidio frustrado del también derogado 407 del ACP y si del delito de lesiones del art. 421, párrafos primero y segundo del mismo Cuerpo Legal, al no existir en la intención del acusado un “*animus necandi*” y sí, el más leve, de lesionar³⁹². En el caso de autos, aunque entre ambos hermanos existían malas relaciones, y la agresión se efectúa con arma de fuego, lo que generalmente suele revelar intención de matar, “*es lo cierto que, un disparo con escopeta y perdigones del cuatro y el cinco, a distancia superior a 16 metros, en dirección a un plano superior, realizado por quien, al ser experto cazador, es perfecto conocedor del alcance del disparo y de la efectividad del mismo, sabe que, si bien puede producir importantes lesiones, según la consistencia del órgano que reciba los perdigones, nunca va a generar la muerte de la víctima, pues es consciente de que, con tal munición, hábil solamente para caza menor, no puede producir penetración en ninguna parte del cuerpo que determine la muerte de la persona que recibe el disparo, de forma que, de devenir ésta, solamente se debería a un factor de mala suerte; a ello se une que, el procesado, sabedor de lo que se termina de indicar, ni reduce la distancia a que se encuentra de la víctima, para hacer que el disparo pueda ser mortal, cuando así pudo, ni estando en el suelo su hermano, repite la agresión; todo lo cual conduce a excluir el ánimo de muerte y a afirmar el más leve de solamente lesionar”.* En la realización del expresado delito la Sala estima, a nuestro parecer de forma acertada, que concurre la agravante de parentesco del art.11 del ACP, que no la excluye el hecho de unas malas relaciones entre hermanos.

³⁹¹ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 enero 1995, núm. 2/1993. [ARP 1995/217].

³⁹² Reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo que siendo el “*animus*” un elemento psíquico, de la esfera interna del agente, para afirmar su existencia o excluirlo, se habrá de atender a elementos externos, como medio empleado en la agresión, reiteración en la misma, arma empleada, región del cuerpo hacia la que se dirige la agresión, importancia de la misma y comportamiento posterior a ésta del agente, así como las relaciones anteriores entre agresor y agredido, para que, de la combinación de todos pueda deducirse un propósito de producir la muerte o simplemente de lesionar, de más o menos importancia, al sujeto pasivo.

La SAP de Tarragona de 29 marzo 1994³⁹³ en un caso de asesinato de la compañera sentimental, estima no aplicable la agravante de parentesco del art.11 ACP, ya que se requiere según los términos de su propia redacción “*ser el agraviado cónyuge³⁹⁴ o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*”, estando acreditado que el acusado ni mantuvo una relación de afectividad semejante a la que se da en una relación estable, ni tampoco existió el elemento de permanencia que se precisa, tan sólo convivieron algo más de dos meses. Por ello y teniendo en cuenta el deterioro de la relación emocional de la pareja, no se aprecia la concurrencia de la agravante que precisa “*una previa relación convivencial estable basada –al menos inicialmente- en el mutuo cariño y respeto propios de la situación matrimonial*”.

La SAP de Madrid de 29 abril 2002 declara como hechos probados que con la firme intención de acabar con la vida de su esposa el acusado cogió de la cocina dos cuchillos, uno de tipo jamonero de 23 cms. y otro de 20 cms. de largo y 5 cms. de ancho, entró en el dormitorio donde se encontraba su esposa y le asestó cuatro puñaladas en la zona del tórax, dos de las cuales penetraron en el pulmón izquierdo provocando hemorragia pulmonar, otras cuatro puñaladas en la zona del hombro derecho y a continuación le dio un enorme corte en el cuello, de un lado a otro, produciéndole una profunda herida incisa que seccionó todas las estructuras blandas: músculos, tráquea, esófago, paquetes vásculo-nerviosos y sección completa de las dos arterias carótidas. Este tipo de heridas a todas luces son incompatibles con la vida. Hay que señalar que el acusado asestó las cuchilladas de forma súbita y sorpresiva, sin riesgo para él y privando a la víctima de cualquier posibilidad de defensa, situación, por otro lado, de la que se benefició al convivir con su esposa en el domicilio conyugal.

El Jurado considera que “*el acusado y la víctima formaban un matrimonio que realizaba vida en común, el día de los hechos habían estado juntos en unas clases de tenis, residían en el domicilio conyugal, acudían juntos a las reuniones familiares. Ello determina la concurrencia de la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal*”.

³⁹³ Vid. SAP de Tarragona 1994, Sección 2ª. [ARP 1994/391].

³⁹⁴ Acerca del uxoricidio o filicidio en el Derecho mejicano y extranjero, vid. CARRANCA Y TRUJILLO, R., *Las causas que excluyen la incriminación. Derecho mexicano y extranjero*, Méjico, 1944, pp. 307 a 319.

La STS de 3 octubre 2002 declara como hechos probados que A estaba casado con E, de esta unión nacieron dos hijos gemelos, la convivencia entre los esposos fue muy difícil con frecuentes discusiones y enfrentamientos, existieron nueve denuncias por malos tratos del marido hacia la mujer, aunque siempre concluyeron con sentencias absolutorias por la incomparecencia al juicio de la denunciante. En 1998 hay sentencia de separación judicial, pese a la cual siguen conviviendo juntos con una relación de afectividad semejante a la que puede existir en un matrimonio normal, salvo algún periodo de separación, hasta poco antes de los hechos en que se había interrumpido la convivencia. No obstante tal separación, el día 6 de marzo de 2000 se juntaron en el domicilio que antes había sido el conyugal, ella preparó la comida, comieron juntos y después tuvieron una relación sexual, tras la cual, en el curso de una nueva discusión, A golpeó a su mujer en el rostro y con su mano derecha le apretó fuertemente el cuello manteniendo la presión hasta que falleció.

La Sala Segunda estima que la sentencia dictada en apelación razona bien acerca de la subsistencia entre los cónyuges de una relación que, aunque dificultosa e interrumpida en ocasiones, revela la subsistencia de alguna relación de afectividad, afirmada expresamente en los hechos probados, que sitúa el presente caso muy lejos de aquellos en que, según la doctrina reiterada de esta Sala, pese a existir formalmente el vínculo matrimonial, por cese más o menos definitivo y reiterado en el tiempo, ha desaparecido de hecho toda relación matrimonial.

En este sentido, la doctrina jurisprudencial general es que en estos casos de delitos de homicidio o lesiones ha de aplicarse la circunstancia mixta de parentesco como agravante.

Por excepción, en casos de separación del matrimonio, cuando se ha producido ya un cese largo de la convivencia sin relación alguna de carácter conyugal, de modo que puede hablarse de una falta total de afecto, no puede operar esta circunstancia, que tiene su fundamento, no en la subsistencia formal del vínculo jurídico entre los esposos, sino en la existencia de alguna relación propia de las personas que de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza estas uniones.

Y esta relación existía en el caso presente entre A y E, como pone de manifiesto el relato de hechos antes aludido. En efecto, el mismo día de los hechos, pese a que llevaban un corto periodo de tiempo viviendo cada uno en su casa, ella acudió al domicilio de él, preparó la comida que compartieron los dos, tuvieron relaciones sexuales y tras ella se produjo la brutal agresión que acabó con la vida de la mujer. El Tribunal Supremo considera que fue bien aplicado el art. 23 en su vertiente agravatoria.

La STS de 17 junio 2002 entra a analizar si ha sido aplicado correctamente el art. 23 del CP en un caso de homicidio intentado. La parte recurrente afirma que la agravante de parentesco se aplica a pesar de que, según el relato de hechos probados, el procesado y la víctima contrajeron matrimonio civil, manteniendo frecuentes discusiones conyugales que determinaron la formulación por ambos de denuncias, convivencia conyugal que se interrumpió y que reanudaron días antes de los hechos.

La parte recurrente, asimismo, sostiene que la situación descrita pone de manifiesto que la relación de afectividad que habían mantenido el acusado y la víctima se había roto con anterioridad al momento de producirse la agresión y afirma que es indudable que del hecho de que los cónyuges llevaran cerca de diez meses viviendo separados lo único que cabe deducir es la desaparición de la relación afectiva.

La Sala de Instancia, por su parte, estimó que debía apreciarse la concurrencia de la circunstancia de parentesco entre el agresor y la víctima por razón de la relación matrimonial existente entre ellos y por la concurrencia del afecto marital entre ambos, poniendo de manifiesto que la jurisprudencia ha entendido que dicha relación afectiva no se rompe por la existencia de frecuentes discusiones entre los cónyuges ni cuando la pareja no ha roto la convivencia; y, a este respecto, pone de relieve que, en el presente caso, no hubo desafección total, pese a haberse roto la convivencia matrimonial, por cuanto la esposa mantuvo contactos con su esposo durante el tiempo que éste permanece en prisión, llegando a reanudar la vida en común en la pensión donde el acusado vivía, estando además celebrando juntos el cumpleaños de la esposa cuando, precisamente por negarse ésta a acompañarle a la pensión, surge el ataque y agresión.

El Ministerio Fiscal sostuvo que no hay motivo alguno para dejar de aplicar la agravante cuestionada, por cuanto la reanudación de convivencia entre el acusado y su esposa es exponente de la permanencia de un vínculo de afectividad, que, pese a todo, se mantiene, al menos, hasta el momento del hecho, y porque, desde el punto de vista objetivo, la agravante de parentesco tiene también su fundamento en los especiales deberes de mutuo auxilio entre los cónyuges.

Nuestro Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 del CP) declarando que, como regla general, opera como agravante en los delitos que tienen un contenido de carácter personal y que su aplicación demanda no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad, por lo que no deberá apreciarse *cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida*, más, para que así sea, es preciso que la ruptura *tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental*³⁹⁵.

En el presente caso, el relato de hechos probados pone de relieve, de un lado, la existencia de una relación matrimonial entre el acusado y la víctima, al haber contraído matrimonio, y de otro, la existencia igualmente de una relación estable de convivencia entre ambos, pese a la separación que mantuvieron durante un cierto tiempo, por la permanencia del esposo en prisión, habiéndose reanudado la convivencia, con la particularidad de que el día de autos estaban celebrando el cumpleaños de la esposa en compañía de un amigo. Por todo ello el Tribunal concluye que *“es patente, pues, la concurrencia de los requisitos precisos para la estimación de la discutida circunstancia mixta de parentesco que, en el presente caso –por tratarse de un delito de lesiones– debe valorarse como circunstancia agravante...”*.

La STS de 6 febrero 2004³⁹⁶ declara como hechos probados que sobre las 21 horas del día 24-9-97, y en el domicilio familiar, se entabló una discusión por motivo indeterminado entre el acusado J y su hijo G. A continuación, se inició una violenta pelea y forcejeo entre ambos, durante la cual ambos contendientes emplearon una

³⁹⁵ Vid. SSTS de 6 julio 1992, de 30 abril 1930 y de 11 mayo 1996.

³⁹⁶ Vid. STS de 6 febrero, núm. 147/2004. [RJ 2004/2427].

navaja de hoja curva, propiedad del acusado, y un machete , propiedad de su hijo, resultando finalmente G, y a causa de la acción agresiva del acusado con uso de la navaja, con lesiones consistentes en perforación gástrica de unos 2 cms. de longitud, peritonitis post-operatoria y fisura hepática, con secuelas de pequeñas cicatrices, habiendo precisado las mismas puntos de sutura en las dos heridas penetrantes e intervención quirúrgica consistente en laparotomía exploradora, habiendo permanecido por todo ello 19 días de ingreso hospitalario, 60 días de incapacidad laboral y 60 días en curar de sus lesiones.

A su vez, el acusado resultó lesionado levemente presentando heridas incisas en su antebrazo izquierdo y hemitórax izquierdo así como erosión superficial en el primer dedo de la mano derecha, sin haber quedado determinado quién se las ocasionó ni el modo de hacerlo.

La Audiencia de instancia condenó al acusado como autor responsable de un delito de lesiones previsto en los arts. 147.1 y 148.1 CP, con la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria.

El fundamento jurídico segundo analiza la aplicación de la agravante de parentesco. En este sentido estima que la circunstancia mixta de parentesco descrita en el art. 23 del CP está fundada en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo.

En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el *plus de culpabilidad* que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación la agravante, pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de *homicidio pietatis* causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación.

En general, como hemos indicado en sendas ocasiones, los supuestos de aplicación de los que conoce la Sala Segunda del Tribunal Supremo se refieren a agresiones en el marco de una relación conyugal o de pareja de hecho³⁹⁷, pero también se han presentado supuestos de agresión entre hermanos u otros parientes³⁹⁸. Es en estos casos donde debe efectuarse una aplicación más cuidada de esta agravante *evitando un planteamiento automático de suerte que la vigencia de la agravante será –debe ser– la consecuencia de la relevancia que la misma ha tenido en relación al delito cometido.*

El Pleno General de Sala de 18 febrero 1994 incidió en la aplicación restrictiva de esta agravante, declarando su inaplicabilidad en supuestos de destrucción de hecho de la relación conyugal, doctrina que ha sido recordada recientemente en la STS de 4 junio 2001³⁹⁹, si bien en el caso enjuiciado la decisión fuera admitir la concurrencia de la agravante.

En definitiva el Tribunal estima que se trata de *verificar la existencia de una mayor reprochabilidad que incrementando la culpabilidad justifique una mayor punibilidad, pues en definitiva, la pena es la compensación de la culpa, y ello en una valoración caso a caso, pues el enjuiciamiento es un dato esencialmente individualizado.*

Desde esta doctrina, en el caso de autos se trata de una agresión que tiene las siguientes características:

- Es entre padre e hijo.
- Se desconoce quién inició la agresión.
- Se desconoce igualmente el motivo que la generó.

³⁹⁷ Vid. SSTS de 27 abril 2001, núm. 689/2001. [RJ 2001/3578]; 1986/2000 [RJ 2001/501]; de 20 junio 2003, núm. 907/2003. [RJ 2003/5715]; de 17 junio 2002, núm. 1165/2002. [RJ 2002/7599] y de 20 marzo 2002, núm. 556/2002. [RJ 2002/4935].

³⁹⁸ Vid. SSTS de 4 junio 2001, núm. 1025/2001. [RJ 2001/5614]; de 10 septiembre 2001, núm. 1556/2001. [RJ 2001/7279] y de 28 mayo 2001, núm. 971/2001. [RJ 2001/4570].

³⁹⁹ Vid. STS de 4 junio 2001, núm. 1025/2001.

-La agresión fue recíproca y ambos, padre e hijo esgrimieron armas blancas de semejante peligrosidad.

-Ambos resultaron lesionados si bien de muy distinta consideración, llevando la peor parte el hijo.

El Tribunal Supremo concluye que en esta situación, en la que se ignora si en el motivo de la agresión tuvo relevancia la relación de parentesco, y tampoco quien agrediera en primer lugar, parece más adecuado no tener en cuenta la concurrencia de la agravante de parentesco, pues no es suficiente para su concurrencia como agravante el sólo y objetivo hecho del parentesco como ya se ha razonado.

La STS de 28 noviembre 2003⁴⁰⁰ declara como hechos probados que el acusado I convivía desde aproximadamente unos tres años, como pareja de hecho, con M. L. El acusado y su compañera habían comprado una vivienda que constituiría su futuro hogar. Sin embargo, las relaciones entre el acusado y la víctima no iban bien desde hace tres meses, hasta el punto de que M quería acabar con la relación y había sugerido al acusado, aún con lástima, que abandonara la vivienda donde venían conviviendo. El acusado, por el contrario, pretendía mantener la relación.

El día víspera del 25 cumpleaños de M. L, encontrándose ambos en su domicilio, después de cenar surgió una violenta discusión entre ambos que duró hasta la una horas, momento en que M. L se retiró a dormir a una habitación. Entre las tres y las cuatro horas I se dirigió hacia la habitación donde su compañera dormía y le propinó un fuerte golpe en la parte izquierda del rostro, para de inmediato colocarse encima de ella, aturdida, poniéndole el acusado la mano derecha en la boca para que no pudiera pedir auxilio, mientras con la mano izquierda presionó con toda su fuerza el cuello de M. L hasta que ésta murió por asfixia, consiguiendo así el acusado su propósito.

I fue condenado como autor responsable de un delito de asesinato concurriendo la circunstancia agravante de parentesco.

⁴⁰⁰ Vid. STS de 28 noviembre 2003, núm. 1608/2003. [RJ 2003/9565].

La Sala 2ª del Supremo al estudiar la correcta aplicación del art. 23 CP en su vertiente agravatoria, considera, desde nuestra postura acertadamente, que el hecho de que se hubiera producido una desavenencia entre la pareja, pueda ser argumentado para la exclusión de la agravante.

La STS de 22 diciembre 2003⁴⁰¹ declara como probados los siguientes hechos: el acusado, J, se personó en el domicilio donde residían su esposa M. T y sus hijas G y M. C. Con ocasión de dicha visita se originó una situación tensa, que llevó a las tres mujeres a salir del rellano de la escalera de la vivienda, momento en el que el acusado sacó una navaja de unos 12 centímetros de hoja y unos 2,5 centímetros de ancho que llevaba escondida en el calcetín. Con la referida navaja asestó a su esposa, con ánimo de causar su muerte, varios golpes y navajazos, localizados muchos de éstos últimos en la parte anterior del tórax causando su muerte casi instantánea el navajazo que penetró en la cavidad torácica entre el primero y segundo espacio intercostal izquierdo, pues corta de forma completa la arteria pulmonar. J propinó a M. T 11 cortes o puñaladas y multitud de golpes violentos, entre ellos una patada que causó a ésta el arrancamiento del diente incisivo izquierdo central y del diente incisivo lateral superiores izquierdos, buscando con todo ello, además de la muerte, aumentar innecesariamente el dolor de la víctima.

Durante la agresión del acusado a su esposa las hijas del matrimonio G y M. C, intentaban proteger a su madre y evitar los golpes y navajazos que su padre le asestaba, resultando G con un corte en el tercer dedo de la mano derecha cuando agarró la navaja que portaba su padre. Tal herida precisó de una primera asistencia médica y de vacunación antitetánica, tardando en curar 10 días, con los mismos de impedimento para sus ocupaciones habituales, sin que le quedaran secuelas físicas por dicha herida.

La hija del matrimonio llamada M.C, al igual que su hermana G, al intentar a su madre de la agresión de su padre, resultó con una mordedura en el segundo dedo de la mano derecha causada por su padre. Tal herida precisó de una primera asistencia médica y de vacunación antitetánica, tardando en curar 10 días, con los mismos de impedimento para sus ocupaciones habituales, sin que le quedaran secuelas físicas por dicha herida.

⁴⁰¹ Vid. STS de 22 diciembre 2003, núm. 1749/2003. [RJ 2004/615].

Una vez producida la agresión a su esposa y causadas las heridas a sus hijas, el acusado entró en la vivienda y utilizando disolvente industrial inflamable que había traído esa misma tarde, prendió conscientemente fuego a la casa por dos focos diferentes, originando un riesgo de propagación a las demás viviendas del edificio y la consiguiente situación de peligro para sus ocupantes.

J resultó condenado como autor responsable de un delito de asesinato concurriendo las agravantes de parentesco y de abuso de superioridad y la atenuante analógica de leve limitación de su capacidad de autocontrol.

El fundamento jurídico tercero entra a analizar si ha sido aplicada indebidamente la circunstancia agravante de parentesco.

En este sentido, la Sala 2ª del Tribunal Supremo afirma que resultó probado que J y M.T estaban casados, no hallándose el matrimonio separado judicialmente, existiendo separación de hecho entre ambos desde hacía uno o dos meses aproximadamente. Igualmente quedó probado que el acusado entró en la vivienda utilizando las llaves que su esposa le había dejado durante el tiempo de la separación de hecho del matrimonio.

De tales hechos se infiere con claridad que las relaciones parentales entre el acusado y su mujer e hijas no habían desaparecido en el momento del suceso, aunque tales relaciones fueran distantes, por lo que *“necesariamente existían aún deberes morales y jurídicos recíprocos que conllevan, ..., a la aplicación de esta circunstancia modificativa en su vertiente agravatoria”*⁴⁰².

A ello hay que añadir que *“esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el cónyuge que así actúa, pues dada esa relación parental, que en realidad aún perdura, encuentra en la misma una mayor facilidad en la comisión del hecho y en la trasgresión del principio de confianza que ello supone”*⁴⁰³.

⁴⁰² Vid., entre otras, SSTS de 29 septiembre 1999 [RJ 1999/7055] y de 22 abril 2003 [RJ 2003/4676].

⁴⁰³ Vid. STS de 14 noviembre 2001 [RJ 2002/3485].

La STS de 13 febrero 2004⁴⁰⁴ contiene el siguiente hecho probado: el acusado P se casó con R y de esta unión nacieron dos hijas, A y M.

Aunque al principio las relaciones entre la pareja fueron normales pronto comenzaron a deteriorarse hasta el punto de que la convivencia había devenido imposible y la relación afectiva había desaparecido. No obstante, salvo en una ocasión no se habían producido malos tratos a la esposa quien en aquella única ocasión presentó una denuncia, que después retiró pues lo normal no eran los malos tratos sino discusiones más o menos acaloradas, motivadas por una disparidad de caracteres y de forma de entender la vida sobre todo porque P era una persona muy hogareña y prefería quedarse en casa en lugar de salir por las noches con su mujer y los amigos, que era precisamente lo ella pretendía y así lo manifestó en el acto del juicio al afirmar que su marido vivía sólo para trabajar, en su profesión de albañil, entregando a la esposa la totalidad de lo que ganaba.

La situación de desavenencia ya descrita fue acentuándose con el paso del tiempo hasta el punto de que en marzo de 2002 se iniciaron los trámites para llegar a una separación de mutuo acuerdo. R se había marchado a casa de un hermano para posteriormente instalarse en un piso próximo a la vivienda conyugal.

El 17 de marzo 2002, por la tarde, el procesado acudió a su domicilio para llevar a su esposa un documento relacionado con la separación matrimonial en trámite pero ésta no se hallaba en su domicilio encontrándose sólo su hija M pues su madre había ido al gimnasio. Ello no le pareció bien a P por lo que dijo a la niña que se marchase con él y con su hermana al domicilio donde vivía, a lo que la niña se negó marchándose el procesado con gran preocupación porque no quería que su hija se quedase sola, máxime cuando ésta le dijo que esta situación se prodigaba con frecuencia pues su madre solía regresar tarde a casa.

El acusado pasadas las doce de la noche volvió al domicilio de la esposa oyendo desde la calle como madre e hija discutían a voces. Se dirigió al coche y sacó del mismo un cuchillo con una hoja de 13 centímetros, lo introdujo en un calcetín cubriéndolo con

⁴⁰⁴ Vid. STS de 13 febrero 2004, núm. 175/2004. [RJ 2004/2015].

el pantalón, llamó a la puerta y salió a abrirle su esposa a quien recriminó por la tardanza y por dejar a la niña sola tanto rato. Ella no le hizo caso, por lo que se originó una nueva discusión seguida de insultos recíprocos y un forcejeo entre ambos.

En el curso de dicho forcejeo el procesado sacó el cuchillo y trató de agredir a la esposa quien se había trasladado al vestíbulo y luego a la cocina. Ella, viendo a su marido con el cuchillo en una mano no huyó a otra dependencia sino que agarró el arma con la mano resultando con lesiones al seccionar el cuchillo un tendón de la mano. Pero no pudo desarmar al marido quien propinó diversos golpes en el cuerpo a su esposa quien se hallaba de pie frente a él ocasionándole heridas por arma blanca en ambos flancos abdominales y hemitórax izquierdo, con abundante pérdida de sangre, anemia, neumotórax derecho e insuficiencia respiratoria, sin que conste que se siguiese apuñalando cuando estaba en el suelo.

Al ver a la niña junto a la puerta cesó el apuñalamiento y se marchó con el propósito de entregarse a la Policía, confesando el hecho con gran nerviosismo finalmente ante la Guardia Civil.

R fue rápidamente atendida por los vecinos quienes llamaron a una ambulancia en la que fue trasladada al Hospital donde fue atendida de urgencia y sometida a una intervención quirúrgica, pues al menos tres de las heridas que presentaba eran graves y podían ocasionarle la muerte de no mediar la debida y urgente asistencia médica. Tardó en curar 107 días, durante los cuales estuvo impedida para su trabajo habitual quedándole como secuelas molestias leves, esporádicas e inespecíficas.

El acusado fue condenado como autor responsable de un delito de homicidio en grado de tentativa.

Se denuncia la no apreciación de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 CP como agravante.

En relación con la circunstancia de parentesco, tiene declarado el Tribunal Supremo que como regla general se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su

significación patrimonial o similar lo hace como atenuante (precisando, ello no obstante, que la aplicación de la circunstancia –como agravante- requiere no sólo la concurrencia del vínculo parental, sino también de la afectividad, de tal modo que no deberá ser apreciada “*cuando sea verificada la realidad de la quiebra de la afectividad, y la ruptura y desaparición definitiva de la normal relación familiar*” [RJ 2001/7279], de tal modo que dicha circunstancia no debe ser apreciada, “*cuando, aún no habiéndose legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida*” [RJ 1998/5809]), constituyendo un dato relevante de esta situación “*la suspensión de la convivencia*” [RJ 2000/55]⁴⁰⁵.

El Tribunal Supremo estima que en el presente caso es patente que la relación conyugal entre el acusado y la víctima estaba rota, en cuanto los cónyuges habían instado su separación legal y había cesado la convivencia de los mismos bajo un mismo techo. Por todo ello concluye que no puede apreciarse la agravante de parentesco.

Sin embargo, desde este trabajo de investigación no compartimos la postura del Supremo en el caso analizado. Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, el fundamento de la circunstancia no es el afecto marital sino el aprovechamiento de la relación conyugal o parental para la mayor facilidad en la comisión del hecho delictivo. En efecto, a pesar de que el matrimonio se encontraba legalmente separado el acusado visitaba el domicilio de la víctima, donde vivían sus dos hijas. Además cuando escuchó la discusión que ha sido relatada en el factum cogió un cuchillo que tenía en el coche, se dirigió al domicilio y asestó varias puñaladas a su ex mujer. Todo ello disminuyó las posibilidades de defensa de la víctima al mismo tiempo que situó al victimario en una posición más ventajosa, pues la mujer le abrió la puerta a pesar de que eran más de las doce de la noche porque no se trataba de un extraño sino del padre de sus hijas. El acusado aprovecha esa situación y transgrede el principio de confianza que rige las relaciones conyugales haciendo caso omiso de los deberes morales que tienen entre sí quienes han compartido un proyecto de vida en común y tienen hijos. Por todo ello la acción del agresor resulta más reprochable socialmente y existe un plus de culpabilidad, por lo que en base a lo expuesto debería haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria.

⁴⁰⁵ Vid. SSTS de 3 julio 1998 [RJ 1998/5809], de 10 septiembre 2001 [RJ 2001/7279], ya citada, y de 10 febrero 2000 [RJ 2000/55].

La STS de 4 marzo 2003⁴⁰⁶ contiene los siguientes hechos probados: sobre las 16 horas del 25 diciembre 1999 M.J se encontraba en el domicilio familiar en compañía de su esposa M^a.M, con quien venían existiendo desavenencias graves, debido a su condición de toxicómana, y, tras mantener ambos una discusión, con la finalidad de acabar con la vida de ésta, extrajo de un cajón del escritorio una pistola del calibre 9 mm., con los cañones obstruidos parcialmente por lo que resultaba inapta para el disparo de balas, pero, útil para el disparo de perdigones para la que se destinaba, estando cargada con cartuchos armados con múltiples perdigones del número 10 (1,9 mm. de diámetro cada uno de tales perdigones) y diciéndole “*te voy a matar*” apoyó contra la sien de su esposa el cañón del arma y disparó. Ésta, al notar el arma, giró instintivamente la cabeza de forma tal que, el disparo, fue a impactarle, a unos tres centímetros de distancia, en vez de a quemarropa, en la parte interna del ojo izquierdo, en lugar de en la sien, recibiendo más de cincuenta perdigones sobre el globo ocular y estructuras óseas adyacentes, fracturando el maxilar superior y órbita ocular, afectando funcionalmente al ojo, que sufrió pérdida total de visión hasta el momento en que falleció, el 21 de septiembre 2000, diez meses después de los hechos relatados por enfermedad ajena a los mismos.

Una vez realizado el disparo el acusado, desde el propio domicilio, avisó al 061 y a la Policía, a quienes esperó en el balcón a fin de facilitar su tarea, indicándoles a que piso debían dirigirse. Previamente había entregado a su víctima una toalla a fin de que intentase ocluir la herida producida y cortar la hemorragia.

La Audiencia de instancia condenó a M.J como responsable directamente en concepto de autor de un delito intentado de homicidio, concurriendo en su conducta las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, atenuante de arrepentimiento espontáneo y agravante de parentesco.

Se denuncia la aplicación indebida de la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 CP, ya que “*en el presente caso la circunstancia de ser esposa no tiene reflejo en el acontecer de los hechos*”.

⁴⁰⁶ Vid. STS de 4 marzo 2003, núm. 325/2003. [RJ 2003/2419].

Se afirma que es pacífica la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que establece que la circunstancia de parentesco tiene carácter agravatorio cuando se refiere a los delitos contra la vida y la integridad de las personas.

De otra parte, de las declaraciones vertidas por M^a.M resulta que su marido M.J “*le proporcionaba estabilidad emocional y familiar*”, lo que hacía que mantuviera la situación de convivencia favorecedora del hecho y determinante de una mayor reprochabilidad de la conducta, lo que explica la apreciación del parentesco como circunstancia agravante.

1.2. La posición de garantes que ocupan los progenitores frente al hijo.

La SAP de Alicante de 2 diciembre 1998⁴⁰⁷ en un supuesto de agresión a la hija de ambos acusados de un mes de edad, causándole fractura craneal, hemorragias cerebrales, fractura de fémur y contusiones varias, estima que concurre en estos hechos la circunstancia mixta de parentesco, como agravante, prevista en el artículo 23 del CP, aplicable a ambos acusados.

La SAP de Las Palmas de 30 septiembre 1998⁴⁰⁸ en un supuesto en el que la madre golpeó fuertemente a su hijo de tres años, causándole múltiples hematomas en todo el cuerpo y herida inciso-contusa en el labio superior, advierte que en la realización del delito de lesiones del artículo 147.1, en relación con el 148.3º del Código Penal, ha concurrido en la acusada la circunstancia agravante de la responsabilidad penal del artículo 23 del Texto Punitivo de 1995, esto es, la circunstancia mixta de parentesco. Asimismo es señalado “*...el intenso grado de incumplimiento del deber de la acusada, como madre del menor por ella maltratado, de cuidar de su hijo, la reducida edad de éste (tres años) y, por tanto, su especial debilidad...*”.

La SAP de Madrid de 22 mayo 1997⁴⁰⁹ en un caso de lesiones de padre que arroja a su hijo de tres años a una hoguera de manera impulsiva y reaccionando a una crisis de ansiedad por carencia de heroína aplica la agravante de parentesco del artículo

⁴⁰⁷ Vid. SAP de Alicante de 2 diciembre 1998, Sección 3ª, núm. 742/1998. [ARP 1998/4401].

⁴⁰⁸ Vid. SAP de Las Palmas de 30 septiembre 1998, Sección 3ª, núm. 103/1998. [ARP 1998/3746].

⁴⁰⁹ Vid. SAP de Madrid de 22 mayo 1997, Sección 15ª, núm. 251/1997. [ARP 1997/772].

23, dada la naturaleza del delito y los vínculos de afectividad existentes entre el padre y el hijo⁴¹⁰.

La SAP de Jaén de 29 febrero 1996⁴¹¹ declara probado que el acusado, mientras se encontraba en su casa, al cuidado de su hija de seis meses de edad la agredió con las manos, ocasionándole fracturas en los arcos costales 4º, 5º, 6º y 7º derechos e izquierdos, contusión pulmonar derecha con pequeño derrame pleural, fractura del tercio inferior del fémur derecho, fractura del tercio inferior de la tibia derecha, así como equimosis aisladas en hemotórax izquierdo, lesiones todas ellas de las que curó a los sesenta días, precisando asistencia médica y tratamiento quirúrgico, sin que fuera llevada al médico hasta cuatro días después de producirse dichas lesiones, al advertir la madre que la niña no quería comer y se quejaba cuando la cogía, por lo que decidió llevarla al médico. Asimismo aparece probado que la hija presenta también hallazgos significativos de fracturas en los arcos costales 9º y 10º del lado izquierdo, en vías de consolidación, más antiguas en el tiempo. La Sala considera concurrente como agravante la circunstancia de parentesco del art. 11 ACP.

La SAP de Lleída de 17 junio 1994⁴¹² en un caso de lesiones en el que el padre lanza contra el colchón de la bañera a su hijo de un mes de edad, produciéndole fractura de cráneo, pone de manifiesto que si bien no plantea duda al Tribunal la aplicación en el caso como agravante de la circunstancia mixta de parentesco, establecida en el artículo 11 del Código Penal anterior, dado el lazo familiar que media entre agresor y víctima, por venir entendiendo la jurisprudencia, como regla general, que en los delitos contra las personas opera la relación parental con carácter agravatorio, sí ve, sin embargo, obstaculizada la apreciación de la también alegada circunstancia agravante de abuso de superioridad, pues si bien es notorio el desequilibrio físico existente entre las situaciones de poder del sujeto activo y del pasivo, no parece, a juicio de la Sala, el elemento subjetivo decisivo en la configuración de la agravante prevista en el art. 10.8 del Código Penal, consistente en el aprovechamiento consciente e intencional por el agente de esa desproporción indicada en cuanto a prevalerse de ella, precisamente por tratarse la enjuiciada infracción penal imputable a título de dolo eventual, considerando

⁴¹⁰ Vid., entre otras, SSTS de 6 octubre 1992 y de 6 octubre 1995 [RJ 1995/7400].

⁴¹¹ Vid. SAP de Jaén de 29 febrero de 1996, Sección 2ª, núm. 33/1996. [ARP 1996/93].

⁴¹² Vid. SAP de Lleída de 17 junio 1994, Sección 1ª, núm. 293/1994. [ARP 1994/365].

por ello tangencial dicha situación y entendiendo la Sala que no implica una mayor antijuridicidad de la que lleva en sí el delito cometido.

La SAP de Girona de 17 junio 1994⁴¹³ declara que los hechos probados son constitutivos ante el binomio asesinato-homicidio, de un delito de asesinato en grado de frustración previsto y penado en el art. 406.1º en relación con los arts. 3.2º y 51 del Código Penal anterior. En orden a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el Ministerio Fiscal, interesó la concurrencia de la agravante mixta de parentesco del art. 11 CP, toda vez que había una convivencia more uxorio desde hacía tres años. Sin embargo, entiende el Tribunal que en la medida en que se alegue para procurar un plus punitivo, debe de quedar acreditada aquella relación de afectividad, recayendo la carga de la prueba en el acusador, pues *“no puede pretenderse que recaiga sobre el procesado la prueba de la ausencia de aquella relación, siendo insuficiente para su concurrencia su simple alegación”*. Desde nuestra perspectiva siempre que existe una convivencia more uxorio, esto es, una relación análoga al matrimonio, debe partirse de una presunción iuris tantum de que aquella relación está vigente y a mayor abundamiento cuando de facto hay convivencia bajo el mismo techo. Piénsese que el procesado ataca a su pareja de forma sorpresiva con un cuchillo cuando se encontraba acostada. Resulta evidente que esta relación existente entre agresor y víctima ha facilitado la comisión del acto criminal (el ataque se produce, como ha sido dicho, cuando la agredida dormía). De lo dicho se infiere que existía una relación que está regida por el principio de confianza mutua y de solidaridad y que la víctima en ningún caso podía sospechar la conducta violenta que su compañero llevó a cabo. Aún desaparecido el afecto la circunstancia de parentesco en este caso debía haber agravado el delito en contra de lo que sostiene el Tribunal.

La SAP de Girona de 29 enero 1994⁴¹⁴, en un caso en el que un hombre causa la muerte de la mujer con la que convivía, señala que el procesado golpeó en varias ocasiones a su mujer cuando la sorprendía en flagrante ingesta de alcohol, causándole hematomas, lo que suponía *“una extraña relación de pareja cuasi-matrimonial lejana a los deberes de respeto, de ayuda mutua y de socorro que imponen a todos los cónyuges los arts. 67 y 68 del Código Civil...”*, para finalmente un día, el procesado pegó tal

⁴¹³ Vid. SAP de Girona de 17 junio 1994, Sección 2ª, núm. 45/1994. [ARP 1994/333].

⁴¹⁴ Vid. SAP de Girona de 29 enero 1994. [ARP 1994/326].

paliza a la víctima que su cuerpo no pudo soportar las numerosas contusiones y hematomas que aquel le ocasionó quedando el cuerpo, en expresión de los forenses “*casi cien por cien hematomizado*”. El Tribunal estima que no concurre la circunstancia agravante de parentesco que petitiona el Ministerio Fiscal y lo considera irrelevante. No podemos compartir el criterio adoptado por la Sala por cuanto la relación que existía entre agresor y víctima supone un plus de culpabilidad. Si bien la relación se encontraba en crisis no puede desconocerse que aún desaparecido el afecto marital existen una serie de obligaciones jurídicas y morales (el Tribunal alude a los deberes civiles entre los cónyuges) que rigen y principian la relación de pareja u aquellas en las que existe o ha existido algún tipo de vínculo afectivo y parental. Basar la inaplicación de la agravante en que la relación no es idílica sería ir en contra del espíritu de la norma y premiar, al considerar irrelevante, una conducta que es más reprochable a los ojos del derecho punitivo que si de extraños se tratara. Por consiguiente fundamentar que la circunstancia es inocua porque se ha perdido el afecto o no existe respeto mutuo es hacer un uso perverso, erróneo e injusto de la circunstancia genérica mixta de parentesco cuyo fundamento es el aprovechamiento por el autor de esa relación para ejecutar el hecho criminal.

La STS de 2 febrero 2004 declara como hechos probados que la procesada el día de autos sobre las cinco horas notó que rompía aguas, por lo que, sin pedir ninguna ayuda, a pesar de que su marido dormía en una habitación próxima, se dirigió al cuarto de baño donde, sobre las ocho treinta horas dio a luz una niña a la que envolvió en una toalla y la introdujo en el carro de la compra, saliendo a continuación a la calle, y al pasar cerca de un contenedor de basura, tras abrir la tapa, la depositó en su interior, cerrando nuevamente éste, y volviendo a su domicilio haciendo vida normal. En el caso planteado se recurre en casación y se trata de justificar la indebida aplicación de la circunstancia de parentesco tenida en cuenta como agravante en la sentencia de instancia. El motivo se basa en que la recién nacida era fruto de un embarazo no deseado y por lo tanto no existía ninguna afectividad. La convivencia se redujo a dos horas escasas. El recurrente cita la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto a los delitos de omisión impropia. De esta forma se pone de manifiesto que al estar la madre en *posición de garante*, no procede la apreciación de la agravante en la

medida que la infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco⁴¹⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que desde el reconocimiento de tal doctrina, su inaplicabilidad es patente al caso de autos en la medida que la recurrente fue autora por acción y no se encontraba en posición de garante ante el ataque de su hija por tercera persona. Fue ella la autora del ataque. Por consiguiente la recurrente había dado a luz dos horas antes a su hija, fue conocedora de tal hecho y despreció los elementales sentimientos de piedad que conforman el núcleo de la convivencia humana, abandonando a su hija en circunstancias que irremisiblemente le hubieran producido la muerte de no ser por la providencial actuación del trabajador que al arrojar una bolsa al contenedor se apercibió de la criatura. Por todo ello el motivo es desestimado.

La STS de 2 febrero 2004⁴¹⁶ declara como hechos probados que la procesada L. convivía con su esposo y con un hijo de trece años, en el domicilio familiar. Habiéndose deteriorado su relación matrimonial desde finales del año 2000, hasta el extremo de dormir en habitaciones separadas, no viendo a su marido apenas por tener horarios de trabajo diferentes, e iniciando a principios de 2001 una relación afectiva con otro hombre, quedando embarazada el mes de marzo, situación que trató de ocultar celosamente no sólo en su casa, sino también entre los compañeros de trabajo, continuando normalmente el periodo de gestación sin acudir a ninguna consulta ginecológica, hasta el día 22 octubre 2001. Dicho día, sobre las cinco horas notó que rompía aguas, por lo que, sin pedir ninguna ayuda, a pesar de que su marido dormía en una habitación próxima, se dirigió al cuarto de baño donde, sobre las ocho treinta horas dio a luz una niña a la que envolvió en una toalla y la introdujo en el carro de la compra, saliendo a continuación a la calle, y al pasar cerca de un contenedor de basura y empezar a llorar la niña, tras abrir la tapa la depositó en su interior, cerrando nuevamente éste, y volviendo a su domicilio haciendo vida normal, realizando las labores de su casa y recogiendo a su hijo del colegio. Sobre las diez treinta horas de ese día, J. que se encontraba trabajando en una obra próxima al lugar, se acercó al contenedor, y después de arrojar una bolsa de basura escuchó el llanto de un bebé, abriendo de nuevo la tapa del contenedor y comprobando que entre varias bolsas de basura, sobresalía de la toalla el cuerpo de una recién nacida, por lo que la sacó del interior, y llamó a la policía, acudiendo al lugar una ambulancia que la trasladó al

⁴¹⁵ Vid. STS de 20 enero 2002.

⁴¹⁶ Vid. STS de 2 febrero 2004, núm. 119/2004. [RJ 2004/2059].

hospital, tratándola de un síndrome de hipotermia y evitándose de ese modo el fallecimiento. La procesada fue detenida el día cinco de noviembre por la policía, que consiguió identificarla después de numerosas gestiones.

La procesada fue condenada como autora de un delito de asesinato en grado de tentativa con la concurrencia de la agravante de parentesco del art. 23 CP.

El Tribunal Supremo analiza en el fundamento jurídico quinto si ha sido indebida la aplicación de la circunstancia de parentesco.

El motivo trata de justificar su improcedencia en que la recién nacida era fruto de un embarazo no deseado y por lo tanto no existía ninguna afectividad. La convivencia se redujo a dos horas escasas. El recurrente con cita de la doctrina de la Sala 2ª del Supremo que tiene declarado que *en los delitos de omisión impropia, al estar la madre en posición de garante, no procede la apreciación de la agravante en la medida que la infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco*⁴¹⁷.

Desde el reconocimiento de tal doctrina, su inaplicabilidad es patente al caso de autos en la medida que la recurrente fue autora por acción y no se encontraba en posición de garante⁴¹⁸ ante el ataque a su hija por tercera persona. Fue ella la autora del ataque y la ausencia de convivencia no fue tal.

La circunstancia de parentesco, como agravante se vertebra por la concurrencia de dos elementos: el objetivo, esto es la relación parental dentro del grado prevista en la Ley y el subjetivo, que radica en el conocimiento que ha de tener el agente de la realidad de los lazos de parentesco que le ligan con la víctima, que no puede confundirse con la concurrencia de cariño o afecto, antes al contrario el elemento subjetivo supone el conocimiento de tal relación y el conocimiento de los deberes morales que se derivan de la comunidad de afectos, afectos que precisamente desprecia, incrementando el disvalor de la acción al resultar lesionados elementales sentimientos

⁴¹⁷ Vid. STS de 22 enero 2002. [RJ 2002/2631].

⁴¹⁸ Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” en *ADPCP*, Tomo XLVIII, Fascículo I, enero-abril 1995, pp. 187 a 263.

de piedad que conforman el núcleo de la convivencia humana por encima de ideologías, credos o situaciones.

En efecto el mandato *naeminen laedere* que es uno de los valores que definen la justicia tiene un plus cuando su vulneración cae sobre los más próximos del agente. De otro modo, la exigencia de afecto entre agresor y víctima haría de imposible aplicación tal agravante porque no se produciría el delito, salvo los supuestos de homicidio por piedad, en los que, de jugar tal circunstancia muy probablemente sería como atenuante.

En el caso de autos, es obvio que la recurrente que había dado a luz dos horas antes a su hija, fue conocedora de tal hecho, que despreció abandonándola en circunstancias que irremisiblemente le hubieran producido la muerte de no ser por la providencial actuación del trabajador que al arrojar una bolsa al contenedor se apercibió de la criatura, por todo ello el Supremo desestima el motivo.

La STS de 3 octubre 2002⁴¹⁹ declara probados los hechos siguientes: el acusado, A, contrajo matrimonio con E y de esa unión nacieron dos hijos gemelos, siendo desde siempre la convivencia muy difícil y con frecuentes discusiones y enfrentamientos que llegaron al menos en dos ocasiones a agresiones por parte del acusado habiéndose presentado por la mujer nueve denuncias contra su marido que concluyeron siempre en sentencias absolutorias ante la incomparecencia al juicio de la denunciante, culminando su relación con una sentencia de separación, no obstante lo cual siguieron conviviendo juntos, con semejante relación de afectividad que en un matrimonio, salvo algún periodo de separación, hasta poco antes de los hechos en que se interrumpió la convivencia.

El día de autos, sobre las 13 horas fue la mujer a la casa donde habían tenido el hogar conyugal, y tras hacer la comida y comer, bebiendo ella mientras lo hacía una botella de cerveza de litro, decidieron tener una relación sexual ante lo que se trasladaron al dormitorio y acabado el acto se suscitó entre ellos una discusión en el curso de la cual el acusado golpeó en el rostro a la mujer y la cogió con la mano derecha

⁴¹⁹ Vid. STS de 3 octubre 2002, núm. 1654/2002. [RJ 2002/9847].

por el cuello apretando fuertemente en él y manteniendo la presión el tiempo preciso para causar su muerte.

En el fundamento jurídico segundo se analiza por la Sala 2ª del Supremo si ha sido indebida la aplicación de la circunstancia agravante del art. 23 del CP.

La Sentencia dictada en apelación razona bien acerca de la subsistencia entre los cónyuges de una relación que, aunque dificultosa e interrumpida en ocasiones, revela la subsistencia de alguna relación de afectividad, afirmada expresamente en los hechos probados, que sitúa el presente caso muy lejos de aquellos en que, según la doctrina reiterada de la Sala 2ª, pese a existir formalmente el vínculo matrimonial, por cese más o menos definitivo y reiterado en el tiempo, ha desaparecido en el hecho toda relación matrimonial.

En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁴²⁰. Si hay vínculo matrimonial, la doctrina general es que en estos casos de delitos de homicidio o lesiones ha de aplicarse la circunstancia mixta de parentesco como agravante. Por excepción, en casos de separación del matrimonio, cuando se ha producido ya un cese largo de la convivencia sin relación alguna de carácter conyugal, de modo que pueda hablarse de una falta total de afecto, no puede operar esta circunstancia, que tiene su fundamento, a tenor de la postura sostenida por el Tribunal Supremo en sendas resoluciones, no en la subsistencia formal del vínculo jurídico entre los esposos, sino en la existencia de alguna relación propia de las personas que de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza estas uniones. Sin embargo, desde nuestra postura esta argumentación en la que el Alto Tribunal residencia el fundamento de la circunstancia no está exenta de ambigüedades y de puntos flacos. Téngase en cuenta que la circunstancia, o su aplicabilidad, no puede depender de algo tan etéreo y tan difícil de probar como la subsistencia del cariño. Aún desaparecido el cariño y el afecto existen obligaciones morales y deberes positivos hacia la pareja. El fundamento de la circunstancia mixta de parentesco no es el cariño o el afecto sino servirse de esa relación conyugal, afectiva o parental, aún ya quebrada, para

⁴²⁰ Vid. por todas, SSTS de 14 noviembre 2001 [RJ 2002/3485], de 30 octubre 2001 [RJ 2001/9507], de 19 julio 2001 [RJ 2001/6503] y de 4 junio 2001 [RJ 2001/5614].

cometer el hecho delictivo con mayor facilidad. Esto supone la transgresión del principio de confianza que debe regir estas relaciones.

La STS de 18 noviembre 2004⁴²¹ contiene los siguientes hechos probados: S encontrándose en el domicilio que compartía con M. R, se dirigió a ésta y tras darle un cabezazo que la tiró al suelo, cogió un cuchillo, y con intención de acabar con su vida, le asestó diversas puñaladas (cinco en la cara anterior y lateral derecho del cuello, dos en la zona central del tórax, otra en mejilla y mano derecha) que le ocasionaron la muerte.

M.R vio disminuidas notablemente sus posibilidades de defensa, al ser atacada con un cuchillo de cocina de 21 centímetro de hoja y una anchura máxima de 4,5 centímetros.

M. R mantenía una relación sentimental desde finales del año 2000 con A. Aunque S conocía la misma, A no visita el domicilio conyugal cuando éste se encontraba en el mismo. Debe ser mencionado que acusado y víctima dejan de tener relación de pareja desde finales del año 2000 aunque el marido continúa viviendo en el domicilio familiar.

La madrugada del 6 al 7 de julio del año 2001 A subió acompañando a M. R, pese a que allí estaba S. Una vez en la vivienda M. R pidió a S que abandonara el domicilio, y pasó el resto de la noche en el salón acompañada de A, llegando a vestirse en esta dependencia. Esta situación generó en S un sentimiento de humillación y un alto estado de excitación que le mantuvieron toda la noche sin dormir. Situación que culminó cuando sobre las 13.30 horas del día 7, A regresó al domicilio (del que había salido a primera hora de la mañana) a fin de recoger a su novia, efectuando una llamada en el portero automático. En este momento, a consecuencia de lo anteriormente expuesto, S sufrió un estallido emocional y reaccionó atacando a M. R, como ha sido expuesto, teniendo levemente disminuida su capacidad de comprender el alcance de sus actos y controlar los mismos.

⁴²¹ Vid. STS de 18 noviembre 2004, núm. 1337/2004. [RJ 2004/7545].

Se denuncia aplicación indebida del art. 23 del CP tenida como causa de agravación.

Ciertamente el matrimonio había sufrido una crisis en la relación matrimonial que determinó que el acusado se marchara del hogar conyugal al que volvió con la intención de reanudar la convivencia. Tras una primera fase en la que la relación del matrimonio parece mejorar, a finales del año 2000 dejan de tener relación de pareja aunque S continúa viviendo en el domicilio familiar. Esa convivencia se mantiene hasta el día que suceden los hechos.

Ha sido declarado por la jurisprudencia que la circunstancia mixta de parentesco opera como agravante en los delitos que tienen un contenido de carácter personal⁴²² y que su aplicación demanda no sólo la concurrencia del vínculo parental sino también de la afectividad⁴²³, por lo que no deberá apreciarse *“cuando, aún no habiéndose disuelto legalmente el vínculo, la relación matrimonial está efectiva y manifiestamente destruida”*, mas, para que así sea, es preciso que la ruptura *“tenga una proyección en aspectos tan concretos como el abandono del domicilio común por uno de los cónyuges y una cierta duración temporal de esta situación, unida a una notoria desafección sentimental”*⁴²⁴.

En el presente caso, el relato de hechos probados pone de relieve la existencia de una relación matrimonial entre victimario y víctima, que habían contraído matrimonio y tenían dos hijos. La relación matrimonial estaba en crisis, lo que determinó una separación del matrimonio con abandono del domicilio familiar por el acusado. Posteriormente regresa al mismo, se supone para intentar un arreglo que no es posible. No obstante, la convivencia se mantiene y se prolonga hasta el momento de los hechos. La Sala estima que es patente, pues, la concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco que, en el caso que ahora analizamos, debe valorarse como circunstancia agravante.

⁴²² Vid. por todas SSTs de 17 junio 2002, núm. 1165/2002. [RJ 2002/7599] y de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133].

⁴²³ Vid. STS de 30 abril 1997 [RJ 1997/4537].

⁴²⁴ Vid. STS de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828].

La STS de 11 noviembre 2004⁴²⁵ establece como hechos probados los siguientes: el acusado R, el día de autos se dirigió a la masía situada en Reus, lugar donde convivía con su padre E, de 73 años de edad, entró en la vivienda e inmediatamente se entabló una discusión entre padre e hijo por causa desconocida, en el curso de ella el acusado, con un cuchillo de cocina y hoja de sierra de 25 centímetros de longitud, asestó diversas puñaladas a su padre, a quien causó las lesiones siguientes: dos heridas penetrantes y perforantes, una en cara lateral derecha del cuello que afectó al paquete bascular y otra en zona umbilical que perforó un asa intestinal, dos heridas penetrantes no perforantes en cara lateral izquierda y hemitórax derecho, cuatro pinchazos superficiales o puntazos con arma blanca, uno en lado derecho del cuello, otro en hemitórax izquierdo y dos en el abdomen. Acto seguido, el acusado con una piedra golpeó diversas veces a la víctima, causándole heridas contusas en partes blandas epicraneales, una equimosis en región frontoparietal derecha, una herida contusa en zona labial que afectó a encías y a una pieza dentaria, incisivo medio superior derecho más equimosis en dorso de la mano izquierda. Estas heridas produjeron la muerte del padre del acusado. El acusado después de cometer dicha acción y para encubri-la, prendió fuego a un sofá de la vivienda.

La Audiencia condenó al acusado R en concepto de autor de un delito de homicidio con la concurrencia de las circunstancias agravantes de parentesco y abuso de superioridad.

La relación paterno filial entre víctima y victimario resulta palmaria y el hecho de que las relaciones entre ambos –que incluso convivían juntos- no fueran buenas no destruye ese vínculo que fundamenta la circunstancia aplicada, que opera como agravante en los delitos contra las personas en función del mayor desvalor de la conducta del acusado en atención a la relación familiar con el agraviado.

⁴²⁵ Vid. STS de 11 noviembre 2004, núm. 1307/2004. [RJ 2004/7722].

1.3 El delito de lesiones causadas entre cónyuges y parientes.

La SAP de Madrid de 16 septiembre 2002⁴²⁶ estima que los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de lesiones⁴²⁷, previsto y penado en los artículos 147.1 y 148.1º del Código Penal de 1995, al menoscabar la integridad del sujeto pasivo, con las quemaduras causadas con un medio peligroso para la vida y la salud de ésta, que precisaron tratamiento médico. La aplicación de alcohol sobre el cuerpo de la víctima, prendiéndolo con un mechero es una forma comisiva del delito de lesiones concretamente peligroso para la vida y la salud⁴²⁸.

Es reiterada la doctrina jurisprudencial sobre el dolo eventual en el delito de homicidio, como recoge la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 10 febrero 1998, al decir que *“como ha destacado una pacífica y constante doctrina de esta Sala (SS, por todas, 228/96 de 15-3, 62/97 de 20-1 y 1126/97 de 15-9), en su deseo de separar las conductas intencionadas de las imprudentes, pero sin desconocer las dificultades para el señalamiento de una línea divisoria, ha seguido, como señaló la S. 25-11-91, las principales teorías recogidas por la dogmática, la de la probabilidad, del sentimiento y la del consentimiento, pero dando mayor relevancia a esta última (S. 27-3-90) tanto por ser más enraizada en la doctrina, como por resultar menos equívoca y expuesta por ello a reputar dolosas actuaciones negligentes, como señaló la S. 348/93, de 20-2, de tal forma que existiría tal clase de dolo cuando se produzca un resultado*

⁴²⁶ Vid. SAP de Madrid de 16 septiembre 2002, Sección 15ª.

⁴²⁷ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio” en *ADPCP*, Tomo XLII, Fascículo III, septiembre-diciembre 1989, pp. 915 a 945. Quintero señala que el derogado artículo 423 contenía un tipo cualificado de lesiones menos graves para cuando la víctima fuera “padre o ascendiente”. Se observaba así un paralelismo con el último párrafo del artículo 420, que hacía mención a las personas comprendidas en el ámbito del artículo 405. No obstante, advierte Quintero, había una clara diferencia: las lesiones menos graves causadas a los descendientes no se consideraban cualificadas, de acuerdo con una tradición legal, rota en la reforma de 1983, que acogía el derecho de corrección.

En el artículo 423 no se mencionaba el derecho de corrección siquiera, sino que simplemente las lesiones menos graves causadas a los hijos no tenían pena agravada. Esta inaceptable ausencia, unida a la suficiente exasperación punitiva que permite la circunstancia mixta de parentesco, justifica la desaparición de la cualificación.

⁴²⁸ Se declaran como hechos probados que el día de autos se inició una acalorada discusión entre el acusado y la víctima en el domicilio familiar. El acusado había ingerido bebidas alcohólicas y consumido cocaína. En el curso de la discusión cuando la esposa se encontraba en la cocina preparando la comida, con el gas encendido, tras decirle el marido que lo apagara, éste cogió un frasco, de plástico, de cuarto de litro de alcohol, que estaba encima del frigorífico, vertiendo parte de su contenido sobre la zona izquierda de la espalda de la víctima, encendiéndolo con un mechero de cocina, por lo que comenzaron a arder las ropas que llevaba. De modo inmediato, al gritar ésta, el acusado procedió a quitarle la ropa que llevaba puesta para apagar el fuego, quemándose las manos hasta conseguirlo.

representado como probable y sin embargo consentido (S. 16-10-86) o aceptado por el agente (S. 19-12-87) aunque tal aceptación pueda estar matizada por el posible deseo del autor de que el resultado admitido no se produzca (S. 27-12-88).

Pero, como ya puso de relieve la S. 23-4-92, conocida vulgarmente como de la colza, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento. La jurisprudencia de esta Sala, permite admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico, no excluyéndose la categoría del dolo eventual simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (S. 27-12-82, conocida como “caso Bultó” que reputó existente esta clase de dolo, cuando el autor toma medidas poco serias para la eliminación del peligro, que como tal conoce. En tales supuestos, su acción no es sino una manifestación de su indiferencia, respecto a unos resultados, cuya producción se ha representado como, no improbable (SS. 30-10 y 26-12-87, 6-6 y 24-10-89)”.

Asimismo, sobre la línea divisoria entre la tentativa del delito de homicidio y el delito consumado de lesiones, en la Sentencia de la misma Sala de 18 abril 2001 se razona, en su primer fundamento jurídico que *“cuando se trata de determinar la intención del agente en supuestos de agresión contra otra persona, y pronunciarse sobre si nos encontramos ante un ánimo homicida o propósito de causar la muerte y no otro resultado lesivo, la doctrina tradicional de esta Sala, pacífica, uniforme y persistente, tiene sentado el criterio de que esa determinación del propósito del sujeto, como perteneciente a la esfera íntima de su conciencia sólo puede establecerse –salvo espontánea y libre manifestación del autor del hecho- mediante un juicio de inferencia al que el juzgador debe llegar tras el análisis ponderado de una pluralidad de datos fácticos, suficientemente acreditados, que revelen el pensamiento o la intención del sujeto activo.*

Sobre estas premisas doctrinales, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido los datos fácticos circunstanciales que, como hechos base indiciarios, pueden ser

*considerados por Jueces y Tribunales para formar el juicio de inferencia sobre la concurrencia del animus necandi*⁴²⁹.

En el caso antes citado la Audiencia estima la dificultad de aplicar, con claridad, los mencionados criterios de inferencia, en particular la zona del cuerpo de la víctima afectada, la cantidad de alcohol que arrojó sobre ella el acusado y la actividad posterior de éste, precisamente esta actuación, inmediata a su acción antijurídica, debe considerarse un desistimiento activo del delito de homicidio cuya ejecución había iniciado, tal y como dispone el art. 16.2 del Código Penal.

Asimismo se afirma que concurre la agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal al ser el acusado esposo de la sujeto pasivo y víctima del delito, sin que pueda hablarse de que la relación matrimonial entre los anteriores estuviera efectiva y manifiestamente destruida.

La STS de 19 mayo 2004⁴³⁰ declara como hechos probados que en hora no precisada del día 13 de febrero 2000, el acusado C.M, de 74 años de edad, que convivía de forma permanente en su domicilio desde hacía unos 17 años con su compañera sentimental, M, hallándose ambos en la casa, golpeó a ésta en la cabeza con el bastón que usaba para caminar, de madera de roble, de aproximadamente 90 cms. de largo y de 2 a 3 cms. de diámetro, causándole una herida inciso-contusa que precisó de una sola asistencia médica siendo su tiempo de curación, sin incapacidad, de 10 días.

Sobre las 17 horas del día 13 de marzo 2000, tras regresar ambos de la feria a su casa, comenzaron una discusión y el acusado golpeó a M con el referido bastón en la cabeza, cara y en diversas partes del cuerpo, perdiendo ella el conocimiento a consecuencia de los primeros golpes, cayendo al suelo, donde quedó tirada, ensangrentada, con heridas incisas en cuero cabelludo, contusiones faciales y en hombro

⁴²⁹ Estos criterios de inferencia incluyen, entre otros, los siguientes:

- 1) La dirección, el número y la violencia de los golpes.
- 2) Las circunstancias conexas a la acción.
- 3) Las manifestaciones realizadas por el sujeto activo, esto es, las palabras pronunciadas precedentes y acompañantes a la agresión, y a la actividad anterior y posterior al hecho.
- 4) Las relaciones entre agresor y víctima.
- 5) Las características del instrumento utilizado.
- 6) Las zonas del cuerpo a donde se dirigieron los golpes y donde se localizaron las lesiones.

⁴³⁰ Vid. STS de 19 mayo 2004, núm. 671/2004. [2004/3302].

y extremidades, y fractura del cúbito derecho, que precisaron, además de la primera asistencia tratamiento médico y quirúrgico consistente en 63 puntos de sutura y colocación de férula de escayola en el brazo fracturado, curando a las 112 días (7 de ellos de hospitalización), todos ellos con incapacidad para las funciones habituales, quedándole como secuelas múltiples cicatrices en cuero cabelludo y en ceja derecha que le ocasionaron un ligero perjuicio estético.

El día de los hechos de la segunda agresión, el también acusado J.M, hijo de C.M, que convivía en el mismo domicilio, se encontraba en la casa cuando llegaron de la feria su padre y M y cuando comenzó la discusión entre éstos. Consta que vio a M tirada en la finca herida en varias partes, sangrando abundantemente y quejándose, pese a lo cual no le prestó ayuda ni avisó a nadie. Sobre las 19 horas apareció allí por casualidad un primo suyo, C, que habló con C.M de otras cosas sin que éste ni J.M nada le comentaran acerca del estado de M. Al dar la vuelta a la casa la vio tirada en tal estado y avisó, a través de una vecina, por teléfono, a la Guardia Civil a las 19,25 horas, personándose unos cinco minutos después una patrulla, que procedió a avisar a una ambulancia para el traslado de la herida.

La Audiencia de instancia condenó a C.M como autor de un delito de lesiones y de una falta de lesiones, con la atenuante de embriaguez y la agravante de parentesco. Asimismo, condenó al acusado J.M como autor de un delito de omisión del deber de socorro.

Se denuncia la incorrecta aplicación de la regla 1ª del art. 66, en relación con los arts. 148.1º, 21.2ª y 23 del CP.

En este sentido, se combate la decisión de la Sala de atribuir a la agravante ligeramente más peso que a la atenuante al razonar la individualización de la pena, alegando que ambas están al mismo nivel y que, por ello, la pena debería haberse establecido en dos años de prisión y no en tres.

La Sala 2ª desestima el motivo y estima que la citada regla no obliga al órgano sentenciador a explicar la prevalencia que pueda atribuir a una u otra de las circunstancias concurrentes de distinto signo, sino a razonar la individualización de la

pena en virtud de los criterios de la gravedad del hecho y la personalidad del culpable, que es lo que hace el Tribunal a quo.

Siendo la pena establecida por la Ley al delito de dos a cinco años de prisión, la sentencia impone tres años, a pesar de estimar que la agravante tiene ligeramente más peso que la atenuante, de manera que, aunque se aceptara la tesis del recurrente de ser equivalentes, es patente que la pena se ha fijado en la mitad inferior de la legalmente establecida, y ninguna razón se observa para que aquella se impusiera en el mínimo del mínimo como solicita el recurrente.

1.4. Delitos de homicidio y lesiones en su modalidad de comisión por omisión.

El comportamiento humano criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa denominada “acción” que también podemos llamar “comisión” y un no hacer lo debido, en principio considerada como conducta pasiva, denominada “omisión”, apareciendo ambos aspectos previstos en el artículo 10 del Código Penal de 1995.

La SAP de Zaragoza de 24 junio 1996⁴³¹ como cuestión previa debe resolver, si el hecho enjuiciado, se refiere a una conducta comisiva o de acción o por el contrario se ha infringido el deber de evitar un resultado, dejando de realizar aquello que era obligado y exigido por el ordenamiento jurídico, supuesto que denominamos omisión impropia⁴³² o de comisión por omisión.

Así pues, será delito de comisión por omisión⁴³³ cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya habría comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado. La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura, a saber: a) una situación típica; b)

⁴³¹ Vid. SAP de Zaragoza de 24 junio 1996, Sección 3ª, núm. 43/1996. [ARP 1996/651].

⁴³² Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición” en *ADPCP*, Tomo L, Fascículo Único, pp. 5 a 112.

⁴³³ Vid. ALASTUEY DOBON, M. C., “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, septiembre-diciembre 1992, pp. 969 a 1021.

ausencia de la acción determinada que le era exigida; c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: 1) posición de garante; 2) producción de resultado y 3) posibilidad de evitarlo. La posición de garante se da cuando al sujeto le corresponde una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro. A la ausencia de esa determinada acción protectora debe seguir la producción de un resultado injusto o lesivo y finalmente debe poseer el garante capacidad de acción para evitar dicho resultado⁴³⁴.

En el caso que analiza la Audiencia de Zaragoza, ya citada, el cuerpo de la víctima apareció en la cama, desnudo en posición fetal, sobre un colchón y papeles de periódicos viejos cubierto por una manta y ropa de cama; todo ello extremadamente sucio y en estado de descomposición⁴³⁵.

⁴³⁴ La STS de 21 diciembre 1993 [RJ 1993/9592] confirmando la de la Audiencia de Madrid, en el caso de una madre que abandona al hijo con catarro, de 11 meses de edad, durante 50 horas, sólo, en invierno con fuerte frío y sin asistencia médica; encontrándolo cuando regresa cadáver y sin avisar a nadie de la ausencia, condena por parricidio por haber impedido cualquier curso salvador de terceros. Dicho control de riesgo es idéntico al que se tiene por la vía de la creación activa del mismo, siendo equiparable la no evitación del resultado típico con la causación activa del mismo, no sólo en cuanto al merecimiento de pena, sino incluso al tipo. Todo lo anteriormente razonado, que tuvo su origen en la doctrina germánica, ha sido aceptado por la Jurisprudencia, pudiendo citarse al efecto las SS. de 30 junio 1988 [RJ 1988/5387], de 28 marzo 1989 [RJ 1989/2749], de 22 junio, de 8 julio y de 23 y 31 octubre 1991 [RJ 1991/4793], [RJ 1991/5702], [RJ 1991/7352] y [RJ 1991/7473], de 12 febrero, de 23 abril y de 13 noviembre 1992 [RJ 1992/6783] y [RJ 1992/9657], de 18 octubre y de 21 diciembre 1993, citada, y de 28 enero 1994 [RJ 1994/125], entre otras muchas. En el Código Penal de 1995 aparece penado este delito en su artículo 11 en donde distingue en sus apartados a) y b), la posición de garante de la injerencia, siendo esta última creada por el propio sujeto activo del delito, a diferencia de aquel en el que la omisión es debida a una específica obligación de actuar.

⁴³⁵ Al retirarse el cadáver, parte del colchón sobre el que yacía, se partió, quedando pegado al cuerpo, debiéndose retirar esos materiales antes de proceder a la práctica de la autopsia, a consecuencia de la inmovilidad y productos de heces y orina de la fallecida. La autopsia reveló que el cuerpo de la difunta, en plano posterior y zona dorsal, estaba cubierto por papeles de periódico, algunos de ellos de fechas muy atrasadas, incluso de varios meses. En el área craneal existía, a nivel de cuello, ulceraciones e infecciones necróticas que llegaban a la destrucción del pabellón auricular en el que encontraron larvas de gusanos y parásitos. En el tórax y las extremidades superiores la situación era similar, con zonas de bolsas de edema y ulceraciones menores. Las extremidades inferiores se encontraban fusionadas a nivel tibial, consecuencia de sendas úlceras, que comunicaban entre sí ambas extremidades a través de la correspondiente costra. Toda la estructura dorsal se encontraba ulcerada, apareciendo cubiertas las úlceras únicamente con periódicos ensangrentados. La columna cérvico dorsal y la lumbar tenían en su totalidad orificios de drenaje ulcerado. El estado del cadáver indicaba que la víctima no había recibido, desde hacía mucho tiempo, los más mínimos cuidados higiénicos, ni se había cambiado de postura; poniéndose esto en evidencia por la situación y naturaleza de las ulceraciones, y por el hecho de que éstas se hubieran cubierto con papel de periódico, sin haberse utilizado gasas, pañales o cualquiera otra clase de apósitos; permitiendo que se pudrieran como consecuencia de los derrames purulentos que se produjeron. En realidad, la fallecida no había recibido asistencia ni tratamiento médico de ninguna clase desde que, en fecha 19 de mayo 1982 fue dada de alta en el Hospital Militar de Zaragoza, donde había ingresado como consecuencia de un trastorno paranoide con vivencias delirantes de estructura psicótica. La salud de la enferma se fue quebrantando con el transcurso del tiempo y finalmente, al menos seis meses antes de su

No cabe ninguna duda –afirma el Tribunal- de la posición de garante asumida por el procesado con respecto a su fallecida madre. La obligación legal deviene del Código Civil en sus arts. 142 y siguientes expresivos de que por alimentos en sentido amplio están comprendidos el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, estando obligados recíprocamente a tenor de lo preceptuado en el núm. 2 del art. 143, los ascendientes y descendientes entre sí. La doctrina científica, abandonando las teorías causales equiparan y afirman la equivalencia entre la causación activa del resultado y su no evitación, mediante la teoría de la garantía, según la cual, autor de un delito de omisión impropia o comisión por omisión lo será *“aquel que tenga un deber especial de aseguramiento de que el bien jurídico en cuestión no sea lesionado y un consiguiente deber de actuar en evitación de lesión. Porque frente al deber general que compete a todos los ciudadanos fundado en la solidaridad humana –recogido en los artículos 338 bis y 489 ter del Código Penal de 1973 y concordantes, y 457 y 195 respectivamente del vigente-, en el delito de omisión impropia se impone al sujeto activo un deber específico o de garantía que se basa en la idea de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían en la intervención activa de la misma”*. Existe un deber de asistencia, dadas las estrechas relaciones materno- filiales así como la asunción voluntaria y legal de la guarda y custodia habiendo debido conjurar los peligros para la vida, salud, e integridad física. El Tribunal Supremo la distingue de la simple omisión del art. 338 bis antiguo⁴³⁶. Suprimido el parricidio del antiguo Código Penal de 1973 en su art. 405, lo califica de homicidio del art. 138 del vigente de 1995. Son requisitos la muerte de una persona y la intención de causarla. Fallecimiento ha existido y en cuanto a la intención o dolo, la Audiencia se apoya en la teoría de la equivalencia en la omisión impropia. La *relación de causalidad* entre la muerte de la madre y la total falta de higiene y cuidados médicos viene establecida en el dictamen de autopsia, en el que se afirma sin ambages en la valoración médico-forense que *“...en relación a la causa de la muerte, si bien la causa última es un infarto, se considera que ese dato debe encuadrarse y en modo alguno*

muerte (7 de junio 1995), quedó postrada en la cama, dependiendo para todo de los cuidados que pudiera prestarle el hijo, quien se limitó a suministrarle una somera alimentación; omitiendo la más elemental limpieza de la enferma y permitiendo que permaneciera inmóvil durante un tiempo tan prolongado; consintiendo que se iniciase un progresivo, y a todas luces evidente, fenómeno de caquexia alimentaria y desnutrición sobre el cual fueron confluyendo las correspondientes infecciones hasta que esta situación inhumana, la hizo entrar en un círculo de deterioro físico que finalmente la llevó a la muerte, si bien la causa última inmediata fue un infarto, no independiente de la situación de abandono descrita.

⁴³⁶ Vid. entre otras, Sentencias de 10 abril 1981 [RJ 1981/1624], de 10 febrero 1982 [RJ 1982/7398], de 28 octubre 1983 [RJ 1983/4808], de 31 enero 1986 [RJ 1986/211] y de 8 octubre 1991 [RJ 1991/7033].

aislarse del contexto. Si la persona hace tiempo hubiera recibido un mínimo de asistencia, los resultados indudablemente hubiesen sido totalmente distintos en tiempo y forma del fallecimiento” concluyendo que *“se trata de una muerte producida como consecuencia de una situación de absoluto abandono y falta de mínimas medidas higiénico sanitarias”*.

En comisión por omisión, la relación de causalidad ha de referirse según la doctrina y Jurisprudencia dominante a una causalidad hipotética, de tal modo que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la certidumbre o incluso con certeza absoluta. Por ello se afirma que equivale a una acción la omisión del sujeto que tenía el deber jurídico o contractual o legal de evitar el resultado dañoso, de tal manera que con su acción o actuación puede afirmarse que el peligro habría disminuido o no se habría producido el resultado⁴³⁷.

Calificado de homicidio el hecho y de autor el procesado conforme al artículo 28 del Código Penal por la realización directa de la omisión de su deber de *garante*, el Tribunal estima que *la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 no tiene aplicación...precisamente por cuanto la asunción de la posición de garante está ínsita en el hecho, pues la relación materno- filial es precisamente la que origina la obligación de asistencia que omitió el procesado, pues de lo contrario el mismo hecho constituiría una dualidad punitiva...*

La STS de 26 junio 2000 declara como hechos probados los malos tratos reiterados infligidos por el acusado condenado, a su propio hijo, un bebé de cinco meses de edad, como consecuencia de *“los lloros habituales de los recién nacidos cuando éstos reclaman alimento, tienen sueño o alguna molestia les incomoda”*, propinándole *“lo mismo manotazos que pellizcos para que el niño callara, produciéndole continuos hematomas en cara, cuero cabelludo y orejas”*, que fueron detectados por su pediatra, malos tratos que determinaron su ingreso en dos ocasiones en el Hospital, en la última

⁴³⁷ Son típicos ejemplos jurisprudenciales en el clásico infanticidio la madre que deja de alimentar al hijo o no liga el cordón umbilical –SS. de 30 junio 1988 y de 28 marzo 1989-; el que nada hace para evitar la muerte de una persona rociada con gasolina –Sentencia de 26 junio 1990 [RJ 1990/5679] y de quien asumiendo el tratamiento de una enferma sin ser médico le mantiene en el estado inicial que le produce la muerte –S. de 8 julio 1991-. En ambos casos se pena por delito de homicidio, es decir, en los dos últimos hechos relatados.

de las cuales se le detectaron unas gravísimas lesiones, incluso nueve fracturas costales, que el Tribunal de instancia atribuye en cuanto a su autoría al padre. Con relación a la otra acusada –esto es, su madre-, a la consideración del Tribunal, existen elementos suficientes en el *factum* de donde deducir su participación como *autora por comisión por omisión*, dada la *posición de garante* y dado el conocimiento que debe atribuirse de los malos tratos reiterados que son infligidos por su marido y padre del menor, si bien no existan elementos de donde deducir su participación en las lesiones causadas que originan la comisión del delito tipificado en el art. 148.3 del Código Penal. Con estos elementos probatorios el Tribunal deduce que la acusada y madre del menor tuvo necesariamente que conocer los malos tratos de que era objeto, y ello de forma reiterada, y si no pudo probarse su autoría directa, sí es responsable, como autora en comisión por omisión, ya que el único que podía realizar tan reprochable conducta necesariamente tenía que ser el padre, e inevitablemente su materialización en el cuerpo del bebé tenía que observarlo la acusada en las múltiples ocasiones de cambio de ropas, baño, cuidados personales, etc. y nada hizo para averiguar la procedencia de los mismos y para evitar que prosiguieran dichos malos tratos, no solamente denunciando los hechos, sino materialmente apartando al niño, para protegerle, de la presencia de su padre, impetrando el auxilio judicial preciso en tal sentido. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 1995, *muchas maneras a su alcance había para lograrlo; al no haber sido así, la conducta pasiva de la agente se convirtió en condición esencial o necesaria, no meramente favorecedora, para la consumación de las lesiones*. La doctrina de la Sala Segunda es concluyente. De una parte es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, *existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante*. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo (art. 154 del Código Civil)⁴³⁸. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 octubre 1991, la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede

⁴³⁸ Vid. STS de 22 junio 1991.

nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hijo derivan no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal inscrito en el art. 154⁴³⁹.

En el caso que ahora se comenta, no solamente el *factum* de la Sentencia de instancia describe que con sólo mirar al bebé se veían los múltiples hematomas que presentaba, lo que refuerza la tesis inferencial que lleva a la inequívoca conclusión que tuvo que tener conocimiento de las reiteradas agresiones que el otro acusado infligía al menor; por otro lado, en los hechos probados se expone por el Tribunal sentenciador que el pediatra expresamente se lo había advertido. De manera que, habiendo sido informada por el citado médico de las agresiones de que era objeto el niño y de la circunstancia, también probada, que los hematomas eran perfectamente visibles, la conclusión lógica no debe ser otra que su conociendo y pasividad, lo que, la convierte a la luz de la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda, en autora en comisión por omisión, dada su posición de garante.

La STS de 22 enero 2002, en un caso de violencia doméstica a un menor de dos años de edad estima que *“la imputación de los resultados lesivos a la madre o al padre de un menor que incumple sus deberes de custodia, atención, preservación y guarda permitiendo que otro les agrede con su conocimiento, halla su fundamento en el deber de garantía o posición de garante que la ley atribuye a los progenitores y que les impone garantizar que el resultado lesivo no se produzca, por lo que la no evitación consciente y voluntaria del resultado lesivo ha de equipararse a su propia causación positiva (art. 11 del CP 95)”*⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Este artículo reza como sigue: *“Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.*

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad.

Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos”.

⁴⁴⁰ El Tribunal Supremo ha aplicado reiteradamente esta misma doctrina en casos similares. Vid. SSTS de 22 junio 1991, de 31 octubre 1991, 998/1995, de 6 octubre, 481/1997, de 15 abril y 1161/2000 de 26 junio, entre otras.

En este ámbito nuclear, en el que únicamente se encuentran como posibles autores materiales ambos acusados, que necesariamente tienen que ser los que han golpeado a la menor, la Sala sentenciadora infiere de manera racional y lógica la autoría directa del acusado y la autoría en comisión por omisión por parte de la madre acusada. En efectos ambos tuvieron que tener necesariamente conocimiento de las gravísimas agresiones a que se estaba sometiendo de modo reiterado a la menor indefensa, dada la intimidad del hogar donde las agresiones se producían y lo manifiesto de los síntomas que presentaba.

Respecto a la aplicación de la agravante de parentesco en el delito de homicidio intentado para la madre de la menor, la Sala Segunda ratifica el criterio del Tribunal de instancia que excluye la aplicación de esta agravante en el delito cometido por omisión, por estimar que *ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la posición de garante respecto de su hija.*

Como recuerda la STS de 4 abril 2001⁴⁴¹, *la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incrementa o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima.* En términos de la STS de 26 junio 2000, la agravación *“aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura”.*

En este sentido, juntos a los requisitos de existencia de la relación parental y conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir como elemento subjetivo la

⁴⁴¹ Vid. STS de 4 abril 2001, núm. 1025/2001.

existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina. Pues bien, la Sala Segunda estima que son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el art. 11 del CP 95, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión. Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio non bis in idem⁴⁴².

En definitiva la apreciación de la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación.

La STS de 28 marzo 1989⁴⁴³ analiza el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 12 enero 1985⁴⁴⁴, que condenó a la procesada M por un delito de infanticidio.

El derogado art. 410 del Código Penal anterior castigaba, como culpable de un delito de infanticidio, a la madre que, para ocultar su deshonor⁴⁴⁵, matara al hijo recién nacido.

La doctrina al igual que la jurisprudencia admitían que la conducta de la madre podía revestir tanto la modalidad activa (matar) como la omisiva encaminada al mismo

⁴⁴² Es cierto que la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aplicado en alguna ocasión la agravante de parentesco en condenas por omisión a quien se encontraba en posición de garante parental, como sucede en la STS de 15 abril 1997, núm. 481/1997, pero se trata de resoluciones aisladas en las que no se plantea el problema de la eventual absorción ahora resuelto expresamente, y además la agravante se aprecia al amparo de la apreciación simultánea de una eximente incompleta que disminuye la culpabilidad. Por el contrario otras resoluciones más numerosas dicha agravación no se aprecia (vid. SSTs de 27 octubre 1997, núm. 1286/1997; de 27 junio 1997, núm. 950/1997 o de 19 octubre 2000, núm. 1618/2000). Concretamente en esta última se casa la sentencia de instancia para suprimir la agravante de parentesco en la madre condenada por imprudencia por la muerte de su hija, por estimar que “*la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación*”, justificación igualmente aplicable a los supuestos de comisión por omisión según la doctrina del Tribunal Supremo.

⁴⁴³ Vid. STS de 28 marzo 1989 [RJ 1989/2746].

⁴⁴⁴ Vid. SAP de Palma de Mallorca de 12 enero 1985, Sección 2ª.

⁴⁴⁵ Obsérvese que el fundamento de este delito era la protección de la “*causa honoris*”.

resultado (dejar morir), habida cuenta, respecto a esta última, *de la posición de garante que a la madre corresponde respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres*⁴⁴⁶.

La recurrente actuó consciente y voluntariamente al quedar embarazada, a consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas con su novio, tuvo una idea fija determinante de toda su conducta posterior: ocultar a todo trance su embarazo y las consecuencias del mismo. Y ello hasta sus últimas consecuencias. Así se explica que cuando, a finales del mes de marzo de 1983, después de haber estado una temporada trabajando en Valencia, se presentó en la casa de sus tíos, con el propósito manifestado de buscar trabajo, pese a las repetidas preguntas que le hicieron acerca de su posible embarazo, ella lo negó rotundamente a su tía y a su prima, achacando su gordura al régimen alimenticio que había seguido últimamente. Así, días después, cuando llegó el momento del parto, ni avisó a la familia ni pidió ayuda alguna –pese al desconocimiento de lo que había que hacer en tal circunstancia- y, tras el alumbramiento, pese a preguntarle su tía acerca del motivo de su “*extremada palidez y de la gran cantidad de sangre que había en el retrete*”, le dijo que “*le había venido la regla*”.

Al propósito de ocultar el hecho respondió, sin duda, que no pidiera ayuda a su familia cuando vio que se producía el parto, ni después del mismo, dejando abandonada a la criatura recién nacida –que, como se relata en el factum, “*respiró y lloró al nacer*”-, tras cortar el cordón umbilical, sin ligarlo luego, terminando por meter el cuerpo del niño recién nacido en una bolsa que colocó debajo de un barril de madera. Solamente sobre las 17.30 horas de aquel día (el parto se había producido sobre las 14.00 horas del día 6 abril 1983), ante el acoso de preguntas que le hicieron su tía y su prima, confesó lo sucedido, y, finalmente, prefirió que se diera cuenta del hecho a la Guardia Civil, antes de tener que salir en aquella situación de la casa de su tía, que la puso en tal dilema.

El Tribunal Sentenciador afirma que la causa de la muerte del niño recién nacido fue múltiple: falta de ligadura del cordón umbilical, frío ambiental y pequeñas lesiones de características vitales; pero la causa verdaderamente esencial de su muerte fue “*la omisión de los debidos cuidados*”.

⁴⁴⁶ Vid. arts. 110, 111, 142, 143 y concordantes del Código Civil.

Resulta indubitado que la acusada omitió toda posible conducta encaminada a salvar la vida del hijo que había concebido: no acudió a médico alguno tras quedar embarazada, ni se informó por ningún medio a su alcance de lo que debía hacer para que el embarazo llegase a buen término, ni pidió ayuda alguna a su tía ni a su prima, pese a que se encontraban en casa al llegarle el momento del parto, además la procesada no podía ignorar que ambas sospechaban que se hallaba embarazada por las insistentes preguntas que le hacían. La única idea de la recurrente no fue otra que la de ocultar a todo trance, en primer lugar, su embarazo, luego el parto y finalmente, el nacimiento del hijo. No cabe negar en consecuencia, que M actuó dolosamente y que sabía y quería lo que hacía, y no podía ignorar su deber, como madre, de velar por la vida de su hijo, indefenso, recién nacido, ni el riesgo cierto de muerte que su conducta suponía para él.

El Tribunal Supremo sostiene la tesis de la posibilidad de admitir la comisión por omisión del delito de auxilio e inducción al suicidio en tres sentencias⁴⁴⁷.

La Sentencia de 26 de marzo de 1916 analiza un caso en el que un hombre y una mujer se ponen de acuerdo para suicidarse y para ello eligen un lugar adecuado. Él estaba presente cuando ella escribía la carta despidiéndose de sus padres y cuando por fin se suicidó disparándose a la cabeza.

El Tribunal Supremo lo condena a él por auxilio al suicidio y señala que *“es sin duda un acto de auxilio, ya que una determinación de esa naturaleza exige resolución y entereza que se afirman y acentúan desde el momento en que, nacida en el ánimo de una persona, encuentran acogida en otra que, al secundarlas, da a la primera valor y energía superiores... el hecho de llevar a ella a esa casa, de presenciar cómo escribía la carta y cómo se disparaba sin que él, que asistía impasible a esos actos, no tratase en ninguna forma de impedirlo o evitarlo, es una omisión de elementales deberes, con la cual de modo eficaz auxilió a ella en la realización de su propósito que, en otro caso, no hubiera podido llevar a efecto en esa forma, por todo lo que, si se atiende a que hubo auxilio moral, auxilio material activo y auxilio material pasivo, procede declarar que tales hechos constituyen el delito antes mencionado”*.

⁴⁴⁷ Vid. ALASTUEY DOBÓN, M. C., “Delitos de comisión por omisión...”, op. cit., pp. 987 a 989.

La STS de 8 noviembre 1961 exige que se de en el procesado la posición de garante para poder castigarle por el delito de auxilio e inducción al suicidio por omisión. Nuestro Alto Tribunal condena al marido de la víctima por dicho delito mientras que a otras personas –que no se encontraran en posición de garantes-, se las condenaría por el delito de omisión del deber de socorro.

El marido ve cómo su mujer traga sulfumán con el ánimo de suicidarse y no hace nada para evitarlo. El Tribunal Supremo estima que *“la muerte de una persona a la que antecede determinada actuación de su cónyuge no constituye parricidio doloso... ha de calificarse con arreglo a las categorías delictivas de nuestro Código y hallándose obligada cualquier persona so pena de incurrir en el delito de omisión del deber de socorro y más determinadamente el marido, a prestar asistencia a quien se encuentra en la situación de la suicida, la inactividad, aunque no estuviera animada del propósito de ver ocasionada la muerte y ésta fuera iniciada de mano de la propia moribunda, constituye un acto de omisión de socorro; mas como fue seguido del dolo del marido, manifestado por actos exteriores de dificultar la labor de auxilio a su mujer, es una omisión de socorro que alcanza el deseo de que se produzca la muerte y en el curso del proceso mortal ya iniciado por mano y voluntad ajenas y después desistido, coopera por su inasistencia a partir del momento en que su hijo marcha a visitar al médico...”*.

La Sentencia de 15 diciembre de 1977 trata de dos amantes que desean quitarse la vida y realizan con ese fin acciones paralelas: inyectarse un veneno. Él sobrevive e inyecta el veneno a su amante, que muere. El Tribunal Supremo manifiesta que el 409 castiga la inducción y auxilio al suicidio que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesoria y tanto activa como pasiva, que requiere el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas pero también a móviles abyectos. El 409 castiga también el auxilio al suicidio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte llamada homicidio-suicidio, homicidio consentido, homicidio consensual, auxilio ejecutivo al suicidio o finalmente homicidio concertado con la víctima que desea morir...que requiere por parte del auxiliador una ejecución activa y material. El Tribunal Supremo admite el auxilio e inducción al suicido por omisión pero no el homicidio-suicidio por omisión.

2. Con los delitos contra la libertad.

2.1. Delito de detención ilegal entre parientes.

El delito común de detención ilegal se caracteriza por la privación al sujeto pasivo por el autor de la posibilidad de trasladarse del lugar según su libre voluntad, requiriendo en aquel el ánimo de privar de la facultad de deambulación a una persona durante un cierto tiempo (aunque) se consuma en el momento de privación de libertad por la detención o el encierro, pues se trata de una infracción de consumación instantánea, sin que obste a la consumación de la infracción el mayor o menor lapso de tiempo en que la víctima estuvo sometida a la voluntad del sujeto activo, porque la perfección se alcanza en el instante mismo en que la detención se produce⁴⁴⁸.

Conforme a esto, ciertamente la realización típica precisa de dos requisitos, uno objetivo, afectante a la acción, y otro subjetivo, residenciado en la conciencia y voluntad del sujeto activo, aparte la condición de éste de particular⁴⁴⁹. En cuanto al elemento objetivo, la acción, se concreta en los verbos nucleares del tipo “encerrar” y “detener”, de modo que el elemento objetivo lo mismo se satisface cuando se mantiene al sujeto activo en un espacio cerrado, esto es, no abierto, sea mueble o inmueble, que es lo que significa “encerrar” como cuando se impide al sujeto pasivo, aunque esté en lugar abierto, mediante empleo de fuerza física o psíquica sobre él, decidir libremente su situación en el espacio, o lo que es lo mismo se le priva de la “*capacidad de traslado ambulatorio*”⁴⁵⁰, pues “*en ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad*”⁴⁵¹.

Algunas Sentencias del Tribunal Supremo hablan en este delito de la necesidad de un “dolo específico”, pero a continuación destacan que no puede, en modo alguno, admitirse la necesidad de un “*elemento subjetivo específico del injusto*”, carente de toda base legal, y es que la referencia jurisprudencial al dolo específico está encaminada, “*a negar categóricamente la posibilidad de la incriminación culposa de este tipo de*

⁴⁴⁸ Vid. STS de 16 enero 1995, núm. 22/1995. [RJ 1995/144].

⁴⁴⁹ Vid. STS de 28 noviembre 1994, núm. 2109/1994. [RJ 1994/9146].

⁴⁵⁰ Vid. STS de 16 enero 1995, ya citada.

⁴⁵¹ Vid. STS de 28 noviembre 1994, ya citada.

conductas. En este sentido, la Sentencia de 21 diciembre 1977 dice que el dolo de esta acción típica consiste en la voluntad de privar a otros de su libertad y conciencia de la ilicitud de la acción. En la misma línea, la Sentencia de 18 noviembre 1986 afirma que basta, la actitud consciente y voluntaria de privar de libertad, siendo indiferentes, en el tipo básico, los móviles. Puede afirmarse, en conclusión, que en el delito de detención ilegal no hay más elemento subjetivo que el dolo”⁴⁵².

La SAP de Barcelona de 17 noviembre 1995⁴⁵³, en un caso de padre que retiene a su esposa y dos hijas en su domicilio contra la voluntad de éstas, condena al acusado como autor de tres delitos de detención ilegal, concurriendo la circunstancia mixta de parentesco como agravante. En el caso examinado podrá ser discutible si el acusado “encerró” o no a su esposa e hijas, en la medida en que las ventanas de la casa podían abrirse y las mujeres salir por ellas, pero donde no hay discusión razonable es en que las “detuvo”, pues, para que permanecieran en la casa, cuando querían marcharse, aplicó sobre la esposa y la hija mayor “vis” física y moral, y sobre la menor de las hijas también “vis” moral o psíquica, ya que no otra consideración merece la advertencia de matarlas si intentaban la marcha, a cuya grave amenaza de muerte imprimió extraordinaria verosimilitud con la exhibición de la escopeta.

La Sala estima, como ha sido dicho, que concurre en el acusado la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 del CP, que ha de operar como agravante, siguiendo el criterio, sostenido desde antiguo por constante jurisprudencia, de considerarlo así en los delitos contra las personas⁴⁵⁴, y ello porque la conducta del acusado no fue ajena a los lazos familiares, sino al contrario, realizó los hechos en consideración a tales lazos, lesionando a su esposa e hijas, no obstante su vinculación y a pretexto de consolidar la relación familiar, y atacando un bien jurídico tan preciado como la libertad.

⁴⁵² Vid. STS de 21 julio 1994, núm. 1510/1994. [RJ 1994/6704].

⁴⁵³ Vid. SAP de Barcelona de 17 noviembre 1995, Sección 5ª, núm. 8369/1995. [ARP 1995/1214].

⁴⁵⁴ Vid. entre otras, SSTS de 22 octubre 1923, de 10 febrero 1925, de 15 abril 1942 [RJ 1942/521] y de 2 febrero 1954 [RJ 1954/199].

3. Con los delitos contra la integridad moral: especial referencia al delito de violencia doméstica: la imposibilidad de apreciar la relación parental para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad sin quiebra del principio nebis in idem.

La STS de 5 marzo de 2001 reconoce que no ha debido agravarse la responsabilidad criminal del acusado en el delito de violencia doméstica⁴⁵⁵ al que es claramente inherente. Siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que *esta relación parental no puede servir al mismo tiempo sin mengua del principio “non bis in idem”, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del artículo 67 CP*⁴⁵⁶.

La SAP de Madrid, Sección 2ª, de 8 enero de 2001 considera que la aplicación de la circunstancia prevista en el artículo 23 del CP, en este caso como agravante, no por considerar demostrada la relación estable de afectividad, sino porque esa relación es elemento del tipo penal del artículo 153, que exige esa clase de vinculación entre el sujeto activo y pasivo de la infracción penal, no pudiendo por ello estimarse como circunstancia agravante para el delito de lesiones que se castiga en régimen concursal con el anterior⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Vid. GRACIA MARTÍN, L., “Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos...*, op. cit., pp. 773 a 789. Vid. también COBO DEL ROSAL, M., SUÁREZ LÓPEZ, J. Mª., *Código Penal con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre 2004*, Barcelona, 2004, pp. 208 y 209.

⁴⁵⁶ Vid. STS de 5 marzo 2001, núm. 164/2001. [RJ 2001/1304]. En este caso la parte recurrente denuncia la indebida aplicación de la circunstancia de parentesco prevista en el artículo 23 CP, en su condición de agravante, porque, al entender de dicha parte, la relación conyugal entre el acusado y su esposa estaba destruida cuando el primero cometió los hechos. A pesar del brutal y mantenido comportamiento del acusado, la convivencia fáctica no se había roto, por lo que los deberes de atención, cuidado y respeto que al mismo tiempo incumbían en relación con su esposa e hijo no pudieron debilitarse. A mayor abundamiento, no deja de ser significativo para descartar que haya sido indebidamente aplicada la agravante de parentesco por una hipotética desaparición de la *afectio maritalis*, que el último episodio de violencia relatado en el *factum* surgiese con motivo de las exigencias del acusado a su mujer para que llevase al hijo a casa de su madre a fin de “*poder acostarse con ella*”. La mencionada circunstancia es apreciada como agravante en el delito de detención ilegal y en las faltas de lesiones, revocándose su efecto agravatorio en el delito de violencia doméstica por las razones antes expuestas.

⁴⁵⁷ Vid. SAP de Madrid, Sección 2ª, de 8 enero 2001, núm. 3/2001. [ARP 2001/363].

La STS de 11 marzo 2003, en un caso de violencia doméstica, señala a tenor de lo expresado por la STS de 5 marzo 2001⁴⁵⁸ que declara que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el art. 153 CP 95, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *non bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP.

La SAP de Barcelona de 22 marzo 2002⁴⁵⁹ analiza la indebida aplicación de precepto penal. La parte recurrente alega que los artículos 148.3 y 153 serían incompatibles desde la interdicción de *bis in idem*. De modo que o bien se sanciona por el delito de malos tratos habituales o bien por el de lesiones al que se remite el artículo 148.3 CP de 1995. El Tribunal desestima el motivo *“no sólo porque, desde la lógica del non bis in idem no existe incompatibilidad entre ambos preceptos (cada uno de ellos recoge sólo y exclusivamente una parcela de desvalor no contenida en el otro, evidenciando un contenido de injusto que responde a diversidad de fundamento en cada caso. En los malos tratos habituales, precisamente tratan de evitarse los actos de violencia física o psíquica habituales, con independencia del resultado lesivo que ello pueda originar, pues la presión de una humillación y vejación constante es ya, por sí misma, digna del reproche penal; en el delito de lesiones, en cambio, se sanciona el resultado alcanzado, objetivado en la necesidad de tratamiento de las mismas y las secuelas padecidas, en su caso). Es que, además, el propio precepto contiene una cláusula concursal expresa que objetiva la diversidad de fundamento de cada uno de los preceptos, obligando al juzgador a sancionar no sólo la violencia habitual sino el resultado que pueda alcanzarse con ello, en este caso las lesiones. Obviamente, la alegación de vulneración del principio non bis in idem por apreciación de la circunstancia agravante de parentesco carece de fundamento: no existe en el tipo de lesiones dolosas, único precepto penal sobre el que se proyecta la concurrencia de la circunstancia agravante referencia alguna a la relación de parentesco que impida valorar la concurrencia de la causa genérica de agravación”*.

⁴⁵⁸ Vid. STS de 5 marzo 2001, núm. 164/2001.

⁴⁵⁹ Vid. SAP de Barcelona de 22 marzo 2002, Sección 3ª

La SAP de Asturias de 21 octubre 2003⁴⁶⁰ afirma como hechos probados que Juan y Mariana iniciaron en el año 1999 una relación de convivencia en pareja, de la que han tenido dos hijos. A lo largo del mes de abril de 2001 Juan golpeó a Mariana con una goma de plástico duro por diversas partes de su cuerpo, la obligaba a realizar flexiones corporales y otro tipo de ejercicios durante horas desprovista de cualquier prenda de vestir y en una ocasión tras rociar con un frasco de colonia los genitales de Mariana procedió a prenderle fuego con un mechero, lo que no impidió que en días posteriores a dicho suceso el acusado la forzase a mantener relaciones sexuales logrando tener acceso carnal por vía vaginal a pesar de su expresa voluntad en contra. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de: un delito de agresión sexual del art. 179, un delito contra la integridad moral del art. 173, un delito de detención ilegal del art. 163.1º y una falta de lesiones del art. 617.1º del Código Penal, considerando responsable de los mismos en concepto de autor a Juan con la concurrencia de la circunstancia modificativa mixta de parentesco como agravante prevista en el art. 23 del Código Penal. El Tribunal concluye que concurre en todos los delitos salvo en el de violencia habitual previsto en el art. 153 del Código Penal la circunstancia de parentesco en su vertiente de agravante, prevista en el art. 23 CP, habida cuenta de la relación estable existente entre las partes, procediendo imponer además de las penas solicitadas por el Ministerio Fiscal la medida de prohibición de comunicación y aproximación con la víctima por tiempo de cinco años de conformidad con lo establecido en el art. 57 del Código Penal, todo ello en atención a la gravedad de los hechos, al peligro que representa el acusado y a la dinámica de la violencia desarrollada por éste.

4. Con los delitos contra la libertad e indemnidad sexual

En cuanto a la circunstancia del núm. 4 del artículo 180 del CP, debe también ser apreciada al haberse producido los hechos con prevalimiento del autor, de su relación de parentesco con su hermana de padre y madre. Así la Sala 2ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 junio 2000 , núm. 1104/2000 (RJ 2000/6074), entiende que en casos como el presente, debe apreciarse esta circunstancia agravatoria del núm. 4 del 180 y no la agravante de parentesco del artículo 23, considerando el TS erróneo el planteamiento

⁴⁶⁰ Vid. SAP de Asturias de 21 octubre 2003, Sección 3ª. [ARP 2003/277207].

de que el tipo penal agravatorio del artículo 180.4 sea de aplicación cuando la situación parental sea la determinante de un consentimiento, -lo que equivale a decir que este tipo agravado se aplicará a los antiguos estupro de prevalimiento del artículo 434 y 436 del CPTR 1973, con olvido de que la correspondencia a estos artículos la podemos encontrar en los delitos de abuso sexual del artículo 181.3, en los que se parte de una relación consentida si bien con un consentimiento viciado por una situación de prevalimiento derivado de una relación parental-. Según la citada sentencia “*el tipo agravado no guarda relación con el consentimiento sino a una relación especial, de carácter parental entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuricidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, lo que puede determinar un menor contenido de la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de la situación de relación parental. Situación que aparece fundamentada en el aprovechamiento de las circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, o en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o, incluso, fundamentado en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo de la agresión sexual, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura. En todo caso se requiere una situación de prevalimiento, no dirigido al consentimiento sino a la realización de la conducta típica que no aparece descrita en el relato fáctico*”⁴⁶¹.

Asimismo la doctrina de la Sala 2ª del Supremo viene declarando que el prevalimiento se basa en la existencia de una situación objetiva de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo, ventaja que es utilizada por el primero para satisfacer sus deseos sexuales sobre el segundo⁴⁶². Asimismo en la STS 26 de enero 2001⁴⁶³ se dice en forma expresa que el consentimiento de la menor estaba mediatizado por lo que se suponía la relación de parentesco, por lo cual el autor de los hechos se valió de la circunstancia objetiva de su superioridad que le confería el hecho de ser padre de la víctima, sometida a su autoridad paterna y, en razón de la edad de la menor, dependiente en absoluto del agente del hecho para su subsistencia y, en gran medida para su educación, y, de la propia descripción de la ocurrencia de los hechos, que se

⁴⁶¹ Vid. SAP de Valencia, Sección 3ª, de 7 febrero 2001, núm. 73/2001. [ARP 2001/332].

⁴⁶² Vid. SSTS de 31 marzo 1997 [RJ 1997/2520], de 3 abril 1998 [RJ 1998/2604], de 13 noviembre 1999 [RJ1999/8710] y de 21 marzo 2000 [RJ 2000/3333]; vid. también SAP de Barcelona de 9 junio 1998, Sección 9ª. [ARP 1998/2640].

⁴⁶³ Vid. STS de 27 enero 2001, núm. 64/2001. [RJ 2001/191].

recoge en el relato fáctico, se desprende con claridad que fue el peso de tales circunstancias, que evidentemente conocía el sujeto activo que podía hacerlas actuar para sus fines, lo que determinó a la menor a acceder y someterse a la voluntad de su padre que, por tanto, se prevaleció de su circunstancia de tal para la realización tanto de los actos de tocamientos lascivos como para la penetración vaginal.

La SAP de Murcia de 7 julio 1998⁴⁶⁴ en un supuesto en el que el padre con amenazas realiza de forma continuada tocamientos a su hija y le obliga a masturbarle establece que los hechos son constitutivos de un delito continuado de agresión sexual, previsto y penado en los artículos 178, 180.4 y 74 del Código Penal, *pues el acusado, prevaleciéndose de su relación de paternidad, y tras amenazar e intimidar a su hija, consiguió que ésta se desnudara, lo que aprovechó para besarla y realizarle tocamientos por todo el cuerpo, exigiéndole que le masturbara, lo que consiguió; actos estos que suponen un atentado a la libertad sexual de la víctima y que realizados en diversas ocasiones integran un delito continuado, excepcionalmente previsto para los delitos contra la libertad sexual*⁴⁶⁵ ... *Esta agresión sexual continuada se ha ejecutado a lo largo del tiempo, prevaleciéndose el acusado de su relación de parentesco (la víctima era la hija), prevista como circunstancia cualificadota y específica en el artículo 180.4 del Código Penal, ya que evidentemente ha facilitado la comisión de los delitos, al convivir en el mismo domicilio, venciendo más fácilmente la resistencia de la hija y consiguiendo que ésta no comunicara los hechos a los demás familiares*⁴⁶⁶.

La SAP de Navarra de 25 junio 1998⁴⁶⁷ en un caso de abusos sexuales a nieta adoptiva viene a decir que concurre la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria, dado el delito cometido y dada la cualidad de ascendente del acusado sobre la menor, en virtud de la adopción que de la misma hizo el hijo del acusado. Asimismo determina que no cabe apreciar la agravante de abuso de confianza, pues al defenderse

⁴⁶⁴ Vid. SAP de Murcia de 7 julio 1998, Sección 3ª, núm. 90/1998. [ARP 1998/4086].

⁴⁶⁵ Según el artículo 74.3 “in fine” del Código Penal, y en aplicación de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha declarado que se produce continuidad delictiva en los delitos de agresión sexual cuando la acción delictiva se ha repetido, se lleva a cabo entre iguales sujetos, con una acción que dura en el tiempo, con un dolo único que aprovecha diversas ocasiones, SSTS de 16 enero 1997 [RJ 1997/184], de 21 enero, de 1 febrero y de 5 julio 1994 [RJ 1994/81, RJ 1994/1240 y RJ 1994/6248], requisitos estos que concurren en el presente caso.

⁴⁶⁶ El padre amenazaba a la hija de la siguiente forma: “*si cuentas algo a alguien me bañaré en tu sangre*”.

⁴⁶⁷ Vid. SAP de Navarra de 25 junio 1998, Sección 1ª, núm. 124/1998. [ARP 1998/3723].

la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco (artículo 23), necesariamente su consecuencia conllevará como en el caso de autos dada la relación abuelo-nieta, *un abuso de confianza quebrantado*.

En este sentido, la SAP de Navarra de 13 enero 1998⁴⁶⁸ estima concurrente un delito continuado de abusos sexuales agravado específicamente por el prevalimiento de relación de parentesco por ascendiente, previsto y penado en el artículo 182, párrafo primero –en relación con el art. 181.1-, y número 1º del Código Penal. Asimismo estima que “...*las relaciones de carácter sexual, mantenidas entre padre e hija, lo fueron en un ambiente de tensión, temor, proclive a la producción de una cierta indefensión en África. El entorno convivencial, donde se insertan los excesos sexuales de Emilio P. sobre su hija África, se caracteriza por la imposición de una sutil dominación, ejercida por el padre sobre su hija...*”⁴⁶⁹.

La SAP de Lleida de 22 enero 1998⁴⁷⁰ en un caso de acceso carnal en la persona de su suegra y en presencia de su mujer, considera legalmente acreditada la agresión sexual denunciada en grado de consumación y concurriendo las circunstancias descritas en el art. 180 del Código Penal 1.ª -cuando la violencia ejercida revista un carácter particularmente degradante o vejatorio- 3.ª -cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable por razón de su edad- y 4.ª -cuando el delito se cometa, prevaleciendo de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima-; circunstancias estas que concurren en el presente caso, dada la forma en que se desarrolló la agresión, en presencia de la esposa, obligada a presenciarse, en atención a la edad de la víctima y el parentesco que unía a ésta con el agresor, circunstancias todas recogidas en el relato fáctico que describe el apartado de los hechos probados de esta resolución.

La SAP de Badajoz de 16 diciembre 1996⁴⁷¹ en un caso de agresión sexual de padre sobre su hijo disminuido psíquico estima que en la realización del mismo ha

⁴⁶⁸ Vid. SAP de Navarra de 13 enero 1998, Sección 3ª, núm. 12/1998. [ARP 1998/108].

⁴⁶⁹ En este sentido resulta llamativa la expresión que utilizó África en el acto de juicio y que de modo singularmente expresivo describe la situación relacional: “...*Emilio P. era para mí hasta hace poco un ídolo, que le quería tanto como le temía...*”.

⁴⁷⁰ Vid. SAP de Lleida de 22 enero 1998, Sección 1ª, núm. 20/1998. [ARP 1998/94].

⁴⁷¹ Vid. SAP de Badajoz de 16 diciembre 1996, núm. 76/1996. [ARP 1996/1299].

concurrido la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, *“que en este caso y de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial en los delitos contra la persona y concretamente contra la honestidad (Sentencia de 25 marzo 1964 [RJ 1964/1666]) debe operar siempre como agravante...”*.

La SAP de Barcelona de 1 febrero 1996⁴⁷² declara probado que en fecha no concretada del año 1992, el acusado aprovechando la circunstancia con sus hijos y que el menor estaba dormido, se giró hacia su hija y le dio largos besos en la boca, introduciéndole la lengua y poniéndose sobre ella, como la niña le preguntó qué hacía, el acusado no prosiguió y le dijo que era para que supiera como se hacía. La niña lloró tras el acto del padre y ocultó lo sucedido a su madre explicándoselo casi dos años después, fecha en la que la madre ya había decidido romper la relación y abandonar el domicilio a otra vivienda preparada al efecto, pero que al saber lo señalado adelantó. La Sala estima que no procede estimar concurrente la agravante genérica de parentesco al art. 11 ACP, por ser tal circunstancia la que supone el prevalimiento del autor e integra el delito atribuido (estupro).

La SAP de Soria de 16 octubre 1995⁴⁷³ en un caso de agresión sexual de un padre a su hija, señala que ninguna duda ofrece la concurrencia de la agravante de parentesco *“al encontrarnos con que la agraviada es descendiente del ofensor y al tratarse de un delito contra la libertad sexual..., siendo destacable el abuso de confianza y de autoridad que vino dado por razón de la convivencia y de la relación parental”*.

La SAP de Navarra de 17 septiembre 1994⁴⁷⁴, en un caso en el que el padre viola a la hija de doce años en reiteradas ocasiones, estima que resulta probado que el procesado de forma reiterada, consumó el acceso sexual con la menor, existiendo así una serie de actos ilícitos diferenciados, en el tiempo y en la decisión del sujeto activo, esto es, con un dolo específico o individualizado para cada ocasión, merecedores por el

⁴⁷² Vid. SAP de Barcelona de 1 febrero 1996, Sección 10ª, núm. 10/1996. [ARP 1996/77].

⁴⁷³ Vid. SAP de Soria de 1995 de 16 octubre 1995, Sección 1ª, núm. 53/1995. [ARP 1995/1334].

⁴⁷⁴ Vid. SAP de Navarra de 17 septiembre 1994, núm. 28/1993. [ARP 1994/538].

desvalor que suponen y reproche penal consecuente, de una calificación individualizada para cada caso como delito de violación⁴⁷⁵.

De otra parte, es reseñado por la Audiencia que en el presente caso no cabe desconocer que la violada, apenas había cumplido los doce años, era hija del acusado, convivían en la misma habitación, existía un evidente desarraigo familiar. Asimismo es apreciable una escasa formación personal, de madurez y cultural de la menor. Por ello la Sala entiende que *las amenazas vertidas, tuvieron entidad intimidatorio bastante, amén de concurrir conjunta o aisladamente la fuerza física empleada por el acusado*.

Concurriría en el caso presente la agravante específica prevista en el derogado art. 452.bis.g), a cuyo tenor “*el ascendiente... que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito*”, esto es, se refiere a los delitos contra la libertad sexual. En este sentido, en la realización del expresado delito, como ha sido dicho, ha concurrido la circunstancia agravante específica consistente en perpetrar la violación con abuso de autoridad por quien tiene la condición de ascendiente de la víctima.

No cabe duda que también concurre la circunstancia modificativa mixta de parentesco, en este caso como agravante, prevista en el art. 11 del Código Penal.

Sin embargo la concurrencia de ambas no puede resolverse como pretende la acusación particular al ser en el presente caso incompatibles, debiendo optarse a juicio de la Sala por la agravante específica, en base a la aplicación de los principios de especialidad y *nom bis in idem*.

⁴⁷⁵ Ahora bien, la Sala matiza que no puede castigar las diversas ocasiones en que el acusado violó a la menor, como tantos delitos de violación, ya que ello infringiría patentemente el principio acusatorio, y por tanto el precepto constitucional de tutela jurídica efectiva del art. 24.1 CE. La Sala afirma que no cabe duda que apreciar un concurso real de delitos de violación, no habiéndolo planteado las acusaciones, a pesar de entenderse como la calificación jurídico penal más ajustada a Derecho, implicaría un castigo mucho más grave y una sorpresa para el acusado que no habría podido defenderse de la misma. Por otra parte, apreciar o admitir, como remedio ante la imposibilidad de castigar por un concurso real, la solución del delito continuado como expresión de un mayor desvalor en la conducta del procesado, tampoco resulta satisfactoria, ya que además de ser contraria a la doctrina jurisprudencial apuntada, no es la interpretación más favorable para el acusado.

Dicha agravante requiere no solo que el sujeto activo tenga la condición de ascendiente, sino también como señala la STS 12 junio 1982 [RJ 1982/3523], el abuso de autoridad, presupuesto que ha sido matizado por la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 5 abril 1994 en el sentido de que *“para que la agravación específica prevista en este tipo se produzca no es necesario que la persona encargada abuse de su cargo, sino que basta que se aproveche de la situación de superioridad sobre la víctima y de la especial facilidad que le proporciona para la comisión del delito su próxima y más íntima convivencia”*⁴⁷⁶.

Al respecto no le cabe duda a la Sala, postura que compartimos, que los repetidos actos de acceso sexual con la menor, se realizaron aprovechando la superioridad moral que implicaba la condición de progenitor, especialmente reforzados por la escasa edad de la víctima, un cierto desarraigo familiar, así como por la íntima convivencia que suponía dormir en la misma habitación.

La SAP de Cádiz de 16 diciembre 1996⁴⁷⁷ declara probado que el procesado, a partir de la separación conyugal, subía habitualmente al piso de arriba donde dormían sus tres hijas y se metía en las camas de las mismas. Las hacía objeto de toda clase de tocamientos en los órganos genitales, asimismo, pretendía introducirles el pene por el ano. Durante la tramitación del procedimiento amenazó a sus hijas reiteradamente acudiendo a los colegios donde se encontraban, con objeto de que cambiaran su declaración y manifestando *“que eso no lo iba a olvidar”*. La Sala inscribe los hechos en el art. 181.2.1º del CP 1995, con la circunstancia agravante de parentesco prevista en el art. 23 del mismo cuerpo legal, que determina la imposición de la pena conminada en su mitad superior (art. 66 circunstancia 3ª).

La STS de 19 marzo 2004⁴⁷⁸ entiende que no concurre en los hechos la agravante de parentesco, ya que la circunstancia de que el acusado fuera el padre de la víctima no influye en absoluto en la ejecución material de los posibles delitos. Se declara probado que, agarrando la mano de la víctima, el acusado la utilizó para masturbarse mediante el empleo de la fuerza física, venciendo así la resistencia de

⁴⁷⁶ Vid. SSTS de 25 octubre 1985 [RJ 1985/5058] y de 15 septiembre 1993 [RJ 1993/6727].

⁴⁷⁷ Vid. SAP de Cádiz de 16 diciembre 1996, Sección 2ª, núm. 178/1996. [ARP 1996/1379].

⁴⁷⁸ Vid. STS de 19 marzo 2004, núm. 380/2004. [RJ 2004/3413].

aquella. Es claro que tal forma de proceder impidió a la víctima actuar según su libre determinación. De otra parte, el recurrente es el padre de la víctima con la que convivía junto con sus hermanos, que se *aprovechaba* de las prolongadas ausencias de la esposa del domicilio familiar, por lo que *tenía un más fácil acceso a la víctima, cuyas posibilidades de defensa se veían disminuidas*.

Se denuncia la infracción de los arts. 178, 180.4ª y 181.1 y 4 del Código Penal y la no concurrencia de la agravante de parentesco en los hechos, ya que la circunstancia de que el acusado fuera el padre de la víctima no influye en absoluto en la ejecución material de los posibles delitos (¿?).

La Sala Segunda de nuestro Alto Tribunal pone de manifiesto que el art. 180 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril, ya citada, dispone que en las conductas previstas en el art.178 serán castigadas con la pena de cuatro a diez años de prisión cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

Al tratarse de hechos cometidos con violencia o intimidación, el prevalimiento contemplado en el precepto, apoyado en la relación de parentesco o de superioridad “*no puede entenderse orientado a obtener el consentimiento, que siempre estaría viciado, de la víctima, sino que debe valorarse como el aprovechamiento de una situación más favorable para la comisión del delito como consecuencia de aquella relación, lo que determina una mayor antijuricidad y culpabilidad, pudiendo influir también en la intensidad de la fuerza o intimidación necesarias para superar la inicial resistencia de la víctima*”⁴⁷⁹.

En el caso actual, el recurrente es el padre de la víctima con la que convivía junto con sus hermanos, en el marco de una situación de crisis familiar con episodios de violencia y malos tratos de tales características que determinó el absentismo escolar de los hijos y la total despreocupación de los padres respecto a su atención y cuidado, dando lugar a prolongadas ausencia de la esposa del domicilio familiar, de las que se

⁴⁷⁹ Vid. STS de 26 junio 2000, núm. 1104/2000.

aprovechaba el acusado que, de esta forma *tenía un más fácil acceso a la víctima*, cuyas posibilidades de defensa se veían mermadas, por lo que el motivo se desestima.

La STS de 17 febrero 2003⁴⁸⁰ declara probado que G, residente, junto con su mujer y su hija, en Barcelona, frecuentaba en el año 1992 la compañía de las menores M. M. y M. P., cuando éstas contaban seis años de edad, relación y conocimiento que venía dada por el hecho de trabajar la esposa de G en el restaurante de los padres de la menor M. M., y por lo que respecta a la menor M. P. por la amistad del mismo y su mujer con los padres de ésta⁴⁸¹ habiendo incluso pasado un mes y medio en el domicilio de G por motivos laborales de sus padres.

En fecha indeterminada, teniendo las menores M. P. y M. M. seis años y “*aprovechando G la presencia de dichas menores en su domicilio para jugar con su hija..., que a la sazón contaba con dos años de edad*”, les exhibió películas de contenido pornográfico, explicando las escenas de dichas películas como si de un juego se tratara y movido por un ánimo libidinoso comenzó a partir de aquel momento a realizar actos de contenido sexual de toda clase, conducta que mantuvo durante los siguientes seis años de forma progresiva en cuanto a la naturaleza y contenido de las relaciones sexuales, consistiendo en hacerlas desnudar, lo que también hacía el acusado, realizar tocamientos en los cuerpos de las mismas, besarlas en zonas erógenas, haciendo en ocasiones que las menores se introdujesen objetos en la vagina, realizarle masturbaciones y felaciones, relaciones entre ambas, penetrando vaginalmente de forma completa a M. P. y de forma incompleta a M. M.

⁴⁸⁰ Vid. STS de 17 febrero 2003, núm. 210/2003. [RJ 2003/3628].

⁴⁸¹ Desde nuestra perspectiva reside aquí la mayor cobardía del acto criminal en tanto en cuanto el agresor se aprovecha y prevale de una relación de amistad, confianza y además –e incluso- de parentesco para cometer el delito. Debe tenerse en cuenta que debido a la vulnerabilidad de las víctimas por su corta edad y de la situación de proximidad a las mismas por la relación de confianza que existe con sus progenitores no puede obviarse ese plus de culpabilidad presente en quien se aprovecha de esas circunstancias favorables para cometer un delito, con mayor ruindad que si de un extraño se tratase. Y esto es así porque los progenitores de las menores confiaban en G para que cuidase de sus hijas mientras trabajaban y porque en base a esa amistad que les unía jamás podrían haberse siquiera planteado que el agresor aprovecharía esa situación para abusar de las niñas y olvidarse de las normas ético-morales que rigen nuestra cultura en cada momento histórico y que rechazan este tipo de comportamientos tipificándolos en el Código Penal. Además G se prevale de esa relación y hace caso omiso de los principios de confianza y de solidaridad que deben inspirar este tipo de relaciones para comportarse con la mayor frialdad cual extraño que no siente ningún apego por las víctimas.

En fechas también indeterminadas G comenzó a tomar fotografías a las menores desnudas y durante la realización de actos de contenido sexual, bien con él o entre ellas, y más adelante procedió a efectuar grabaciones en vídeo, fotografías y grabaciones que, cuando intervenía G realizando actos sexuales con las menores M. P. y M. M., eran realizadas por su hija menor de edad, a quien había enseñado tanto a hacer fotografías como filmaciones videográficas.

A partir de fechas igualmente no determinadas G advirtió a las menores M. P. y M. M. que si dejaban de ir a su casa para mantener relaciones sexuales con él, en la forma que ya venían haciéndolo, procedería a exhibir y a difundir entre los chicos del pueblo las fotografías y vídeos que tenía de ellas, así como que “*ellas saldrían perdiendo si lo contaban porque se armaría mucho jaleo*”, advertencias que a partir del momento en que fueron formuladas reiteradamente determinaron que la voluntad de las menores se plegara a la voluntad de aquel de continuar manteniendo con las mismas relaciones de naturaleza sexual.

G desde fecha indeterminada igualmente aprovechaba las ausencias de su esposa del hogar familiar para realizar actos sexuales con su hija menor de edad, consistentes esencialmente en felaciones, prácticas sexuales a las que accedía la menor voluntariamente, no constando probado que el acusado hubiera amenazado de forma alguna a su hija.

Igualmente G había exhibido películas pornográficas en reiteradas ocasiones a los menores M. A. y P. desde que éstos contaban 11 y 12 años de edad, exhibición que se continuó hasta cuando ambos menores contaban 16 años de edad, habiéndoles invitado en diversas ocasiones a que se masturbaran y realizándoles fotografías con los genitales al descubierto, masturbándose asimismo el acusado en presencia de aquellos mientras visionaban películas pornográficas. G advirtió a los menores que si contaban lo sucedido exhibiría las fotografías que les había realizado.

G padece un trastorno sexual conocido como pedofilia, de tipo no exclusivo (que se traduce en no existir una fijación absoluta del objeto del deseo), déficit en la percepción y en la comprensión de situaciones sociales y rasgos de inmadurez e

infantilismo, sin que ninguna de tales alteraciones psíquicas le impidiera conocer la licitud o ilicitud de sus actos, ni adecuar su conducta a tal comprensión.

Los hechos declarados probados en relación a la hija menor del acusado son legalmente constitutivos de un delito continuado de abusos sexuales, tipificado en el art. 181.2, núm. 1º del Código Penal en relación con los arts. 182, párrafo segundo núms. 1º y 2º y 74 apartados 1 y 3 del mismo Cuerpo Legal, pues concurren en el caso todos los elementos típicos definitorios del delito.

La pena con que se conmina al delito de abusos sexuales no consentidos por ser la víctima menor de doce años –ahora menor de trece como consecuencia de la reforma operada por la LO 11/1999- es la de cuatro a diez años, que ha de imponerse en su mitad superior si el delito se comete prevaliéndose de relación de parentesco o cuando la víctima sea especialmente vulnerable. La mitad superior de una pena de cuatro a diez años se eleva a otra de siete a diez años que, a su vez, ha de imponerse en su mitad superior que asciende a una pena de ocho años y seis meses a diez años cuando existe continuidad delictiva, como sucede en el caso analizado.

La SAP de Murcia de 30 octubre 2003⁴⁸² declara como hechos probados que el acusado movido por ánimo libidinoso y aprovechando que su hija menor dormía sola en la habitación, se metió en la cama de ésta, comenzando a acariciarle la zona genital, para acto seguido, apartándole las bragas, introducirle el pene en la vagina, causándole erosiones en la cara interna de los labios menores, así como ligero desgarró en el himen, lo que produjo leve sangrado y daño en la menor, la que de estado semidormido pasó a despertarse totalmente, preguntando a su padre, al notar la sangre, que era lo que sucedía, contestando aquel que le habría venido la regla y mandándola a duchar, mientras él procedía a lavar las bragas de la niña.

Los hechos son constitutivos de un delito de abuso sexual del art. 181.1 y 2 del Código Penal al tratarse de un abuso sexual cuando la víctima contaba nueve años de edad y habiendo constituido el abuso a sexo carnal por vía vaginal. Asimismo dándose las circunstancias del art. 182.2 en relación con el 180.3 y 4 al tratarse de una víctima

⁴⁸² Vid. SAP de Murcia de 30 octubre 2003, Sección 5ª. [ARP 2003/277207].

menor de trece años y ser el autor padre de la víctima, el Tribunal impone la pena en su mitad superior.

La SAP de Baleares de 11 febrero 2005⁴⁸³ declara como hechos probados que desde el año 1999, contando S doce años de edad, aprovechando el acusado que su madre se ausentaba del domicilio familiar entre las catorce y las quince horas, para realizar tareas de limpieza en un chalet, sometió, siempre amenazándola con que le pegaría o la castigaría, a dicha menor a constantes tocamientos, habiendo llegado a penetrarla tanto vaginal como bucalmente en numerosas ocasiones, no sólo en el domicilio familiar donde aprovechaba la ausencia de la madre, sino que también la obligaba a ducharse con él, logrando en esas ocasiones la penetración y otras le decía que subiera a su habitación donde efectuaba iguales maniobras y actos, además, en otra ocasión en una rulote y otra vez en un vehículo militar abandonado la obligó siempre bajo la amenaza de que si contaba algo le pegaría, no la dejaría salir de casa e incluso la mataría, a bajarse los pantalones y las bragas, para a continuación cogiéndola por la cabeza obligarla a que le practicara una felación.

Iguales tropelías perpetró el acusado contra la hermana menor E, si bien esos actos se iniciaron algo después, habiéndola penetrado también vaginalmente y obligado a que le practicara felaciones en el domicilio familiar, en distintas ocasiones, sin que se hayan podido precisar las fechas y siempre bajo la amenaza de golpes e incluso de matarla si contaba algo o que no la dejaría salir si no accedía a sus pretensiones.

Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de dos delitos continuados de agresión sexual de los arts. 178, 179 y 180.3 y 4.

En el fundamento jurídico tercero el Tribunal recoge un párrafo digno de mención: *“el acoso, la tensión, la humillación, la vejación y el temor creados deliberadamente por un miembro del entorno familiar o afectivo sobre aquel que percibe más débil, es una violencia sutil, indirecta, que actúa de modo oculto, sin dejar marcas, pero que provoca daños considerables así como mermas importantes en los mecanismos de autodefensa y autoestima de la víctima...”*.

⁴⁸³ Vid. SAP de Baleares de 11 febrero 2005, Sección 2ª, núm. 15/2005. [ARP 2005/62213].

La SAP de Toledo de 2 marzo 2005⁴⁸⁴ declara probado que el procesado convivía con su cónyuge y sus cuatro hijos, dos varones y dos mujeres. Desde que su hija F contaba la edad de nueve años el acusado, aprovechando los momentos que se encontraba sólo con ella y con ánimo de satisfacer su apetito sexual efectuaba tocamientos en los pechos de su hija con la excusa de poder detectarle cáncer. Este comportamiento alcanzó el momento de mayor gravedad cuando en hora y día no precisado de un domingo de mayo de 1999, consiguió que su hija le acompañara a su lugar de trabajo, y estando allí solos los dos, el acusado se bajó los pantalones e intentó introducir su pene en la vagina de su hija, que tenía entonces catorce años de edad. Al no conseguirlo por la resistencia de la menor, el procesado le ordenó bajo la advertencia de emplear más fuerza física, que se metiera el pene en la boca, requerimiento al que F inicialmente se negó pero que finalmente cumplió ante la firme creencia de que su padre llevaría a efecto sus conminaciones, conocedora del carácter agresivo de éste con los miembros de la unidad familiar.

La conducta del acusado, padre de la menor, se integra dentro de la prevista en el subtipo agravado del art. 180.1º.4º del CP al prevalerse aquel para la ejecución del delito de la relación de parentesco que le unía con la víctima, al ser dicho acusado padre de la menor ofendida, *aprovechándose de la confianza y respeto de la hija para favorecer la comisión del hecho criminal y facilitar la imposición de sus propósitos sobre la voluntad de la menor, lo que supone un plus de antijuridicidad por la vulneración en tal caso de los deberes morales y exigencias éticas que la convivencia familiar y la paternidad entrañan y justifica la agravación de la pena*⁴⁸⁵.

La STS de 27 octubre 2004⁴⁸⁶ declara como hechos probados que el procesado J.P, viudo, convivía con alguno de sus hijos entre los que se encontraba su hija Y en el domicilio familiar. Y era la encargada del cuidado de sus hermanos y de la administración de la casa. El día de autos el acusado requirió a su hija Y para que mantuviera relaciones sexuales con él. Ante la negativa de ésta la agarró de los brazos y la llevó al dormitorio y comenzó a quitarle la ropa interior. Como Y se resistía el acusado la arañó en ambos lados del cuello y la golpeó con un cinturón, haciendo

⁴⁸⁴ Vid. SAP de Toledo de 2 marzo 2005, Sección 1ª, núm. 3/2005. [ARP 2005/76331].

⁴⁸⁵ Vid. STS de 21 septiembre 2004.

⁴⁸⁶ Vid. STS de 27 octubre, núm. 1225/2004. [RJ 2004/6857].

ademán de coger una navaja que se encontraba en la mesilla, penetrándola, a continuación, vaginalmente y eyaculando en su interior. Y acudió, en la tarde en que transcurrieron los hechos, al Hospital y presentando las siguientes lesiones: eritemas paralelos a ambos lados del cuello (arañazos), marcas en parte posterior de muñeca izquierda y eritemas en brazo derecho, zona enrojecida tanto en abdomen como en costado derecho con forma característica compatible con la marca que dejaría un cinturón al golpear contra la piel y pequeños eritemas en ambos miembros inferiores.

La Audiencia de Instancia falló condenando al acusado J.P como autor de un delito de agresión sexual del art. 180. 1.4ª en relación con el art. 179 del CP.

Se cuestiona la incompatibilidad de la agresión sexual violenta junto con el subtipo agravado de prevalimiento de la relación de superioridad o parentesco prevista en el art. 180.4º.

La Sala 2ª del TS estima que no existe incompatibilidad y su concurrencia no presenta problemas ya que la tesis del recurrente llevaría a la conclusión de que nunca se podría aplicar esta agravación que está prevista para la agresión violenta. Por lo demás, el Tribunal Supremo recuerda que la razón de ser de la misma se justifica *“por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar por la mayor facilidad que dicho escenario supone y por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan –en este caso- de la relación paterno filial, y ello no guarda conexión con el consentimiento de la víctima, por lo que si la víctima es obligada al mantenimiento de la relación, y, además, la agresión se realiza en el marco de una relación parental con pleno conocimiento de ello, se está en el caso de aplicar el subtipo agravado”*⁴⁸⁷.

La STS de 12 febrero 2004⁴⁸⁸ declara como hechos probados los siguientes: el procesado J sobre las 12.30 horas del día 27 septiembre del año 2001, se presentó en el domicilio de su cuñada M. Fue la suegra del acusado quien abrió la puerta, E, de 78 años de edad, quien había acudido a dicha vivienda para realizar las tareas domésticas y el cuidado de una nieta, dado que su hija y el esposo de ésta se encontraban realizando

⁴⁸⁷ Vid. STS de 22 enero 2001, núm. 38/2001. [RJ 2001/31].

⁴⁸⁸ Vid. STS de 12 febrero 2004, núm. 173/2004. [RJ 2004/1523].

la vendimia. Pese a que su suegra le dijo que se fuera, J pasó al interior bajo el pretexto de esperar la llegada de su cuñado.

En ese momento E se encontraba cocinando, pidiéndole el procesado que le sirviera un aperitivo, a lo que se negó la misma. Ante ello, J cogió un trozo de queso del frigorífico y se marchó al salón-comedor, pero posteriormente regresó a la cocina para decirle a su suegra que había venido a acostarse con ella. Ante dicha afirmación, E le llamó sinvergüenza y comenzó a gritar y a pedir auxilio a una vecina, quien no la oyó. Acto seguido J le tapó la boca, cerrando la puerta de la vivienda por dentro, al tiempo que le decía que se callara y agarrándole la mano arrastró a su suegra hasta el dormitorio de matrimonio de su hija, donde la tumbó sobre la cama y quitándose los pantalones y los calzoncillos, se echó encima de ella y la inmovilizó. El acusado le subió la falda y la faja bajándole las bragas y tocándole sus partes íntimas e igualmente le desabrochó la blusa, realizándole tocamientos por los senos, besándole los mismos y en la cara, por lo que E le llamaba sinvergüenza y malo. En dicho momento el procesado intentó penetrarla, reaccionando E dándole un tirón en el pene y diciéndole “*que se la iba a cortar*”, quejándose de dolor en una costilla por el daño que le producía al estar echado encima, advirtiéndole que tendría que ir al médico y se lo contaría todo. Ante ello, J se bajó de la cama y se dispuso a vestirse, momento en el que E aprovechó para salir de la casa, con la ropa desabrochada, con intención de acudir a pedir auxilio a casa de la suegra de su hija, la cual se encontraba en las proximidades. Sin embargo, al observar la víctima que el agresor huía en su vehículo, decidió regresar a la vivienda, cerrando su puerta con llave.

El acusado fue condenado como autor responsable de un delito intentado de agresión sexual definido en el art. 179 y 180 del CP.

Se denuncia la aplicación indebida del art. 180.4º del CP. El recurrente estima inaplicable dicho subtipo agravado por la ausencia de base afectiva, que la jurisprudencia de la Sala 2ª exige para la aplicación del art. 23 CP, que prevé la circunstancia mixta de parentesco.

El Tribunal afirma que es indudable la semejanza o esencial coincidencia de la cualificación combatida con la circunstancia genérica de parentesco, por lo que en

alguna forma debería existir entre suegra y yerno un lazo natural afectivo como presupuesto para la aplicación del subtipo.

Sin embargo, la Sala 2ª sostiene que es necesario precisar más, y centrar nuestra atención en la configuración legal de cada una de estas circunstancias.

En el art. 23 sólo se requiere la relación de parentesco, como situación objetiva conocida por el sujeto agente, que en su relación con el delito cometido representa un mayor grado de reproche al actuar en contra de las exigencias éticas impuestas por el vínculo que le une a la víctima (desprecio a las obligaciones morales), con el consiguiente deterioro o resquebrajamiento de las relaciones familiares.

No se excluye, subraya el Tribunal Supremo, que *“el legislador, en punto a la ratio agravatoria, haya tenido en consideración el desvalor que supone la facilitación que en la ejecución del delito proporciona la confianza que debe existir entre parientes”*.

De otra parte, en el art. 180.4º se hace una precisión más, cual es, que el responsable se haya prevalido del vínculo parental para la ejecución del delito.

Esta connotación nos permite aquilatar el grado de afectividad exigible, reduciéndolo a sus justos límites y que en el subtipo concernido estaría integrado por el mantenimiento de la consideración y trato propio de la relación parental que une a agresor y víctima.

Debe observarse que la razón de agravar prevalente en el art. 180.4º CP, sin perjuicio de compartir la misma que el art. 23 CP (de ahí la incompatibilidad aplicativa, si no queremos infringir el principio non bis in idem), no es otra que *la facilidad ejecutiva que proporciona el vínculo parental*.

La STS de 13 noviembre 2002⁴⁸⁹ contiene como hecho probado que J conociendo que su cuñada F padece un retraso mental leve, que le hace bloquearse en momentos de angustia, teniendo reconocido un grado de minusvalía del 47%, y

⁴⁸⁹ Vid. STS de 13 noviembre 2002, núm. 1901/2002. [RJ 2002/10859].

aprovechándose de tal circunstancia, desde que F tenía unos 13 años, comenzó a hacerla objeto de tocamientos por todo el cuerpo, incluido los pechos y genitales, cada vez que ambos coincidían en el domicilio.

Estos hechos se repitieron en el tiempo hasta el año 1998 en que, con aprovechamiento de la minusvalía psíquica de F comenzó a penetrarla vaginalmente con ánimo de satisfacer sus apetencias sexuales, contra la voluntad de ésta que le decía que la dejara que le hacía mucho daño, y coaccionando su voluntad al advertirle que si decía algo de eso no volvería a ver a su hermana A (esposa de J) ni a sus dos sobrinas a las que profesaba mucho cariño.

Estos hechos se repitieron en varias ocasiones en el domicilio del acusado y en una casita cercana al domicilio de los padres de F.

La Audiencia de instancia condenó al acusado como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual, concurriendo la agravante genérica de parentesco y específica de especial vulnerabilidad de la víctima.

Se denuncia indebida aplicación de la agravante genérica de parentesco del art. 23 CP. Argumenta la parte recurrente que no procede la aplicación de la referida agravante genérica ya que el tipo penal del art. 182 contiene específicamente la relación de parentesco que lo agrava, apartado segundo del mismo y, al ser el acusado cuñado de la víctima, queda fuera del parentesco que recoge dicho tipo agravado y por tanto no ha de ser de aplicación dicha agravante.

En contra de la anterior tesis entiende la Sala 2ª del Tribunal Supremo que no existe impedimento legal alguno que impida abstractamente aplicar en este tipo de delitos la agravante genérica de parentesco para los supuestos no contemplados expresamente en el subtipo agravado del art. 182.1º del CP (*“cuando el delito se cometa prevaleándose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, de la víctima”*). Ello no obstante, entiende también el Tribunal Supremo que, en el presente caso al haberse tenido en cuenta globalmente el conjunto de circunstancias concurrentes en el mismo para considerar que el acusado actuó contra la libertad sexual de la víctima, que no consintió las penetraciones

vaginales de que fue objeto (arts. 181.1 y 2.2º CP), y por tanto la circunstancia de ser el acusado cuñado de la víctima –lo que permitió conocer con todo detalle las debilidades de la misma, a la que había hecho objeto de tocamientos libidinosos desde temprana edad-, no procede valorar aisladamente el referido grado de parentesco por afinidad existente entre la víctima y el acusado, para agravar la responsabilidad penal de éste aplicando la agravante genérica de parentesco, porque ello supondría valorar, indebidamente, dos veces la citada relación familiar, vulnerando el principio “non bis in idem”.

La STS de 9 febrero 2004⁴⁹⁰ contiene los siguientes hechos probados: el procesado, A, aproximadamente desde el año 1995 hasta principios de noviembre del año 2000, movido por el mismo propósito lascivo realizó en reiteradas ocasiones sobre M.T, afectada por un retraso mental permanente e irreversible que le hacía tener una edad mental no superior a los 12 años, con un grado de minusvalía del 97%, los siguientes actos: por las tardes, aprovechando la ausencia de L, madre de M.T, por razones laborales, lograba quedarse a solas con M.T en el piso en que convivían, mandando a J, hermana pequeña de M.T, a jugar a la calle ordenándole que no subiera antes de las nueve menos cuarto de la noche. Tras ello cerraba la puerta de la casa por dentro y bajaba todas las persianas, comenzando a tocar a M.T por todo el cuerpo, incluidos los pechos, el pubis y la vagina, diciéndole ante el temor que experimentaba la joven en esa situación que eso era normal entre dos personas que se querían, que era un secreto entre ellos, al tiempo que le advertía que no se lo dijera a su madre porque se enfadaría con ella y le reñiría, y así numerosas veces llegó a introducirle el pene en la vagina.

El procesado para la consecución de estos actos se valía del hecho de hallarse unido sentimentalmente desde hacía varios años a la madre de M.T, L, conviviendo en el domicilio de ésta, lugar en que se produjeron los hechos descritos y donde residían también M.T y su hermana J respecto de las cuales el acusado hacía las funciones de padre.

⁴⁹⁰ Vid. STS de 9 febrero 2004, núm. 130/2004. [RJ 2004/2137].

La Audiencia de instancia condenó al acusado como autor de un delito continuado de agresión sexual con penetración del art. 179, en su modalidad agravada de prevalimiento del art. 180.4º del CP.

La condición del acusado como compañero sentimental de la madre de la menor, obliga a plantearse la concurrencia de una nueva agravación. El número segundo del art. 182, en su redacción actual, impone la pena en su mitad superior cuando concurra la circunstancia cuarta del art. 180, que se refiere al prevalimiento del parentesco o de cualquier relación de superioridad.

Pero esta redacción del precepto procede de la reforma operada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril, y no puede aplicarse retroactivamente. La Sala 2ª estima que dado que no consta que las penetraciones se produjesen con posterioridad a la entrada en vigor de esta reforma, es necesario aplicar la redacción anterior del art. 182, que únicamente estimaba esta agravación en los supuestos estrictos de parentesco. En consecuencia el Tribunal Supremo sostiene que no concurre la agravación, si bien la gravedad del hecho y la personalidad del culpable, en el que a efectos de individualización punitiva si puede valorarse su condición de compañero de la madre de la víctima y de conviviente con ella, determinan la procedencia de imponer en segunda sentencia la pena del delito continuado en su mitad superior (nueve años de prisión).

La STS de 5 mayo 2003⁴⁹¹ declara los siguientes hechos probados: el procesado J. C y padre de R, a partir de que ésta hubo cumplido los 8 ó 9 años de edad y movido por el afán de satisfacer su instinto sexual, en repetidas ocasiones, cuyo exacto número no consta, procedió a tocamientos lascivos por el cuerpo de la entonces menor, que comenzaban a producirse por encima de la ropa que la niña vestía y algunas veces finalizaban por debajo de las ropas o una vez que el procesado había desnudado a R se concretaban especialmente en el pecho, las nalgas y las piernas de la niña y en ocasiones llegaban a la vulva.

En un día no determinado de abril de 1998, mientras su esposa y madre de R había salido del domicilio familiar, entró el acusado en la habitación de su hija, que

⁴⁹¹ Vid. STS de 5 mayo 2003, núm. 618/2003. [RJ 2003/3881].

estaba leyendo un libro en la cama y, después de bajar la persiana de la ventana, para dar satisfacción a su apetito sexual la desnudó de cintura hacia abajo y, tras desnudarse él mismo, la penetró vaginalmente con su pene y contra la voluntad de R, que se resistía pero J. C vencía dicha oposición tanto por su natural superioridad dada su condición de padre de aquella, como sujetándole fuertemente por los brazos.

Tras esta ocasión, el acusado realizó con igual fin hechos similares (consistentes en penetrar vaginalmente a su hija), en todas las cuales aprovechaba que la madre de la menor no estaba en el domicilio familiar, o bien se encontraba en otras dependencias del mismo, cerrando en este caso la puerta de la habitación de su hija para llevar a cabo su propósito, pese a la oposición de R, que vencía cogiéndola con fuerza por los brazos.

Poco después de la muerte del abuelo materno de R, al que ésta estaba especialmente unida, el acusado se introdujo en la habitación y cama de la menor cuando ésta dormía y tras desnudarla y hacer él lo propio introdujo su pene en la vagina de su hija, a la vez que la sujetaba con fuerza, pese a que ésta le pedía que la dejara en paz.

Parecido ataque llevó a cabo el día 14 de marzo de 1999, en que padre e hija coincidieron a solas en el domicilio familiar entre las 21.00 y las 22.00 horas, el primero preparándose para iniciar su jornada laboral en el Ayuntamiento de Castellón, en el que a la sazón desempeñaba sus funciones como agente de la Policía Local, y R cambiándose de ropa para salir con su novio y amigos. Cuando la menor estaba abrochándose los botones del pantalón entró en su habitación el acusado y, tras bajarle los pantalones, la tumbó en la cama y la penetró vaginalmente mientras la sujetaba con fuerza, pese a las protestas de su hija.

Al observar las amigas y compañeras escolares de R una actitud por parte de ésta especialmente triste, apática y taciturna, insistieron en que les contara lo que le pasaba. Tras el inicial silencio de la menor, accedió ésta a narrar lo que su padre le venía haciendo, lo que también contó al que entonces era su novio. Unos y otros insistieron en que no debía R soportar la situación por más tiempo, sino que inmediatamente debía contárselo a su madre.

Así lo hizo la menor el día 5 de abril de 1999, en que contó a su madre lo que sucedía cuando el procesado se encontraba fuera del domicilio desarrollando su labor de funcionario policial. La inmediata reacción de la madre fue, sin dejar el menor resquicio a la duda, negar que pudiera ser cierto lo que su hija le contaba –a la que reprochó que lo que quería era arruinar a su padre- reclamando la inmediata presencia del procesado. Una vez que éste llegó, negó que fuera verdad lo que su hija contaba y echó en cara a ésta el estado de nervios en que su madre se encontraba, ante cuya presión psicológica y no sintiéndose respaldada en su angustia, dijo R que era mentira y, aprovechando que el procesado acompañó acto seguido a su esposa al balcón para que le diera el aire y se recuperara, salió la menor del domicilio familiar.

Tras abandonar precipitadamente la casa familiar y dirigirse inicialmente a la de los padres de su novio, denunció los hechos y fue albergada en un Centro de Acogida, pasando posteriormente a residir en un Centro de Menores de la Generalidad Valenciana, que asumió su guardia y custodia, dada su minoría de edad .

Como consecuencia de los hechos y de la radical incredulidad de su madre, R, que tiene un hermano siete años menor que ella, ha dejado de mantener relación con su núcleo familiar natural y sufrió ansiedad generalizada, estado deprimido, disminución de la respuesta emocional, alteración del autoconcepto y de la autoestima e ideas de autoculpabilización.

Se denuncia la indebida aplicación de los arts. 178, 179 y 180.4 del CP en su redacción anterior a 1999.

Con base en la edad de la menor, menos de doce años, y la continuidad delictiva, el Tribunal de Instancia aplicó el art. 181.2.2º del CP e impuso la pena de dos años de prisión, ratificada por la Sala 2ª, en base –sostiene el Supremo- a que son dos episodios delictivos totalmente diferentes. Por ello los abusos mediante tocamientos in consentidos a la menor no tienen por qué –sigue razonando el Tribunal- quedar integrados en el acceso carnal, porque son dos delitos completamente diferentes, no un delito que muta la calificación por razón del traspaso de la víctima de los doce años de edad.

En efecto, el Tribunal Supremo estima el motivo toda vez que los accesos carnales llevados a cabo por el acusado son constitutivos de un delito de abusos sexuales incestuoso por ascendiente, sin violencia o intimidación y con abuso de superioridad, de los arts. 181.1 y 182, 2º, 1º del CP, abuso de superioridad que se traduce de la expresión que consta en el factum, relativa a que el consentimiento se venía por “*su natural superioridad dada su condición de padre de aquella*”, y que por la continuidad delictiva, aplicable a los abusos sexuales (y muy excepcionalmente, dada la doctrina de la Sala 2ª, con respecto a los delitos de agresión sexual), es procedente aplicar –continúa el TS- en su máxima extensión de seis años de prisión, sin perjuicio de quedar penalizados aparte los abusos sexuales consistentes en tocamientos por todo el cuerpo, mientras la menor no había alcanzado aún los doce años de edad (y correlativamente no consentidos), que se describen igualmente en el factum.

La STS de 22 noviembre 2002⁴⁹² declara como hechos probados que en el mes de julio de 1991 J.A se encontraba en su domicilio de Alicante con sus hijos P, de 15 años de edad, y los gemelos J y M, de 12 años de edad, disfrutando del periodo vacacional, siendo así que en ese tiempo en repetidas ocasiones –más de tres- acostó a su hija M con él en la misma habitación, quitándole la ropa y realizando tocamientos en todo su cuerpo, los genitales y el pecho, y forzándola a tocarle a él sus genitales. A pesar de que su padre, tras el acaecimiento de los hechos, amenazó a M con romperle a ella y a su madre las piernas si contaba lo sucedido, ella lo confesó a su madre en el verano de 1992, siendo ésta última la que interpuso la denuncia en Madrid.

La víctima, M, según informe psicológico, presentaba, a consecuencia de los hechos relatados en el párrafo anterior, una grave alteración emocional con dificultad de expresión verbal y estado emocional depresivo con una inhibición y situación de desconfianza hacia las personas del sexo masculino y temor a entablar relaciones de pareja, lo cual entonces comprometía su futuro personal y favorecía la aparición de síntomas ansiosos y depresivos con merma subsiguiente de su salud mental.

El Ministerio fiscal denuncia indebida aplicación del antiguo artículo 430 en relación con el 429.1º del CPTR 1973.

⁴⁹² Vid. STS de 22 noviembre 2002, núm. 1959/2002. [RJ 2002/10503].

En este sentido, discrepa de la calificación jurídica que efectúa la sentencia respecto de los hechos declarados probados –abusos sexuales por prevalimiento–, solicitando que los mismos sean calificados como constitutivos de un delito de agresión sexual del art. 430 CP 1973.

En los hechos probados se dice textualmente que el recurrente se acostó en la misma habitación de su hija M “...quitándole la ropa y realizando tocamientos en todo su cuerpo, los genitales y el pecho, y forzándole a tocarle a él los genitales...”; asimismo se añade que “...tras el acaecimiento de los hechos, amenazó a M con romperle a ella y a su madre las piernas si contaba lo sucedido...”.

El Tribunal reconoce que la expresión “forzándole” es sugerente de un doblegamiento de la voluntad de su hija –a la sazón de doce años de edad–, sin que la amenaza de fractura de las piernas, en cuanto que aparece “...tras el acaecimiento de los hechos...”, no pueda estimarse como intimidación “ex ante”, sino que surge “a posteriori” y con la clara intención de obtener un silencio por parte de la hija.

En relación al término ya referido de “forzándole”, se constata la falta de descripción en que se llevó a cabo tal forzamiento, lo que supone –afirma el Tribunal Supremo– un inconveniente para la prosperabilidad de la tesis del Ministerio Fiscal, que definitivamente decae si se observa que, lejos de profundizar descriptivamente en la idea del forzamiento, se refuerza la tesis del abuso al conectar directamente el contacto físico con su hija “...prevaliéndose –el recurrente– de su situación de superioridad originada en la relación existente entre ambos, padre e hija...”.

4.1. Agresión sexual entre cónyuges

Su eventual valoración como atenuante ha sido analizada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo que ha manifestado, en un supuesto de agresión sexual entre cónyuges en proceso de separación, que ésta ha de fundarse no en la mera constatación formal de la preexistencia del vínculo matrimonial, sino en la actualidad del afecto, que no concurría acreditada como estaba una situación definitiva de ruptura.

La SAP de Ciudad Real de 16 junio 1998⁴⁹³ en un supuesto de agresión sexual estando víctima y agresor ligados por relación análoga a la conyugal señala que concurre la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23 del Código Penal, al encontrarse el procesado y la víctima ligados de forma estable por relación de afectividad análoga a la conyugal, agravando esta circunstancia la responsabilidad.

La SAP de Guipúzcoa de 20 marzo 1998⁴⁹⁴ reconoce en primer lugar, que respecto a la relación de parentesco o análogo, existente entre el acusado y la víctima resulta palmario que entre ambos sujetos, activo y pasivo, existía una evidente relación de pareja estable, cual lo demuestra la existencia de una hija común de corta edad, sin que desde luego las desavenencias sobrevenidas en los últimos tiempos –anteriores a la comisión de los hechos- pueda ser óbice para la anterior afirmación.

De otra parte la Audiencia se pregunta si la llamada “*violación matrimonial*” realiza el tipo penal de la violación. La cuestión se justifica dado que en la doctrina se registran opiniones que disintiendo del punto de vista mayoritario, estiman que el “*ayuntamiento carnal violento entre esposos no puede ser nunca ni siquiera típico en el sentido del artículo 429.1ª (actual 179) del Código Penal*”. Este punto de vista minoritario fue ya defendido en el siglo XIX. En el derecho comparado europeo las opiniones están en este aspecto divididas. Mientras en los derechos de la familia jurídica latina predomina una completa indiferenciación legal del sujeto pasivo⁴⁹⁵, no faltan códigos que excluyen a la mujer casada con el autor del círculo de los sujetos pasivos típicos⁴⁹⁶. En estos países, de todos modos la cuestión no está fuera de la discusión en la opinión pública, en cuyo seno se oyen voces que cuestionan seriamente el estado de la legislación en esta materia.

En la actualidad el legislador español, ha despejado toda duda al respecto del problema de la idoneidad de la esposa del violador como sujeto pasivo. En efecto la opinión que postuló la tesis de la exclusión de la tipicidad en estos casos se basó en el

⁴⁹³ Vid. SAP de Ciudad Real de 16 junio 1998, Sección 1ª, núm. 51/1998. [ARP 1998/3385].

⁴⁹⁴ Vid. SAP de Guipúzcoa de 20 marzo 1998, núm. 1/1997. [ARP 1998/1055].

⁴⁹⁵ Por ejemplo el artículo 519 del Código Penal italiano, derogado por ley de 15 febrero 1996, actualmente artículos 609 bis y 609 quater, el artículo 201 CP portugués.

⁴⁹⁶ Código Penal alemán parágrafo 177; Código Penal suizo artículo 187.1 y Código Penal austriaco parágrafo 201.

epígrafe del Título IX del Libro II del Código Penal de 1973⁴⁹⁷. Una parte de la doctrina que le referencia a la honestidad contenida en el antiguo texto, más que una referencia al bien jurídico, implicaba la mención de la *“característica común de ser acciones deshonestas que atacan a bienes jurídicos de distinta naturaleza”*. De ello se debía deducir, concluían los representantes de este punto de vista, que *“el yacimiento matrimonial (violento) no puede ser nunca deshonesto”*. De ello se dedujo que en tales casos el hecho debía ser sancionado a través del delito de coacciones del artículo 496 del Código Penal anterior.

Pero, la Reforma del Código Penal de 1989 (LO 3/1989) introdujo una nueva designación en el epígrafe del Título IX del Libro II del Código, considerando que los delitos allí contenidos atacan a la libertad sexual. Esta modificación no es sólo una mera sustitución de palabras. Implicaba como se le ha reconocido generalizadamente, una reforma que recogía una opinión claramente en materia de delitos sexuales y eliminaba, de acuerdo, entre otras consideraciones, con el derecho a la igualdad, toda ambigüedad en relación al sujeto pasivo del delito. De esta manera, *“queda claro que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de una violación en el sentido de los artículos 178 y concordantes (antes art. 429) es ser una persona libre, con lo que desaparece evidentemente toda posibilidad de exclusión de ciertas personas que la anterior redacción del art. 429 permitía poner en duda como sujetos pasivos de este delito (por ejemplo: prostitutas, la esposa del violador, etc.). Por lo tanto, en la medida en la que el texto vigente, arts. 178 y siguientes no contiene una expresa limitación de su alcance*

⁴⁹⁷ Debe señalarse que la mayoría de la doctrina criticó ferozmente la expresión *“honestidad”*, empleada por el Título IX del Libro II del Código Penal y ello por cuanto dicha expresión no resultaba apta para precisar el bien jurídico protegido por los tipos del referido Título, de tal suerte que surgían dudas sobre si quien no era una mujer honesta (vg.: por haber perdido la honra como en el caso de una prostituta) estaba protegida por los tipos, o también en aquellos casos en los que la honestidad no parecía ser evaluable en una persona concreta (vg.: un menor). Pueden citarse como autores que sostuvieron posturas contrarias a admitir la honestidad como bien jurídico protegido por los tipos del Título IX, entre otros, a GIMBERNAT ORDEIG, E., vid. *“Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria”* en *Estudios de Derecho Penal*, Tercera Edición, Madrid, 1990, quien sostiene que la referencia a *“delitos contra la honestidad”* pone de manifiesto algo común a los hechos allí tipificados, esto es, que se cometen mediante acciones deshonestas, inmorales desde el punto de vista del pudor. Los bienes jurídicos atacados mediante esas acciones deshonestas son muy diversos: la familia, en el adulterio; en el rapto, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1966 la honorabilidad de la familia y la autoridad de los padres; en la violación, la libertad sexual de la mujer. Según este autor en lo que coinciden todos estos delitos es en que es una acción deshonestas la que produce la lesión del bien jurídico. También debe reseñarse la posición sostenida por POLAINO NAVARRETE, M., vid. *“Introducción a los delitos contra la honestidad”* en *Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 1975, p. 42, vid. también GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, 1982, pp. 224 y ss.

*en relación con ciertas personas, la violación de la propia esposa no está excluida del tipo penal contenido en la mencionada, toda vez que el matrimonio – y, equiparado a él situaciones derivadas de relaciones estables de pareja- no imponen a la mujer una reducción de su libertad de decisión en materia sexual frente al marido, ni de éste a la mujer”*⁴⁹⁸. Por todo lo dicho, la Sala estima la concurrencia de la circunstancia mixta de parentesco como agravante.

En sentido contrario se pronuncia la SAP de Barcelona de 31 enero 1997⁴⁹⁹ al analizar un caso de violación cometida por marido sobre su esposa. El Ministerio Fiscal considera que la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, debe operar como agravante, por su parte la defensa considera que tal circunstancia debe ser apreciada como atenuatoria y con el carácter de muy cualificada.

La Audiencia señala que la circunstancia de parentesco tiene un carácter mixto, esto es, que actuará como atenuatoria o agravatoria de la responsabilidad criminal, según el tipo de delito, los motivos y sus efectos; incluso puede llegar a resultar intrascendente la relación familiar, a efectos de atenuar o agravar la responsabilidad. Con carácter general, es una circunstancia que agrava los delitos contra las personas y atenúa los delitos contra la propiedad. Pero ello, no debe ser entendido como un criterio rígido, sino, que como nos dice el artículo 23, hay que atender a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito. Se hace necesario, estudiar en cada caso concreto, primero si esa relación familiar debe valorarse como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, pues puede ocurrir, que carezca de trascendencia alguna, por tratarse de una relación familiar, en la que no existan lazos afectivos, o bien, porque en el hecho concreto no tenga influencia alguna, y en segundo lugar, atendiendo a todas las circunstancias concretas del hecho determinar si actúa como agravante o como atenuante.

Lo que rechaza la Sala es su apreciación como agravante. *“Los efectos del delito sobre la víctima, no pueden ser más graves, ni cabe un mayor reproche para el agente, cuando se trata de un ataque contra la libertad sexual cometido por el marido, que cuando, ese ataque se produce por un desconocido. El padecimiento psíquico de la víctima es muy superior, cuando se ve atacada por un desconocido, que cuando el que*

⁴⁹⁸ En el anterior sentido vid. entre otras la STS de 23 febrero 1993 [RJ 1993/1401].

⁴⁹⁹ Vid. SAP de Barcelona de 31 enero 1997, Sección 3ª. [ARP 1997/52].

*no respeta su libertad sexual, es su marido, con el que ha venido manteniendo relaciones sexuales consentidas a lo largo del tiempo”*⁵⁰⁰.

En el presente caso, el procesado no acepta la separación conyugal, que era decisión de la esposa, a la que intentaba convencer para que volviera con él. Desde luego hemos de estar en desacuerdo con la decisión de la Audiencia de inaplicar la agravante, por el contrario entiende que “*en la conducta del procesado hay que apreciar un menor reproche, así como, es necesario apreciar una menor gravedad en las consecuencias del delito sobre la víctima, por el hecho de tratarse de su marido y no de un desconocido. En definitiva la Sala considera que la relación familiar debe tenerse en cuenta como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, si bien con el carácter de simple*”⁵⁰¹. Sostenemos que existe un mayor reproche y una mayor gravedad cuando quien comete la agresión sexual tiene algún vínculo de parentesco con la víctima, precisamente porque es en el entorno familiar donde cabe esperar protección y prevalerse de esa relación, inspirada en el principio de confianza y solidaridad mutua que rige las relaciones familiares, para atentar contra la libertad sexual de la esposa debe tener una proyección penal que ha de manifestarse en la agravación de la conducta a través de la circunstancia de parentesco y en ningún caso debe plantearse dicho vínculo con efecto atenuatorio. En efecto, es más grave desde nuestra tesis agredir sexualmente al cónyuge que sufrir esa agresión por un extraño.

⁵⁰⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 octubre 1995 [RJ 1995/7400] analiza la cuestión. En ella se recoge un voto particular en el que se aprecia como atenuante muy cualificada la relación marital, en un supuesto similar al que ahora se trata. Considerándose que el delito cometido entre familiares será menos reprochable que el cometido entre extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente, disminuya, en cierto modo, el rigor y entidad del mandato que lo impide, así como los efectos sobre la víctima.

⁵⁰¹ A favor de este planteamiento Díez Ripollés, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barelona, 1985, pp. 56 y ss., quien sostiene que el tratamiento que debe darse a la violación entre cónyuges debe ser diferente y más benigno que el dispensado en otras circunstancias, y ello lo defiende fundamentalmente con dos argumentos: en primer lugar, la preexistencia, de ordinario continuada, de multitud de relaciones sexuales previas no problemáticas, de tal forma que un acceso carnal impuesto por parte de la pareja, implicaría un desvalor de acción menor que el proveniente de un extraño, y en segundo lugar, por cuanto los perjuicios que podrían irrogarse en el ámbito familiar podrían ser mayores que los beneficios con la imposición de la pena en su medida ordinaria. En contra Queralt Jiménez, vid. QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 1996, p. 139, quien por su parte considera que en los supuestos de violación entre cónyuges concurre un supuesto de agravación por parentesco del artículo 23 CP.

La SAP de Baleares de 26 abril 1996⁵⁰² estudia un caso de violación en el que el marido usa violencia e intimidación para tener acceso carnal con su mujer. Así, se declara probado que el matrimonio formado por Carmen y José atravesaba una conflictiva situación personal que se agravó cuando la pareja se trasladó de residencia y el procesado comenzó a ingerir elevadas dosis de alcohol los fines de semana y, esporádicamente, cocaína, así como a frecuentar prostíbulos, lo que motivaba el rechazo de la esposa a mantener contacto sexual con él –entre otras razones, por temor a ser contagiada por alguna enfermedad-, circunstancia que acentuaba el distanciamiento entre ambos cónyuges y, al tiempo, la agresividad del marido, quien en múltiples ocasiones recurría a la violencia física, mediante golpes y palizas, para vencer la oposición de la esposa a mantener relaciones sexuales, quien finalmente accedía a ellas “...en atención a los hijos comunes habidos...y para evitar males mayores al conjunto familiar”. En esta tesitura, el día de los hechos tras haber permanecido el acusado los dos días inmediatos precedentes fuera del domicilio conyugal, le indicó a su esposa que le sirviera la cena, como así ésta hizo; después le indicó que le pusiera el despertador para el siguiente día, a lo que aquella se negó, concedora de que era un ardid para que entrara en el dormitorio conyugal –que parece ser no era utilizado por la esposa- y mantener una relación sexual, entablándose seguidamente una fuerte discusión en el pasillo de la vivienda, en el transcurso de la cual, abofeteó en la cara y golpeó en brazos y piernas a la víctima, cayendo ésta al suelo, e incluso lanzándole una estatua que ésta logró esquivar, agarrándola luego por los cabellos y ropa e introduciéndola en el dormitorio, donde siguió pegándola hasta que se hubo desprendido de toda su ropa, pese a su oposición, consintiendo ésta para evitar ser mayormente agredida en practicarle una felación, que fue seguida de penetración vaginal y eyaculación fuera de dicha cavidad. Todo el alboroto suscitado y los gritos de la agredida fueron plenamente oídos por el subarrendatario de una habitación de la vivienda familiar, quien no se atrevió a intervenir por considerar que era conflicto a resolver por el matrimonio, y los hijos de la pareja, el mayor de los cuales sin poder soportar la agresión que estaba sufriendo su madre, se dirigió a una cabina telefónica y llamó a la policía comunicando lo que sucedía en su casa. A mayor abundamiento, es el propio procesado quien explícitamente reconoce la agresión previa al acto típico, es más, no sólo en esta ocasión sino en anteriores precedentes, bien que la justifique, inútil y vanamente, en que su mujer “es

⁵⁰² Vid. SAP de Baleares de 26 abril 1996, Sección 1ª, núm. 45/1996. [ARP 1996/220].

una viciosa” y que necesita que *“la insulten y maltraten para excitarse sexualmente”*, en franca contradicción con los propios postulados asumidos por marido y mujer, en orden a la negativa de ésta de mantener relaciones sexuales por temor a un contagio de *“sida”*, dada la afición del procesado, ya citada, de frecuentar prostíbulos. Tan inaceptable como incongruente resulta la justificación de la violencia desplegada sobre su esposa que sostiene ante el instructor de que *“últimamente ya no quiere acostarse, ni aún pegándole”* que en sana hermenéutica equivale tanto a sostener que la oposición mostrada al acto sexual era rotundamente plena e inequívoca y de imposible convicción errónea sobre lo querido o deseado por su cónyuge.

De otra parte, el Ministerio Fiscal estima concurrente la agravante de parentesco núm. 11 del Código Penal, circunstancia mixta cuyo fundamento se halla en el incremento o disminución de desvalor de la conducta del agente, en atención a la relación existente entre el mismo y la persona agraviada. De ahí que su apreciación no pueda acomodarse a reglas fijas, sino en atención a las circunstancias particulares del caso⁵⁰³ puestas en relación con los criterios que, a tal fin, recoge el citado artículo: dos de carácter objetivo, relativo a la naturaleza y efectos del delito, y otra de carácter subjetivo, que hace referencia a los motivos del delincuente. Conjugando todas ellas podrá llegarse a determinar si la concreta relación familiar ha de ser utilizada para agravar o atenuar la pena, o incluso, si debe ser considerada irrelevante. La Sala no estima -desde nuestra postura erróneamente- su concurrencia en calidad de agravante basándose para ello en el claro distanciamiento entre ambos cónyuges, entre otras razones, por las desavenencias precedentemente apuntadas y en que pese a seguir viviendo bajo el mismo techo, usaban dormitorios separados y para la Sala esto es revelador de que entre la pareja, y cuando sucedieron los hechos, no existía ya cariño o afecto matrimonial de clase alguna.

Sin negar que, posiblemente, a tenor de lo relatado, el afecto marital había desaparecido esto no es óbice para despremiar el juego de la circunstancia como agravante y más en un delito que atenta contra la libertad sexual de la víctima y que cercena de manera simultánea otros derechos fundamentales como la dignidad y con unos efectos psicológicos devastadores sobre la víctima. Llevar a cabo una conducta

⁵⁰³ Vid. STS de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133].

criminal de este calibre contra alguien con en el que existe una relación de mutua confianza supone un plus de culpabilidad que no puede ser desconocido por nuestro ordenamiento penal. En efecto, el autor se prevale de este vínculo, incluso podríamos decir que es similar al abuso de confianza, y aprovecha esta situación, que sin lugar a dudas deja más indefensa y desprotegida a la víctima. Lo trascendental, por consiguiente, no ha de ser la vigencia del afecto marital, a menos que se quiera vaciar de contenido la agravante y desactivarla irremediable y diabólicamente. Vigente o no el amor marital, insistimos, lo relevante es el aprovechamiento de ese vínculo parental para la ejecución del hecho delictivo, traicionando el principio de confianza y solidaridad mutua entre parientes y prevaliéndose de esa situación de confianza mutua de quienes viven bajo el mismo techo y están sujetos a una serie de obligaciones recíprocas que no existen entre extraños. Debe entenderse, o si acaso precisarse, que estas obligaciones no tienen una naturaleza moral exclusivamente sino también jurídica. Por último decir que en ningún caso desde nuestra perspectiva podía haberse planteado, como sostienen otros autores, que la circunstancia apareciera en su vertiente de atenuante⁵⁰⁴. Desde nuestra postura y sobre todo en este tipo de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el parentesco va a ser determinante de una mayor culpabilidad que si el mismo delito se cometiera entre sujetos que no tienen ningún ligamen. Sostenemos que alcanza mayor culpa quien agrede sexualmente a su esposa que si este hecho se produjera entre extraños porque se produce un abuso de confianza y un prevalimiento de este vínculo parental que el autor utiliza interesadamente para la ejecución con éxito del delito.

La Sala estima que los hechos probados integran el delito previsto y penado en el artículo 429.1º del ACP, ilícito que tras la reforma operada por LO 3/1989, de 21 junio, incide en la libertad sexual de la persona, desapareciendo ya definitivamente a raíz de aquella toda limitación relativa a la condición de sujetos activo y pasivo, al tiempo que cualquier duda generada acerca de la posibilidad de exclusión de ciertas personas como sujetos pasivos del mismo (vgr.: la prostituta o la propia esposa)⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Vid. a este respecto el planteamiento de Mir Puig.

⁵⁰⁵ La reforma no es sino revelación del influjo y penetración de la Constitución Española en todo nuestro sistema jurídico, al preceptuar su art. 9.2 “*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...*” así como el art. 10.1 “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad...*”, el art. 14 “*los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de*

La meritada Ley Orgánica de actualización del Código Penal, ha marcado una profunda modificación en los delitos sexuales y concretamente en el delito de violación, pues, al margen de lo precedentemente expuesto, se sustituye el yacimiento como acción sexual básica, por el acceso carnal, concepto éste que más claramente configura de manera específica el verbo del tipo, aunque otra cosa sean las formas, los medios o el ámbito a través de los cuales se personaliza lo que necesariamente tiene que acabar en penetración, que alcanza tres vertientes o cavidades tuteladas, la vaginal, anal o bucal, extremos todos los citados que han supuesto una revolucionaria modificación legal. Ciertamente es que el tema del tratamiento penal de la violación entre cónyuges ha dado lugar a una intensa polémica, manteniéndose básicamente tres tesis en la doctrina:

1º) Quienes estiman que tal acceso forzado no integra el delito de violación, afirmando que el hecho se debe sancionar como amenazas o coacciones, tesis inspirada por lo establecido en algunos códigos extranjeros, como el alemán, suizo o austriaco, que excluyen al propio cónyuge como sujeto pasivo de la violación.

2º) Quienes sostienen que, aún siendo típico el hecho, no sería -por lo general- antijurídico, por la concurrencia de la eximente del ejercicio legítimo de un derecho.

3º) La doctrina mayoritaria y más reciente, que considera que el acceso carnal forzado es antijurídico, por lo que debe ser sancionado como delito de violación. En este sentido como ha indicado nuestro Alto Tribunal en alguna resolución (vgr.: Sentencia de 8 febrero 1996 [RJ 1996/829]) en nuestro ordenamiento jurídico las dos primeras tesis antes expuestas carecen de fundamento, pues ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito, ni existen supuestos “derechos” a la prestación sexual, debiendo primar ante todo, y como la propia Constitución indica, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona.

nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” y el art. 15 “todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes...”.

Es por ello que la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación, quien, usando fuerza o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge⁵⁰⁶.

Asimismo, la Jurisprudencia ha sido pródiga en precisar que la violencia o intimidación no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres de irresistible, invencible, extraordinaria o de gravedad inusitada, bastando que hubiera resultado suficiente, idónea y eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la mujer y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podría derivar mayores males, debiendo llegarse asimismo al convencimiento de que por parte de la mujer se ha opuesto, frente a las pretensiones del violador, una resistencia real, decidida, razonable y de suficiente entidad⁵⁰⁷.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 diciembre de 1995⁵⁰⁸ declara probado que el acusado se presentó en el domicilio que durante años había compartido con su esposa, domicilio que había abandonado veinte días antes para irse a vivir con otra mujer a otra localidad, su esposa se negó a permitirle el paso pero el procesado consiguió entrar dando un empujón fuerte a la puerta y asiendo a su cónyuge por un brazo, la arrastro hasta el dormitorio, donde, con el evidente propósito de satisfacer sus lúbricos instintos menoscabándole su libertad sexual y tras golpearla con gran violencia para vencer la tenaz resistencia que aquella le presentaba, le introdujo el pene en la vagina, y eyaculó en ella. La Sala considera que no concurre la agravante de parentesco que se invoca por las acusaciones, en base a que se había producido una entera separación de hecho de los esposos desde casi un mes antes por haberse roto la relación conyugal y por extinguirse a afectividad propia de la relación familiar conyugal. De nuevo hemos de discrepar con el criterio adoptado por la Sala. Debe tenerse en cuenta, y la violencia doméstica es un ejemplo paradigmático de ello, que un gran número de

⁵⁰⁶ Vid. por todas SSTS de 9 marzo y de 7 noviembre 1989, de 14 febrero 1990 [RJ 1990/1501], de 24 abril y de 21 septiembre 1992 [RJ 1992/7197], de 23 febrero 1993 [RJ 1993/1401] y de 27 septiembre 1995 [RJ 1995/6644].

⁵⁰⁷ Vid., entre otras, SSTS de 28 mayo y de 3 noviembre 1986 [RJ 1986/2893 y RJ 1986/6235], de 12 junio 1989 [RJ 1989/5082] y de 2 diciembre 1991 [RJ 1991/8950].

⁵⁰⁸ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 diciembre 1995, núm. 1106/1995. [ARP 1995/1431].

agresiones se producen cuando la pareja se separa de hecho o de derecho o cuando alguno de los cónyuges decide dar por terminada la relación⁵⁰⁹. Por consiguiente el afecto no puede ser el fundamento de la agravante. Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, lo esencial es que el autor conoce a la víctima, conoce sus hábitos, sus horarios e incluso sus debilidades, y el manejo de toda esta información, a todas luces, lo sitúa en una posición más ventajosa que si de un extraño se tratara y que, por ende, va en detrimento de la posibilidad de defensa de la víctima. Desconocer esto y no aplicar la agravante supone ir en contra del espíritu de la ley y desde una perspectiva práctica conseguir el efecto contrario que la norma pretende alcanzar, por lo que quedaría impune y sin reflejo que esta conducta ha sido más gravosa desde el punto de vista del reproche penal.

La SAP de Madrid de 19 abril 2002 declara probado que el día de autos los cónyuges se encontraban en el domicilio familiar, y cuando la esposa se disponía a salir para ir a visitar a sus padres, que viven cerca de allí, el acusado se lo impidió cogiéndola de los pelos y empujándola hasta meterla en la habitación de la hija de aquella, habida de una relación matrimonial anterior. Calmada la situación, la víctima se fue a la terraza a fumarse un cigarrillo, a donde acudió el agresor para pedirle el teléfono móvil y llamar a un amigo de aquella. Cuando consiguió la comunicación, pasó el teléfono a la esposa, que sólo logró saludar a su amigo, ya que su marido le arrebató el móvil y le dio con sus manos dos fuertes golpes en los oídos, así como puñetazos y patadas por todo el cuerpo, cayendo al suelo dentro de la casa y siendo empujada por el acusado hacia la habitación del matrimonio, mientras él le preguntaba si mantenía relaciones con otros hombres, lo que ella negaba. Ya en la cama, el marido insistía en su interrogatorio blandiendo una navaja, la cual puso en el cuello de la esposa, quien ante la situación de pánico en que se hallaba manifestó a su esposo que efectivamente había estado con el mencionado amigo y otro compañero, con el propósito de hacer desistir al acusado en sus agresiones e intimidaciones, lo que no se produjo, sino que ello lo enfureció más, forzando a la víctima vaginal y analmente, mediando penetración y eyaculación.

La Sala considera que los hechos enjuiciados son incardinables en el tipo previsto en el art. 178, en relación con los arts. 179 y 180.5 del CP, al evidenciarse un

⁵⁰⁹ Tan es así, que el propio artículo 23 se reforma... introduciendo como nuevos sujetos a las ex parejas.

doble atentado por el acusado contra la libertad sexual de su esposa, con utilización de la violencia física y de la intimidación derivada de ésta y con apoyo en el uso de una navaja aplicada al cuello de ella, consistiendo la agresión sexual en el acceso carnal por vía vaginal y también por vía anal, debiendo aplicarse la agravante de parentesco del art. 23 del CP.

La STS de 21 septiembre 2004⁵¹⁰ contiene los siguientes hechos probados: L.M sobre las 20,00 horas del día de autos, encontrándose en el domicilio conyugal, en compañía de su esposa M.A, cogió un cuchillo de cocina y poniéndoselo a ésta en el cuello, la condujo al dormitorio y pese a su negativa, tras quitarle la ropa y mientras la sujetaba contra la cama por la muñeca, procedió a penetrarla por vía vaginal.

La Audiencia de instancia lo condenó como autor responsable de un delito de agresión sexual del art. 179 del CP, con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco.

Se denuncia la aplicación indebida de la circunstancia mixta de parentesco como agravante.

La Sala Segunda señala que desaparecido el delito de parricidio, el alcance de la circunstancia mixta de parentesco sufre indudablemente dicha consecuencia y en este sentido se hace preciso acotar o integrar la misma en el contexto del Código Penal, pues su consideración puede variar teniendo en cuenta aquella supresión, que no sólo afecta al parricidio, donde la relación de parentesco se definía de forma diferente a la establecida en la circunstancia mixta del antiguo art. 11.

En relación con el derogado Texto del antiguo art. 405 CP⁵¹¹ se había planteado como cuestión sustancial la aplicación automática de la agravante de conformidad con los términos literales de dicho tipo penal, es decir, bastaba la persistencia del vínculo matrimonial, incluso en supuestos de separación, para entender aplicable dicha

⁵¹⁰ Vid. STS de 21 septiembre 2004, núm. 1031/2004. [RJ 2004/6382].

⁵¹¹ Este precepto establecía que “*el que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge, será castigado, como reo de parricidio*”.

agravante, y sólo cuando el vínculo se había disuelto bien por la nulidad o por el divorcio se entendía que el delito dejaba de ser parricidio para convertirse en homicidio.

Esta cuestión suscitó en su momento el Acuerdo de Sala General de 18 febrero 1994, que se refería concretamente al supuesto de los cónyuges separados. En dicha Junta se debatieron dos posiciones. En primer lugar, la de que el parentesco, a efectos del delito de parricidio, no desaparece por la separación de los cónyuges, y, en segundo lugar, se defendió otra posición según la cual cuando medie separación entre los cónyuges la aplicación del art. 405 no debe entenderse automática, debiendo valorarse dicha situación “ex” art. 3.1 Código Civil (1889), y por ello la solución de cada caso debía relativizarse en los supuestos de separación al objeto de decidir la concurrencia o no de dicha circunstancia, prevaleciendo este criterio en la Jurisprudencia ulterior sobre la cuestión, de la que puede ser exponente, a modo de síntesis la STS núm. 1402/98 [RJ 1998/8204] en un caso de homicidio (fundamento jurídico 4º).

El Tribunal Supremo considera que la cuestión que nos debemos plantear, al margen de aspectos concretos de la redacción del vigente art. 23 CP y del alcance de las relaciones parentales definidas en el mismo, es la de la aplicación de la circunstancia y, concretamente, si basta con que se dé la relación parental para la misma o, además, es preciso que a ello se sume la relación de sentimiento o afectividad que se presume propia de dichas relaciones (casos de ruptura, malas relaciones, desconocimiento mutuo).

Se han dibujado por la doctrina dos puntos de vista o posiciones dogmáticas acerca de su naturaleza:

-Existe un primer grupo que fundamenta la misma en relación con la culpabilidad del sujeto, de forma que la conducta desplegada sobre parientes conllevaría un mayor grado de culpabilidad.

-Desde la otra posición se sostiene que la circunstancia afecta al injusto penal y no a la culpabilidad, acentuando la antijuridicidad. Ello equivaldría a que concurriría un doble injusto en determinados tipos delictivos: el propio del delito del que se trate y otro

añadido cuando el sujeto activo se encuentra con el pasivo en una relación de parentesco prevista en el art. 23 CP.

Se trataría de establecer la existencia de determinados deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina y precisamente por ello los ataques dentro de ese círculo de personas merecen socialmente un mayor reproche, mientras que operará como atenuante precisamente porque la misma convivencia disminuye la gravedad del hecho. Dicha perspectiva nos lleva directamente a considerar la pervivencia o no de la estructura familiar que justifique el mayor reproche penal, o, en su caso, la menor reprochabilidad teniendo en cuenta la índole de la conducta desarrollada por el sujeto.

La especial consideración del afecto –más exactamente, de la existencia del mismo entre dos personas- es cuestión que debe ser poco trascendente para el Derecho Penal y para el Derecho en general, debiendo atenderse la indagación más bien a supuestos objetivos de ruptura constatables a través de hechos externos. Por ello, cuando la Jurisprudencia exige para apreciar la circunstancia no sólo el conocimiento de la relación de parentesco, sino también la representación de su significado, hay que entender que ello excede de su alcance en la medida en que el conocimiento de la relación de parentesco lleva de por sí el de los deberes morales que la convivencia familiar entraña, cuya vulneración es lo que justificaría la aplicación de la circunstancia, de igual forma que su existencia permitiría la atenuación de la conducta en aquellos supuestos en los que se admite, o incluso la irrelevancia de la circunstancia cuando, en atención a la naturaleza, motivos o efectos del delito, sea intrascendente la conducta en relación con dichos deberes.

En todo caso, debe tenerse en cuenta la pauta establecida por el legislador cuando en relación con las infracciones patrimoniales (arts. 268 o 424 CP) sienta la exención o atenuación de la responsabilidad criminal, mientras que la relación de parentesco en los delitos contra la libertad sexual (arts. 182, 180.4 y 192) y en las lesiones del art. 153 constituye un subtipo agravado o la razón misma de la existencia del tipo penal.

La Jurisprudencia más reciente mantiene una postura abierta en el sentido de que la circunstancia mixta de parentesco tiene su fundamento, no en la subsistencia formal del vínculo jurídico entre los esposos (las demás relaciones suscitan menos problemas y en todo caso serán aplicables a las mismas con las matizaciones correspondientes los criterios referidos a la pareja), sino en la existencia de alguna relación propia de las personas que de alguna manera conservan, pese a las dificultades que pudieran existir, el cariño que caracteriza estas uniones⁵¹². Pero lo que verdaderamente sucede en estos casos es que de los hechos externos puede inferirse la persistencia de los rasgos propios de la estructura familiar, aún cuando se dé una separación de hecho, más que el ingrediente subjetivo de la afectividad o cariño difícilmente aprehensible.

De otra parte, se mantiene como pauta o regla general que debe apreciarse como agravante en los delitos contra las personas⁵¹³, mientras en los delitos económicos y patrimoniales en principio debe ser considerada como atenuante⁵¹⁴.

También subraya el Tribunal Supremo que en relación con determinados delitos (generalmente contra las personas) *la mayor facilidad que para su consumación permite la existencia de la relación parental*. La STS núm. 1104/00, ya citada, expone que la circunstancia mixta de parentesco puede agravar o atenuar la responsabilidad criminal según la naturaleza, los motivos y efectos del delito, lo que permite declarar también su carácter de inane al hecho y, por lo tanto, que no opere como agravante ni atenuante cuando no guarde relación alguna o mínima con el hecho punible.

⁵¹² Vid. SSTS núms. 1104/00 [RJ 2000/6074], 1457 [RJ 2002/8647] y 1654/02 [RJ 2002/9847].

⁵¹³ Lo cual no significa que no existan importantes excepciones como por ejemplo en el supuesto de padre tetrapléjico que solicita la ayuda de su hijo para acabar con su vida. En este caso el parentesco debe actuar desde nuestra perspectiva como atenuante, pues el hijo se rige estrictamente por motivos de piedad y altruistas, por lo que a pesar de tratarse de un delito contra la vida el juego de la circunstancia, insistimos, debe inclinarse hacia su vertiente atenuatoria.

Asimismo, la Jurisprudencia exceptúa los siguientes casos: cuando el ataque pueda obedecer a razones extraparentales, o cuando el vínculo familiar aparece roto, o en los casos de provocación por parte de la víctima. Quizás la más discutida sea la segunda, esto es, cuando el vínculo familiar aparece roto, pues, desde nuestra postura, ello no es óbice para que la circunstancia se aplique como agravante. Téngase en cuenta que desde nuestro prisma el fundamento no es el afecto sino el aprovechamiento de la relación parental, aún quebrada, para ejecutar el delito con mayor facilidad.

⁵¹⁴ También hemos de ser críticos con esta afirmación general pues no se comprende que esta circunstancia deba actuar como atenuante en todo caso en los delitos patrimoniales, cuando existe un supuesto específico que agrava la estafa en el caso de que “*se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador...*” (art. 250.1.7º CP).

En el caso que ahora analizamos, agresión sexual contra el cónyuge, la Sala 2ª estima que el hecho probado constata la existencia legal del matrimonio pero que nada se dice de su situación de ruptura, de la mala relación de la pareja e incluso de la infidelidad de la víctima, *“que ciertamente no afecta a la existencia del delito calificado, pero sí a la aplicación como agravante de la circunstancia de parentesco teniendo en cuenta su fundamento, lo que debe determinar la falta de justificación de la aplicación del plus de antijuridicidad derivado de la relación parental cuando, como es el caso, el matrimonio se hallaba ya roto y los deberes morales entre los cónyuges al menos difuminados”*.

No compartimos la determinación a la que llega el Tribunal Supremo pues a pesar de la infidelidad de la víctima y de que el matrimonio se hallaba ya roto, a todas luces resulta la mayor facilidad para la ejecución del delito, pues, téngase en cuenta que el matrimonio vivía bajo el mismo techo y que esto coloca al agresor en una posición ventajosa para perpetrar el hecho criminal. Asimismo, consideramos que, aún reconociendo que la situación que vivía la pareja no era la más idónea y que el victimario pudo sentirse humillado y vejado, esto no hace que desaparezcan los deberes morales entre los cónyuges. Por todo ello sostenemos que existe un plus de culpabilidad en quien agrede sexualmente a la persona con la que vive bajo el mismo techo que si de un extraño se tratara y además supone la transgresión del principio de confianza que debe proyectarse en este tipo de relaciones. Por consiguiente la conducta es más reprochable socialmente y la circunstancia mixta de parentesco debía haberse aplicado como agravante.

La intensa polémica doctrinal y jurisprudencial que este asunto ha suscitado desde antaño no está en la actualidad definitivamente resuelta, si por tal se entiende la unánime aceptación de un único criterio de solución.

En este sentido podemos exponer con Carmona Salgado cuales han sido las diversas teorías elaboradas al efecto⁵¹⁵:

⁵¹⁵ Vid. CARMONA SALGADO, C., “Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999, pp. 665 a 673.

Carmona Salgado subraya que este fenómeno criminal de la violación de la propia esposa o compañera aparece muy pocas veces en la práctica de forma aislada, como conducta única y exclusiva del agresor

a) Una primera tesis, sostenida bajo la vigencia del derogado art. 429, en su anterior versión a la reforma de 1989, consideraba atípica la violación conyugal, alegando que el interés jurídicamente protegido era entonces la honestidad de la mujer, no su libertad sexual, como ocurre en el presente, motivo por el que el yacimiento carnal con la propia esposa no podía considerarse deshonesto, calificativo que el tipo penal requería entonces, por muy reprobable que fuera la conducta perpetrada por el marido, al que cabría castigar por un delito de amenazas condicionales o de coacciones⁵¹⁶, en eventual concurso con otro de lesiones⁵¹⁷.

b) Una segunda teoría, se corresponde con la opinión más tradicional, sustentada por algunos autores, que califica de típico el acceso carnal violento con la propia esposa, pero otorgando al marido la posibilidad de acogerse a la eximente completa o incompleta de ejercicio ilegítimo de un derecho, esto es, el débito conyugal concerniente a aquella.

c) Una tercera tesis, encuentre factible la aplicación a estos casos de un posible error de tipo o de prohibición. En lo que a la primera modalidad se refiere, no ha suscitado especial interés ni en la doctrina ni en la jurisprudencia.

sexual hacia su víctima, constituyendo en la mayoría de las ocasiones un episodio más, junto a un interminable elenco de conductas vejatorias para la mujer, de ese no menos deleznable comportamiento genérico, que, bajo la común denominación de malos tratos habituales en el ámbito doméstico o familiar (arts. 153 y 617.2 CP 95), han ejercido en todos los tiempos y siguen ejerciendo durante los últimos años con desmesurada e indeseable frecuencia, según indican las estadísticas, determinados hombres sobre sus esposas o parejas de hecho, a las que de forma reiterada y degradante han convertido y convierten en víctimas de sus palizas, insultos y amenazas, todo ello a modo de antesala de las violaciones a las que quedan ulteriormente sometidas. Asimismo la autora hace referencia a la SAP de Córdoba de 17 febrero 1999 que pone de manifiesto que el mismo día en que la esposa recibiera el alta del hospital en el que había dado a luz a su hijo mediante cesárea, fue obligada por su marido a mantener relaciones sexuales, pese a su natural oposición, manifestando a través de tan abyecto comportamiento el más absoluto de los desprecios hacia su estado físico, en particular, y hacia su dignidad, en general; situación ésta que se venía repitiendo desde hacía tres años, ya que el acusado, al parecer, tras golpearla, amenazarla y maltratarla continuamente, “*se excitaba sexualmente con ello*” para proceder posteriormente a violarla. A raíz de tales acontecimientos, la mujer, inmersa en una situación de convivencia familiar que llegó a convertirse en un verdadero infierno para ella, ingresó en un centro psiquiátrico, diagnosticada de trastorno de estrés postraumático con ideas suicidas. (vid. CARMONA SALGADO, C., op. cit., p. 666).

⁵¹⁶ En los diversos textos punitivos europeos tampoco existe un criterio unánime de solución, llegando incluso alguno de ellos a excluir a la mujer casada con el autor del círculo de posibles sujetos pasivos de la agresión sexual, como sucede con el StGB (parágrafo 177), con el Código Penal Suizo (art. 187.1) o con el Austriaco (parágrafo 201.1). El primero de dichos textos limita de forma expresa los supuestos típicos de violación, con carácter exclusivo, a los casos en que el coito sea extramatrimonial, reservando la aplicación del delito de coacciones (parágrafo 240 StGB) para las hipótesis en que ésta se cometa de forma violenta entre cónyuges.

⁵¹⁷ Tesis sustentada en su día por Gimbernat.

Cabe pensar en la posibilidad de que el agresor se equivoque o tenga dudas razonables respecto a la prestación o no de consentimiento por parte de su pareja en cuanto al hecho de mantener relaciones sexuales con él, hipótesis que se complica si se trata de un consentimiento presunto, pues, evidentemente en los casos en los que conste la voluntad contraria de la mujer a realizar cualquier acto sexual con su pareja, y haya sido clara y contundentemente manifestada de forma expresa, la virtualidad del error de tipo debe ser, a juicio de Carmona, nula.

En cuanto al error de prohibición, tampoco puede desestimarse con carácter previo y absoluto la eventual exclusión, total o parcial, de la responsabilidad criminal del agente en aquellos casos en los que pueda constatarse que desconocía o tenía un conocimiento equivocado sobre la ilicitud del hecho, en concordancia con lo dispuesto en el art. 14 NCP⁵¹⁸.

d) La cuarta y más reciente teoría, surgida hasta el momento en relación al tratamiento jurídico de las eventuales agresiones sexuales que pueden perpetrarse entre cónyuges o parejas de hecho, aglutina opiniones diversas, que oscilan desde la aplicación a estos casos de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 NCP –antiguo art.11 CP derogado- como atenuante de la responsabilidad criminal, hasta su estimación como agravante de la misma, sin olvidar la tesis intermedia, que no se pronuncia ni un uno ni en otro sentido por considerar irrelevante a tales efectos la relación matrimonial o de pareja existente entre las partes.

⁵¹⁸ Así lo estima Carmona Salgado y cita al respecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 febrero 1990 y de 21 septiembre 1992, concretamente en relación al error vencible. La segunda de estas dos resoluciones, admitió la citada modalidad de error, tras entender que no faltaba base fáctica en los hechos probados, ya que “...la relación existente entre ofensor y ofendida, el desconocimiento por aquel de que ésta estaba dispuesta a presentar demanda de separación, el que se hallaba acostada en una habitación sin ninguna clase de cierre expresivo de su deseo de impedir la entrada, ...hace que no pueda reputarse como ilógica e irrazonable la deducción hecha por el Tribunal de instancia respecto a la concurrencia del error de prohibición vencible que fue estimado por el mismo...”. Sin embargo, existen resoluciones contrarias que niegan la eficacia de dicha modalidad de error en las violaciones conyugales o de parejas de hecho, básicamente en dos supuestos, esto es, cuando existan actuaciones judiciales previas, dirigidas a decretar la separación de la vida en común de las partes, siquiera sea de forma provisional, tal y como reconoció la STS de 8 febrero 1996, y cuando el comportamiento global del agresor sea claramente violento y vejatorio para la víctima, hasta el extremo de convertir en inverosímil cualquier alegación acerca de su creencia equivocada de haber actuado de forma lícita, dada la relación conyugal –STS de 29 abril 1997-. Carmona Salgado se suma a la opinión sustentada por la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y que parte de la premisa de negar la concurrencia de error en el cónyuge o compañeros en cuanto a la equivocada creencia de que aún tiene derecho a conseguir de su pareja mediante el uso de la violencia o la intimidación cualquier clase de relación sexual, siempre que existan medidas judiciales encaminadas a poner fin a la vida en común hasta entonces mantenida, ya que en tales casos puede aquel saber, sin grandes dificultades, que su comportamiento es contrario a los derechos y deberes inherentes a la relación matrimonial o de afectividad análoga. En este sentido también se pronuncia Olmedo Cardenete (vid. CARMONA SALGADO, C., op. cit., pp. 670 y 671).

4.2 Toma de postura

En este sentido, nuestra postura es que la circunstancia mixta de parentesco debe operar, en este tipo de delitos, en todo caso en su vertiente agravatoria y esto es así porque existe un plus de gravedad en la agresión sexual cuando ésta se lleva a cabo contra el cónyuge u otro pariente. Debe tenerse en cuenta que este tipo de relaciones se rige por el principio de solidaridad y de confianza mutua entre quienes están ligados por vínculo parental, por consiguiente se vulneran una serie de principios y deberes morales que asisten a los parientes y cónyuges y que los diferencia de los extraños. Piénsese que aún desaparecido el afecto marital y existiendo la relación como si de un espejismo se tratara, esto es, sin un proyecto real de vida en común, sin el amor propio que debería existir entre quienes contraen matrimonio o están unidos por vínculos de sangre o jurídicos, esto no es óbice para que dicha relación deba tenerse en cuenta para agravar la responsabilidad a través de la circunstancia modificativa mixta genérica. Al actuar criminalmente contra el cónyuge atentando contra un derecho fundamental como la libertad sexual supone además de realizar el ilícito penal desobedecer y desoír los deberes que emanan de dicha relación y transgredir el principio de confianza y, en suma, aprovecharse de una situación que debiera servir para proporcionar un entorno de afecto y seguridad para cometer un delito respaldado y arropado en esa privacidad que ofrece la familia o el matrimonio. Por esta causa este plus de gravedad no debe desconocerse por el derecho penal y por consiguiente la circunstancia mixta de parentesco debe en todo caso agravar y, por ende, en ningún supuesto atenuar.

En sentido contrario se pronuncian algunos autores que defienden, en cambio, su vertiente agravatoria en las agresiones sexuales entre cónyuges, al entender que el acceso carnal violento o intimidatorio contra la esposa, pese a ser un comportamiento delictivo, presenta no obstante ciertas peculiaridades frente al que pudiera cometer un extraño contra ella, ya que la normalidad con que tales parejas practican el coito pone de manifiesto el hábito que dicha actitud genera. Se trata de argumentar la atenuación en base a la creencia de que el impacto o efecto psicológico en la víctima es menor al ser agredida sexualmente por su pareja que si lo fuera por un extraño. Sin embargo, nosotros no compartimos esta postura en absoluto y el mismo argumento puede ser utilizado para afirmar que este efecto psicológico puede incrementar la vejación que

sufre la mujer que es violada por su pareja o su pariente, quien debería proporcionar cariño, afecto, seguridad y, en definitiva, lo que el consenso social entiende en nuestra cultura que debe ser el entorno familiar y no un sitio donde los miembros más débiles puedan ser vejados, maltratados y víctimas de un sin fin de comportamientos delictivos que si bien, aunque sería deseable que nunca se produjeran, sería más propio esperarlos de un extraño que de un familiar.

5. Con los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

La conducta “*consciente y voluntaria*” de auxilio “*post delictum*” desarrollada por la acusada en el caso a analizar⁵¹⁹ no lo es a su supuesto compañero sentimental, sino a uno de los autores del robo con el que no le unía ningún vínculo de los recogidos en el artículo 454 CP. Asimismo la sentencia impugnada describe la actividad encubridora consistente en que A y B accedieron a que los vehículos adquiridos por C con el dinero procedente del mencionado robo se matriculasen a sus nombres, lo que hacían sin ánimo de lucro propio y persiguiendo el provecho que para éste representaba la inexistencia de compras a su nombre que pudieran relacionarse con el robo perpetrado días antes..., conducta ésta incardinable en el apartado 1º del artículo 451 CP y que explícitamente viene excluida de la exención penológica establecida para los encubridores del artículo 454 del mismo texto.

5.1. Delitos de robo.

La SAP de Tarragona de 18 junio 1997⁵²⁰ es un buen ejemplo del carácter mixto de la circunstancia genérica de parentesco y esto porque de una parte, estima la circunstancia en su vertiente agravatoria (para el delito de robo), y, de otra, la aplica como circunstancia atenuante (para el delito de allanamiento de morada). Así, se declara probado que el día de autos los acusados solicitaron de su cuñada, a través del portero electrónico de su domicilio, que les franqueara la entrada a su domicilio, a lo que se negó expresamente por miedo, ante lo cual entraron en el edificio y volvieron a llamar a

⁵¹⁹ Vid. STS de 16 octubre 2000, núm. 1602/2000. [RJ 2000/8776].

⁵²⁰ Vid. SAP de Tarragona de 18 junio 1997, Sección 2ª, núm. 109/1997. [ARP 1997/1246].

la puerta de la vivienda, manteniendo su negativa la cuñada, momento en el cual los acusados propinaron diversos golpes en la puerta hasta descerrajarla y logrando acceder a la vivienda. Una vez en el interior de la vivienda, y con la finalidad de obtener dinero para adquirir droga, el acusado sujetó fuertemente a la víctima, en tanto que la acusada inspeccionó todo el piso hasta que encontró 50.000 ptas. de las que se apoderó, huyendo ambos a continuación.

Los hechos delictivos por los que ambos fueron declarados culpables son constitutivos de un delito de allanamiento de morada previsto y penado en el art. 202.2 del Código Penal y de un delito de robo con violencia previsto y penado en el art. 242.1 del Código Penal.

El Tribunal estima que concurre la circunstancia de parentesco del art. 23 del Código Penal, al darse los requisitos necesarios para su apreciación⁵²¹, que actúa como atenuante en el delito de allanamiento de morada y como agravante en el delito de robo con violencia. Llegados a este punto podíamos plantearnos la cuestión de si realmente es menos reprochable el allanamiento que el robo.

5.2 De la extorsión

La STS de 15 de marzo 2003⁵²² declara los siguientes hechos probados: el acusado V en los primeros meses de 1998 trabó amistad, que posteriormente se hizo íntima con M. M.

M. M es titular de un importante patrimonio consecuencia de la venta en estos últimos años de varios solares de su propiedad, circunstancia que conocía el acusado que carece de medios económicos e ingresos por razón de trabajo y que ha venido siendo mantenido por M. M a lo largo de estos años. Aproximadamente a mediados del año 2001 la víctima decidió poner fin a su relación con el acusado a lo que éste se opuso quien exigió con amenazas de muerte le siguiera entregando dinero viéndose obligada M. M a primeros de julio de 2001 a hacerle entrega de cuatro millones de pesetas, mas como el acusado, conocedor de que el 10 de enero 2002 tenía que percibir M. M sesenta

⁵²¹ Vid. por todas STS de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363].

⁵²² Vid. STS de 15 marzo 2003, núm. 370/2003. [RJ 2003/2908].

millones de pesetas, importe del último plazo de la venta de unos terrenos cuyo precio total había sido de doscientos veinte millones de pesetas, le exigió la entrega de otros veinte millones de pesetas, por lo que la víctima angustiada por la situación y atemorizada por las amenazas aconsejada por el Letrado que le asesora sus intereses patrimoniales, puso los hechos en conocimiento de la Policía. Así las cosas el día 14 de enero 2002, sobre las 11.00 horas, acudió el acusado al domicilio de la víctima entreteniéndose en dar de comer a los animales que existen en el patio o corral de dicho domicilio, siendo advertida su presencia por M. M que le instó desde una ventana de su vivienda desde la que se asomó a que se marchara, a lo que contestó el acusado que tenían pendiente acudir al Banco para que le diera los veinte millones de pesetas y como recibiera la contestación de que no tenía que darle dinero alguno, empezó a arrojar objetos hacia la ventana donde estaba asomada la víctima y seguidamente subió rápidamente a la vivienda rompiendo la puerta y la cadena de seguridad e introduciéndose de forma amenazadora en la misma, siendo en ese momento interceptado por los agentes de la Policía que estaban en el interior y reducido después de un forcejeo. M. M hubo de ser trasladada a un Ambulatorio donde fue atendida del estado de ansiedad intenso que padecía.

La Audiencia de Instancia condenó al acusado como autor penalmente responsable de un delito continuado de extorsión y otro de allanamiento de morada.

El tercer motivo de casación denuncia la infracción por falta de aplicación del art. 23 CP, circunstancia mixta de parentesco que se solicita que en este supuesto debe actuar como agravante.

La circunstancia genérica y mixta de parentesco descrita en el vigente art. 23 CP establece que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, siendo por ello presupuesto para su aplicación la existencia de la relación referida.

La conclusión, a tenor de lo relatado en los hechos probados, es que desde los primeros meses de 1998 existía una relación calificada de íntima y sentimental entre el acusado y la víctima y que el primero vivía a expensas de la segunda y dicha situación

se prolonga hasta mediados del año 2001, es decir, ello permite su calificación como estable, debiendo presumirse la afectividad que conllevan las expresiones “íntima” y “sentimental”. Por lo tanto en el factum está presente la base objetiva sustentadora de la circunstancia al menos hasta mediados del año 2001, aunque después continuaran viéndose hasta fechas muy próximas al 14 enero 2002.

Con independencia de que el fundamento dogmático de la circunstancia unas veces se relacione con la culpabilidad y otras con la antijuridicidad, la Sala 2ª estima que *“lo cierto es que cuando se trata de delitos entre parientes esta relación implica un agravamiento en la medida que concurre un doble injusto, el propio del tipo delictivo de que se trate (matar, lesionar, amenazar) y otro añadido constituido precisamente por la relación del parentesco existente entre el sujeto activo y pasivo, y ello es consecuencia de la existencia de determinados deberes morales que la convivencia familiar de los parientes determina y precisamente por ello los ataques o agresiones dentro del círculo de personas incluidas en el art. 23 CP merecen socialmente un mayor reproche del injusto, mientras que será una atenuante precisamente cuando la misma convivencia disminuye la gravedad del hecho o incluso será inocua cuando se trate de un suceso extraparental, ajeno a la relación, o exista provocación previa por parte del sujeto pasivo. En relación con la naturaleza del delito se ha sostenido por la Jurisprudencia que debe operar como agravante cuando se trate de delitos contra las personas o contra la libertad sexual, mientras que en los de contenido patrimonial su apreciación adecuada sería la de atenuante. Ello es así claramente en los supuestos más caracterizados. Sin embargo, existen otros tipos delictivos cuya naturaleza es más compleja ello sucede con el de extorsión tipificado en el art. 243 CP, dentro del Título de los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sin embargo, es evidente que la extorsión tiene también indudable relaciones con los delitos contra la libertad de las personas, singularmente, los de amenazas y coacciones, como se describe en dicho precepto que exige la presencia de violencia o intimidación como medio para obligar a otro a realizar u omitir un acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o el de un tercero, lo que significa, en síntesis, que la relación de parentesco sólo será atenuatoria en los delitos contra el patrimonio donde esté ausente cualquier violencia o intimidación como se desprende del art. 268 CP”*.

En cuanto a los motivos, negada por el Tribunal la participación del acusado en las transacciones inmobiliarias de la víctima, no concurren otros que pudiesen justificar derecho alguno del acusado. Por ello en el presente caso “*la relación análoga de afectividad no puede traducirse sino en un mayor reproche hacia la conducta del acusado que desconociendo el valor moral que aquella supone amenaza a su compañera con la finalidad señalada, siendo precisamente la vulneración de dichos deberes morales lo que justifica la aplicación de la circunstancia como agravante, teniendo ello lugar cuando todavía la relación persiste*”⁵²³.

5.3 El delito de apropiación indebida.

La STS de 29 octubre 2001 declara como hechos probados que la acusada y el recurrente integraron una unión de hecho, formando una pareja estable, cuya convivencia *more uxorio* perduró varios años y fruto de esa relación fue el nacimiento de una hija.

Queda igualmente acreditado que durante esa relación estable de convivencia se adquirió por la acusada un cupón de la Organización Nacional de Ciegos que obtuvo un premio, en diciembre de 1996, de 205 millones de pesetas.

Resulta igualmente constatado que durante los años que convivieron como pareja estable, compartieron cuantos ingresos se derivaban del trabajo del compañero de la acusada, única fuente patrimonial constante en los años 1994, 1995 y 1996, apareciendo ambos como titulares indistintos de las cuentas en las que se depositaba el dinero, a excepción de lo obtenido con el premio de la ONCE que fue ingresado en dos

⁵²³ La STS núm. 1074/2002 [RJ 2002/7930] expone que resulta indiferente la duración de la relación de afectividad desde su origen, pues el precepto se refiere a que la relación basta que sea estable, así como que la existencia de discusiones o diferencias no deba afectar en principio al juego de la circunstancia y sólo cuando se ha producido la ruptura de dicha relación el art. 23 no debe ser aplicado. Según la Audiencia, a mediados del año 2001 la víctima plantea al acusado la ruptura de la relación, pero no persiste en los contactos hasta los primeros días del año 2002 cuando presenta la denuncia por las amenazas de que está siendo objeto. La agravante debe operar precisamente por ello sólo en relación con el delito de extorsión y no con el de allanamiento de morada, puesto que cuando éste último se produjo había cesado ya cualquier relación entre ambos.

libretas a la vista, abiertas a tal fin, en las que aparece la acusada como única titular, quien negó a su pareja toda participación en el premio⁵²⁴.

Es doctrina del Tribunal Supremo⁵²⁵ que el art. 252 del Código Penal vigente, igual que el art. 535 del Código Penal derogado, sanciona dos tipos distintos de

⁵²⁴ La Sala Civil del Tribunal Supremo, cuando se refiere a las uniones de hecho o more uxorio, tiene declarado, como es exponente la Sentencia de 4 abril 1997, núm. 272/1997, que sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al “libre desarrollo de la personalidad”, art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/90, de 19 noviembre y ATC 156/87) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, por ello, la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho de surgimiento de la misma...

Sin embargo, esa misma sentencia añade “*sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por analogía legis, ..., sino por analogía iuris) de algún determinado régimen económico de los diversos que regula el Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo...*”.

En esa misma línea se pronuncia la STS, Sala de lo Civil, 790/1998, de 23 julio, en la que se expresa que “*en definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho o more uxorio, en caso alguno, puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de sociedad de gananciales, es claro, que cuando exista tal unión de hecho, la comunidad derivada sólo surgirá si quienes deciden unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes...*”.

Sentencias aún más recientes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como es exponente la 700/2001, de 5 julio, coincide en señalar que ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho –excepción hecha de concretas Autonomías- ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en esos casos de uniones de hecho more uxorio encuentra su semejanza en su disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil. Cuando se trata de relación matrimonial, acorde con lo que se dispone en el art. 1351 CC, la Sala Civil del Tribunal Supremo –Sentencia 1230/2000, de 22 diciembre- viene declarando que un premio de lotería forma parte de la comunidad de gananciales; y en un supuesto similar al que analizamos líneas arriba, es decir cuando se trata de una unión de hecho, igualmente se ha pronunciado, como es exponente la Sentencia de 31 octubre 1996 por la propiedad compartida entre convivientes more uxorio de premio obtenido por un billete de lotería, expresando esta última sentencia que la “*común experiencia demuestra que la posesión de un billete de lotería o el pago del mismo al poseedor no es prueba inequívoca de que es el propietario exclusivo...*” y añade esta sentencia que “*es razonable concluir que actora y demandado quisieron compartir la suerte del boleto, queriendo jurídicamente una comunidad de bienes sujeta a los art. 392 y ss. CC...*”.

La comunidad de bienes aparece, pues, como la institución más apropiada para englobar, en el campo del Derecho Civil, el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la denominada unión de hecho, cuando existen actos concluyentes que lo evidencian. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 975/1997, de 29 octubre, se dice, refiriéndose a los bienes adquiridos durante la convivencia more uxorio que cuando cesa, con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente obstáculo el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. del Código Civil, estableciéndose en el apartado segundo del art. 393 del mismo Cuerpo Legal la presunción de igualdad de naturaleza *iuris tantum*, en cuanto se dispone que “*se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad*”.

⁵²⁵ Vid. STS de 12 mayo 2000.

apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado el Alto Tribunal, STS de 10 julio 2000⁵²⁶, que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro;

b) que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encaja en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, estos es, que se origine una obligación de entregar o devolver (SSTS de 31 mayo 1993 y de 1 julio 1997);

c) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquel para el que fue entregada; y

d) que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

⁵²⁶ Vid. STS de 10 julio 2000, núm. 1274/2000.

Los elementos que se acaban de expresar concurren en la conducta realizada por la acusada, descrita al inicio de este epígrafe, que hace suyo la integridad del premio que correspondía a la comunidad de bienes que había formado con su pareja, sin que existan otros activos que puedan compensar, en su beneficio, dicha apropiación. Ciertamente, la acusada recibe legítimamente la totalidad del dinero al presentar con su compañero el cupón premiado, y una vez ingresado en una cuenta de la que ella es única titular, hace suya, con evidente ánimo de lucro y en perjuicio de su pareja, la suma total recibida, que excluye de la comunidad de bienes y como consecuencia de esta decisión surgen las desavenencias, se rompe la convivencia y la acusada niega a la víctima toda participación en el premio obtenido. La comunidad de ingresos y gastos que mediaba entre ambos, la obligaba a incorporar el importe del premio a dicha comunidad, de la que participaban a partes iguales, incluyéndose su conducta en el ámbito del tipo previsto en el art. 252 del CP 95 que se extiende a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil.

El delito de apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina el apoderamiento. El ánimo de lucro, que en modo alguno puede ser cuestionado en el presente caso, se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebranto de la lealtad debida, que en este caso se produce cuando la acusada abusando de esa confianza, impide ilegítimamente la participación de su pareja en un bien que debió haber ingresado en la comunidad constituida.

A la acusada no se le planteó ninguna duda cuando consideró que el dinero que ingresaba su pareja con su trabajo pertenecía a la comunidad que mediaba entre los dos. Todos los gastos a los que hacía frente la pareja para atender a sus necesidades y la de la

hija se sufragaban con el dinero obtenido por el compañero de la acusada, como ha sido dicho, incluido el que utilizaron para festejar con sus amigos la suerte del premio. Así las cosas, concurre el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, en cuanto resulta bien patente el propósito o voluntad en la acusada de incorporar definitivamente a su exclusivo patrimonio el dinero obtenido con el premio, aún a sabiendas de que entre ambos mediaban actos concluyentes e inequívocos de comunidad de ganancias y gastos.

De otra parte, el Tribunal Supremo considera la circunstancia mixta de parentesco prevista en el art. 23 del Código Penal, en este caso como atenuante, dado que cuando se produjeron los hechos la acusada y el perjudicado estaban ligados por relación estable de análoga afectividad al matrimonio, *“y es doctrina reiterada de esta Sala (Cfr., entre otras, Sentencias de 3 de septiembre de 2001 y 14 de julio de 1997) que esta circunstancia mixta opera como atenuante en aquellas figuras delictivas que protegen el patrimonio o la propiedad, cuando esa relación revele un menor reproche social, que en este caso puede ser afirmado”*.

6. La excusa absolutoria en el encubrimiento por favorecimiento personal.

6.1. Aproximación histórica y cuestiones previas.

En el Proyecto de Código Penal de 1822, el artículo que trataba del encubrimiento entre parientes figuraba con el número 27 y venía a decir que *“las personas receptoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mujeres, de sus parientes consanguíneos o afines, hasta el cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores o de aquellos con quienes estuvieran unidos por amistad, amor, motivo de gratitud o compañía, no serán castigados, sino con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito”*⁵²⁷.

⁵²⁷ Este artículo 27 se discute en la sesión de 10 de diciembre de 1821, aunque el texto que se discute no es el primitivo del Proyecto, sino uno nuevo reformado por la propia comisión que agrupa las enmiendas presentadas. Ahora el artículo es el 21 y su texto se divide en dos párrafos y queda redactado en los

El Código de 1848 simplifica el contenido de esta exención que alcanza solamente a los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o afines en los mismos grados, quedando todas estas personas exentas de pena.

En el Código de 1870 vuelve la exención a recobrar su independencia, apareciendo por primera vez la aclaración de que el parentesco puede ser legítimo, natural o adoptivo (artículo 17).

El Código Penal de 1928 recoge la exención con la misma extensión de 1870, pero hace una referencia expresa a la responsabilidad civil (artículo 51).

El Código de 1932 vuelve a la formulación del viejo Código de 1870 con la única diferencia de que pasa a ser el artículo 18 en lugar del 17, y continúa con el mismo contenido vigente en el Código de 1944.

Navarrete Urieta⁵²⁸ recuerda como los comentaristas Tomás María de Vizmanos y Cirilo Álvarez Martínez estiman que *“hay una ley más antigua que las sociedades y superior a sus leyes, la ley de la naturaleza: y sería inmoral que una ley humana exigiese de un padre, de un hijo, de una mujer, que sofocase esos hermosos sentimientos que ennoblecen tan bellos nombres y que enaltecen tanto a nuestra especie”*.

siguientes términos: *“las personas receptoras o encubridoras de sus padres o ascendientes en línea recta, de sus hijos o descendientes en la misma línea, de sus maridos o mujeres o de sus hermanos, no sufrirán por esto pena alguna, excepto si expendieran o distribuyeren alguno de los efectos en que consiste el delito, o se aprovecharen de alguno de ellos, sabiendo su procedencia, en cuyo caso serán castigados con la octava a la cuarta parte de la pena prescrita contra los autores del delito.*

También se castigarán solamente con la octava a la cuarta parte de dicha pena en todos los casos, a las personas receptoras o encubridoras de sus parientes consanguíneos o afines hasta el cuarto grado inclusive, de sus amos, maestros, tutores o curadores o de aquellas con quienes estuvieran unidas por amistad, amor, gratitud o compañía doméstica de dos meses por lo menos antes de la receptación o encubrimiento y de una manera que sea conocida en el pueblo respectivo la amistad, amor, motivo de gratitud o compañía doméstica”.

La innovación consiste en elevar a la categoría de eximente la relación de parentesco en línea recta – ascendente y descendente- y a los hermanos y al cónyuge siempre que se trate de encubrimiento y mantener el carácter de atenuante para el parentesco consanguíneo o afin hasta el cuarto grado y para los vínculos de amistad, amor, gratitud y compañía doméstica.

⁵²⁸ Vid. NAVARRETE URIETA, J., “El encubrimiento entre parientes” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo I, Madrid, pp. 229 a 241. Vid. también CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento de parientes” en *Comentarios a la legislación penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, M., Tomo V, *La reforma del Código penal de 1983*, Vol. I, pp. 335 y ss.

Para Silvela las obligaciones, el cariño y el afecto que debe reinar en tales personas, justifican a no dudarlo la exención.

Cuello Calón sostiene que se trata de una excusa absolutoria basada en el respeto que a la ley merecen los lazos de sangre.

Jiménez de Asúa y Antón Oneca⁵²⁹ señalan que el encubrimiento obedece al interés que la ley tiene en conservar la solidaridad familiar. Para Antón Oneca el encubrimiento entre parientes es una causa de exclusión de la culpabilidad por utilidad social, ya que hay que respetar los vínculos de la sociedad familiar, poniendo de manifiesto cómo hay una presunción en favor de la existencia del afecto que impone al Juez la obligación de aceptarlo sin dejarle margen para su constatación como ocurre con las demás causas de inculpabilidad.

Para Navarrete Urieta solamente podremos hablar de la existencia de una excusa absolutoria propiamente dicha en aquellos supuestos donde una razón de política criminal aconseja dejar sin pena la comisión de determinados hechos considerados por la ley como delitos. Para este autor las excusas absolutorias dejan indemnes la antijuridicidad y la culpabilidad, recayendo únicamente sobre la punibilidad.

Navarrete pasa una rápida ojeada sobre los distintos supuestos agrupados al amparo del concepto difuso de excusas absolutorias y las clasifica en los siguientes apartados:

1º) *Excusas absolutorias impropias consistentes en la ausencia de tipo.* Encuadra en este primer grupo al antiguo artículo 456 que disponía que “*el acusado de calumnias quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*”. Sostiene que podría parecer a primera vista que se trata de una excusa absolutoria; sin embargo, de lo que se trata es de un caso de ausencia de tipo, ya que al probarse la verdad de la imputación no llega a surgir esta figura consistente en la falsa imputación.

⁵²⁹ Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, 1ª Edición, II, Parte Especial, Madrid, 1929.

2º) *Excusas absolutorias impropias consistentes en una causa de justificación.*

Dentro de este grupo considera dos casos:

a) Cita en materia de descubrimiento y revelación de secretos en antiguo artículo 497. Las sanciones establecidas en este precepto no son aplicables a los padres, tutores o quienes hagan sus veces en cuanto a los papeles y cartas de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia. En este caso se trata de una aplicación concreta de la eximente 2ª del artículo 8 y no de una excusa absolutoria en sentido estricto.

b) El antiguo artículo 461, párrafo último, hablaba de la absolución del acusado si probare la verdad de las imputaciones siempre que se trate de injurias proferidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo o cuando en el caso del artículo 458.1º el injuriante tenga derecho a querellarse. En estos casos se trata de conductas justificadas en virtud del principio del interés preponderante. En el mismo caso se encuentra el que penetre en morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, o al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia.

3º) *Excusas absolutorias en sentido estricto.* Analiza los antiguos artículos 226 y 564. La exención de pena que se establece en favor de los sediciosos o rebeldes que se disuelvan y la establecida a favor de la personas que se citan en atención a las relaciones familiares por los hurtos y demás delitos contra la propiedad que cometan entre sí los parientes –artículos 226 y 564 respectivamente-, tiene para este autor una naturaleza muy distinta a la de los casos ya citados. Estima que la antijuridicidad y la culpabilidad quedan indemnes, pero en cambio la pena queda sin aplicación por razones de utilidad y conveniencia. Por tanto, nos encontramos en estos dos casos frente a dos auténticas excusas absolutorias.

6.2. Análisis jurisprudencial.

La SAP de Salamanca de 2 diciembre 1998⁵³⁰ en un supuesto de homicidio imprudente cometido con automóvil donde el hermano del conductor declara ser él

⁵³⁰ Vid. SAP de Salamanca de 2 diciembre 1998, Sección Única, núm. 129/1998. [ARP 1998/4685].

quien conducía, estima que los hechos narrados no constituyen el delito de simulación, tipificado por el artículo 457 del CP, pues la conducta del acusado, en cuanto trata en exclusiva de proteger a su hermano, desviando la atención de la justicia de la persona a la que se encubre para evitar que la sanción recaiga sobre el mismo, integra o constituye un caso de encubrimiento por favorecimiento personal, prevenido por el núm. 3 del art. 451 del Código Penal, no sancionable en razón a no concurrir los presupuestos señalados en las letras a) y b), del propio precepto y sobremanera al tratarse de hermano por naturaleza de doble vínculo y a tenor del art. 454 del CP que exime de las penas impuestas a los encubridores que lo sean de sus hermanos por naturaleza, entre otros, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del núm. 1º. del art. 451.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 enero 1996⁵³¹ declara probado que la policía judicial intervino una bolsa de plástico que el acusado llevaba en el bolsillo trasero del pantalón, conteniendo 4,9159 gramos de cocaína, con una pureza del 21,07%. A requerimiento de los mismos manifestó que en su domicilio tenía más de la misma sustancia que destinaba parcialmente a la venta, ante lo cual se desplazaron y una vez llegados al mismo, el acusado se dirigió con la Comisión Judicial al armario del cuarto de baño, donde había dejado dos bolsas de cocaína y al no encontrarlas allí, preguntó a su esposa que dónde estaban, ya que precisamente le había advertido que si pasaba algo, que las tirase, manifestando la misma ante la reiterada insistencia de su esposo, que las había arrojado por la ventana del balcón a la calle. No resulta probado que la acusada, tuviera participación alguna, ni en la posesión de dicha sustancia por parte de su marido, ni mucho menos que en manera alguna colaborase con él en el tráfico que con ella realizaba, limitándose a tratar de hacerla desaparecer con el sólo objeto de protegerlo al ver que llegaba al domicilio acompañado de personas que le parecieron policías, como así fue. La Sala no considera a la acusada penalmente responsable de los hechos enjuiciados, al no resultar acreditado, como ha sido dicho, que tuviera participación de tipo alguno, ni en concepto de autora ni de cómplice, en las operaciones de tráfico del otro acusado, su esposo, con el que convivía, *“pues aún en el supuesto que lo conociera, ello sin más no es punible, como tampoco lo es el hecho de tratar de hacer desaparecer la droga..., puesto que sólo lo hizo con el propósito de*

⁵³¹ Vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 enero 1996, Sección 2ª, núm. 7/1996. [ARP 1996/27].

ocultar los efectos o instrumentos del delito e impedir su descubrimiento como único medio de ayudar a su esposo, conducta ésta despenalizada según el art. 18 del Código Penal –ya derogado- en relación con el art. 17.2º.

La SAP de Castellón de 4 octubre de 1995⁵³² en un caso en el que la hija intenta ocultar la droga arrojándola por el váter cuando su madre la avisó de la presencia de la policía, estima que de dicho delito es criminalmente responsable, en concepto de autora, la madre, por haber tomado parte directa material y voluntaria en su ejecución; y lo es también, pero en concepto de encubridora, del núm. 2º del art. 17 del CP derogado, la hija de aquella, con la que convivía, porque no hay razón ni motivo para apreciar en ella ninguna actividad de participación en dicho tráfico, aunque tuviera conocimiento de la existencia de la droga, y como dice reiterada y constante jurisprudencia⁵³³ *“la simple convivencia familiar no es suficiente para inculpar a la hija de la infracción penal de la madre, y si su actividad no se ha probado que fuera otra más que la de intentar ocultar la droga,... y quizás la de intentar hacer desaparecer otra parte de la misma... arrojándola al váter, cuando su madre la avisó a gritos de la presencia de la Policía y de la inminencia del registro, su conducta obviamente sólo puede ser subsumida en el núm. 2 del art. 17, pero por aplicación de la excusa absolutoria del art.18 procede su absolución”*.

La SAP de Tarragona de 10 diciembre 1994⁵³⁴ señala, en un caso en el que la esposa no declara contra su marido, siendo éste acusado de haberla violado, que no ha podido contar con ninguna prueba que le permita efectuar un reproche de culpabilidad respecto del acusado y del delito de violación que tipifica el art. 429.1 del Código Penal derogado, y ello porque a pesar de haber comparecido la denunciante, a la sazón esposa del procesado, se amparó advertida como correspondía por el Tribunal, en su derecho a no declarar sobre los aspectos que podrían perjudicar a su esposo, esto consagra el principio de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho que tiene su pleno desenvolvimiento en el Derecho Penal sustantivo y que exime de la pena a los parientes en las formas de encubrimiento que atacan a la administración de justicia, siendo su fundamento *el evitar poner en contradicción los vínculos de parentesco con el deber de*

⁵³² Vid. SAP de Castellón de 4 octubre 1995, Sección 1ª, núm. 30/1995. [ARP 1995/1253].

⁵³³ Contenida, entre otras, en las SSTs de 20 marzo, de 4 junio y de 30 diciembre 1993 [RJ 1993/2427, RJ 1993/4803 y RJ 1993/9821], de 9 marzo y de 16 diciembre 1994 [RJ 1994/1830 y RJ 1994/10078].

⁵³⁴ Vid. SAP de Tarragona de 10 diciembre 1994, Sección 2ª, núm. 8/1993. [ARP 1994/573].

todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos, o como dice la STS 18 diciembre 1991 [RJ 1991/9493], en estos casos la Ley hace prevalecer el respeto a la relación familiar directa, sobre el fin de descubrir la verdad real para el castigo de quienes delinquieran, concluyendo la Sentencia de 26 noviembre 1973 que este privilegio en el aspecto procesal debe ser interpretado en todo su humanístico alcance a fin de evitar omisiones extensivas y atentatorias del mismo como sería entender que puede ser sustituida la negativa a declarar del testigo exento, por la lectura en el acto del juicio de las declaraciones prestadas por el mismo en la fase instructora, y ello debe ser interpretado así incluso en los casos en que el testigo unido por vínculos familiares al acusado sea la propia víctima del delito y haya puesto con su denuncia en marcha la actividad jurisdiccional, pues la negativa a declarar sobre cuestiones que puedan perjudicar al familiar directo sobre los hechos imputados no permite en puridad considerar sometidas a la oportuna contradicción aquellas declaraciones sumariales.

La STS de 24 junio 2004⁵³⁵ declara probados los siguientes hechos: investigaciones y vigilancias realizadas por miembros de la Comisaría de Policía de Vélez-Málaga llevaron al convencimiento de que se venían realizando ventas de drogas por dosis en el domicilio sito en ..., pues se veía acudir a él a jóvenes consumidores de la zona. Los actuantes trataron de averiguar quién suministraba tales sustancias y a tal cometido a las 22.00 horas del 10 de enero 2002, detectaron la presencia de un vehículo que se estacionó en la puerta del citado domicilio al que accedieron los dos ocupantes del vehículo, un hombre y una mujer. Cuando ambos abandonaron la vivienda, los policías vigilantes advirtieron que se intensificaba la llegada a la vivienda de jóvenes consumidores y de conocidos traficantes de la zona. Esta circunstancia y el hecho de que ya había sido detectada con anterioridad la presencia del citado vehículo por la zona determinaron que se acentuaran las vigilancias a que venía siendo sometido. Por ello, el 14 de enero sobre las 16.00 horas, se ve al vehículo circular por la autovía con dirección Málaga a Vélez-Málaga, los actuantes proceden a su seguimiento y solicitan la colaboración de otros miembros de la unidad para proceder a su interceptación. Aunque se está en la creencia de que se dirige a la vivienda citada al inicio a entregar droga, se

⁵³⁵ Vid. STS de 24 junio 2004, núm. 851/2004. [RJ 2004/5171].

le intercepta por el dispositivo policial cuando salía de la autovía, sin dejarle llegar a su destino.

El vehículo iba ocupado, como en las ocasiones anteriores que había sido visto, por su titular E, viajando en la parte de atrás, con un niño en brazos, su suegra Es, ejecutoriamente condenada por delito contra la salud pública en múltiples ocasiones. Asimismo sin que fuera preciso someterla a cacheo, J sacó de sus ropas e hizo entrega a los agentes de 10 bolsas que contenía 993 gramos de una sustancia que resultó ser heroína, con peso de 993 gramos y pureza del 39,5 %, que ambos de común acuerdo trasportaban con propósito de transmitirla a terceros, con un valor en el mercado ilícito próximo a los 20.000 euros.

Al siguiente día, 15 de enero 2002, sobre las 16.30 horas, provistos de mandamiento judicial habilitante, los policías actuantes se personan en el domicilio citado al inicio para proceder a su registro, sin que fueran atendidas sus reiteradas llamadas y las invocaciones que hacían a su condición de policías, por lo que se hizo preciso proveerse de una maza para forzar la puerta, sin que se llegara a ello, pues finalmente abrió al puerta la titular de la vivienda, M. J.

Durante los veinte minutos de espera, los agentes oyeron carreras por el pasillo y accionar la cisterna del inodoro en tres o cuatro ocasiones y uno de los agentes, que se encontraba apostado en el exterior de la parte de atrás de la vivienda, advirtió como se arrojaba por una ventana desde el interior una bolsa transparente que contenía una sustancia y un monedero que a su vez guardaba una bolsita de plástico también con sustancia. En el interior de la vivienda se encontraban B y M, ésta última condenada ejecutoriamente por delito contra la salud pública.

La vivienda presentaba un aspecto acorde a lo que los funcionarios actuantes figuraban, con abundante agua por el cuarto de baño y el pasillo. En un cubo azul de una fregona había un líquido oscuro y tres bolsitas de plástico transparente. Tanto la sustancia referida como parte del líquido se sometió a análisis cuyo resultado determinó que el líquido contenía heroína en cantidad imponderable y que la sustancia era heroína, con peso de 109 gramos, pureza del 22,3 % y valor en el mercado ilícito próximo a los 2.000 euros. No se ha acreditado que B y M colaboraran con M. J en la tarea de hacer

desaparecer la droga ante la presencia policial. Se incautaron también en el domicilio la cantidad de 41.739,58 euros, en monedas y billetes de 5, 10, 20, 50 y 100 euros y en billetes de 10.000 pesetas, numerosas bolsitas de plástico sin usar y otras mojadas, una balanza, joyas y una libreta con anotaciones, todo ello proveniente de la venta de drogas, pues los titulares de la vivienda no han acreditado ingresos legítimos.

No estaba en la vivienda su titular, I, ejecutoriamente condenado por delito contra la salud pública, pero fue detenido el día 26 de enero, cuando se encontraba en la vivienda sita... y un funcionario policial llamó a la puerta, salió I y le preguntó “¿cuántas quieres?” con clara referencia a las papelinas que portaba. Los agentes habían acudido al piso al advertir que estaba siendo visitado continuamente por consumidores de droga. En poder de I se intervinieron ocho papelinas con una sustancia que resultó ser cocaína, con peso de 2,90 gramos, valorada en el mercado ilícito en 176 euros, y 46,50 euros que se consideran producto de ventas anteriores llevadas a cabo por I, quien compartía con su compañera sentimental, M. J, la venta de drogas que se llevaba a cabo en su domicilio.

M. J recurre en casación por inaplicación del art. 454, con referencia a la excusa absoluta por encubrimiento del cónyuge o pareja.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo⁵³⁶ si bien ha venido entendiendo que el delito contra la salud pública por tráfico de drogas es delito de riesgo o de peligro abstracto en el que no caben formas imperfectas, y en el que sólo en determinados casos podrá acudir a la imputación a título de complicidad o encubrimiento, ha considerado que *la actividad consistente en obstaculizar o impedir el descubrimiento de las ilícitas sustancias con las que comercializaba el autor es encuadrable en la figura del encubrimiento, constituyendo uno de los supuestos de excepción de referencia.*

El Tribunal a quo indica, como ha sido dicho en el factum, que M. J participaba activamente en el tráfico de drogas, y de hecho es muy posible que estuviera ocupada en la elaboración de papelinas cuando llegó la Policía, pues de otra forma difícilmente se entiende que la heroína se cayera al suelo, de donde debió de ser recogida con la

⁵³⁶ Vid. por todas STS de 9 diciembre 1999, núm. 1725/99. [RJ 1999/544].

fregona, pues es la única explicación que se encuentra al hecho de que el agua analizada tuviera resto de heroína y a que estuviera mojado tanto el pasillo como el cuarto de baño de la casa. Más lógico habría sido, de estar toda la droga junta, que se hubiera desprendido por la ventana de toda la que tuviera, lo que le proporcionaba la posibilidad de recuperarla, cosa que no pudo hacer con la que debió lanzar por el inodoro.

En este sentido, la Sala sentenciadora en sus hechos probados describe la participación de la recurrente en la tarea de hacer desaparecer la droga ante la presencia policial.

Tal actividad, como pretende la recurrente, podría ser subsumida en el número 2º del art. 451 CP 1995 que considera encubridor *al que con conocimiento de la comisión de un delito y son haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviene con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes: ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.*

Por otra parte, la Sala de Instancia se limitó a aseverar que M. J participaba activamente en el tráfico referido, añadiendo que es posible que estuviera ocupada en la elaboración de papelinas, pero sin citar los elementos probatorios que le habrían servido de sustento para tal afirmación; surgiendo, en cambio, una mera posibilidad, que deduce del aspecto de la casa y de los vestigios hallados, pero que no sirve más que para aventurar algo que no se evidencia.

Hubiera corroborado la afirmación de que M. J participaba activamente en el tráfico referido la identificación de la misma por los funcionarios de policía o por algún comprador de droga visitante del domicilio ya citado, como la persona dedicada a la venta, pero tal manifestación no se ha producido ni en la fase de sumario ni en la de juicio oral, habiéndose indicado, en cambio, que los contactos con los traficantes del vehículo mencionado al inicio los realizaba I y que de su compañera no tenían sospechas.

Calificada la actividad desplegada por M. J como de encubrimiento, en efecto le es aplicable la previsión contenida en el art. 454 del CP según la cual están exentos de

las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad.

7. La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.

La SAP de Gerona de 15 junio de 1998⁵³⁷ en un supuesto de hurto de uso en el que el acusado coge la llave del coche de su hermano sin su autorización y careciendo de permiso de conducir, después de haber bebido y tomado una pastilla de rohipnol y una raya de heroína, colisionando con dos vehículos, estima que aunque procede aplicar la excusa absolutoria por parentesco, ésta hace desaparecer la responsabilidad penal por el delito, pero no la responsabilidad civil *“puesto que el delito existió y así se recoge en el propio factum de la Sentencia y si ello fue así, la responsabilidad civil derivada del mismo debe ser atendida”*.

La STS de 5 marzo 2003⁵³⁸ declara como hechos probados que el acusado Rafael T. R., contrajo matrimonio en 1974 con Josefa L. T. En 1984 el matrimonio se separa, habiendo otorgado en fecha de 13 febrero de 1984 escritura de capitulaciones matrimoniales por el que se acordaba el régimen de separación de bienes. En diciembre de 1985 el acusado adquiere la vivienda sita ... apareciendo en el Registro de la Propiedad como único propietario. La convivencia entre los esposos se reanuda en 1986, solicitando ambos en noviembre de 1986 un préstamo a la Organización Nacional de Ciegos, a fin de amortizar el que el señor T. había contraído con el Banco Exterior de España para la adquisición de la vivienda mencionada. En dicha solicitud de préstamo se estipula en la cláusula tercera que *“el señor T. R. cede, transmite y reconoce el dominio de la mitad en proindiviso de la expresada vivienda a favor de doña Josefa L. T.”*. De dicho préstamo que fue concedido, la señora L. T. invirtió el total del importe, consistente en algo más de tres millones de pesetas, en la amortización del préstamo subsistente con el Banco Exterior de España.

⁵³⁷ Vid. SAP de Gerona de 15 junio 1998, Sección 3ª, núm. 224/1998. [ARP 1998/2808].

⁵³⁸ Vid. STS de 5 marzo 2003, núm. 334/2003. [RJ 2003/2648].

En noviembre de 1993 el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alicante dicta resolución por la que se acuerda la reconciliación de los esposos, dejando sin efecto las medidas de separación-.

En septiembre de 1995 Rafael, suscribe con la entidad Banco Pastor, S. A. una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, gravando la vivienda arriba mencionada. El importe del préstamo asciende a catorce millones de pesetas. En dicha escritura el señor T. manifiesta que su estado civil es de divorciado. Dicho préstamo lo suscribió sin conocimiento de su mujer. Con dicho importe el acusado adquirió otra vivienda sita ...

En enero de 1996 los esposos presentan nueva demanda de separación, recayendo Sentencia de Separación en noviembre de 1996, en la que se asigna el uso y disfrute de la vivienda domicilio familiar a doña Josefa L. T.

Debido a algunos impagos del señor T., el Banco Pastor S. A. presentó demanda de juicio ejecutivo dando lugar a embargos preventivos y a que la señora L. T. abonara una mensualidad de dicho préstamo ascendente a 142.000 pesetas.

La Audiencia de Instancia falló condenando al acusado como autor responsable de un delito de estafa, concurriendo las circunstancias agravantes específicas de recaer en viviendas y del especial valor de la defraudación.

Se formaliza recurso de casación por el condenado. Se denuncia, para lo que ahora nos interesa, como indebidamente inaplicado el art. 268 del Código Penal⁵³⁹, esto es, la excusa absolutoria entre parientes en delitos contra la propiedad no violentos ni intimidantes. Se argumenta que cuando tuvo lugar la constitución del préstamo hipotecario concedido por el Banco Pastor con la garantía del piso de ambos (septiembre de 1995), ya se había producido la reconciliación entre ambos cónyuges (auto de noviembre de 1993), y mucho antes se había acordado por el recurrente la cesión de la mitad de dicha vivienda a su esposa y fue en esta situación y condiciones que se solicitó y obtuvo un préstamo de la ONCE. En consecuencia, se concluye que el engaño del marido al solicitar el préstamo haciéndose pasar por separado, cuando ya se

⁵³⁹ Vid. QUINTERO OLIVARES, G., y Otros, "La excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales" en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 1999, pp. 599 a 601.

había reanudado la convivencia, y ocultando la situación a su esposa, debe –debería– haber tenido acogida en la Sentencia la concurrencia de la excusa absolutoria citada.

El Tribunal recuerda que la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una *razón de política criminal* que exige *no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre* en los términos descritos en el art. 268 *porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados⁵⁴⁰, de ahí que se excluyan los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad.

En el caso que ahora analizamos, el engaño del que fue víctima la esposa, fue llevado a cabo con ocasión de la solicitud del préstamo con garantía hipotecaria solicitada del Banco Pastor en septiembre de 1995, años después de la reconciliación de ambos cónyuges y del total restablecimiento de la convivencia entre la pareja, por ello el Tribunal estima el motivo y declara exento de responsabilidad penal por la estafa al recurrente.

La STS de 23 diciembre 2002⁵⁴¹ declara como hechos probados que sobre las 21,30 horas del día 22 diciembre 1999 hallándose R.T en el interior de la vivienda que compartía con su compañera sentimental R.H desde hacía aproximadamente un año, mantuvo una discusión con ésta en el curso de la cual cogió un cuchillo de cocina y,

⁵⁴⁰ En este sentido se pronuncia Bacigalupo (Vid. BACIGALUPO, E., *Principios de derecho Penal Parte General, 4ª edición totalmente actualizada*, Madrid, 1997, p. 295) al señalar que *la reducción de la ilicitud en estos casos proviene de la menor conmoción de la confianza general en la vigencia de la norma vulnerada. En efecto: las normas que establecen el derecho de propiedad tienen un efecto menos intenso en relación a las personas unidas por vínculos personales estrechos con el titular del dominio.*

⁵⁴¹ Vid. STS de 23 diciembre 2002, núm. 2176/2002. [RJ 2003/639].

teniéndola sujeta de la chaqueta, hizo ademán de clavárselo, al tiempo que le decía que *“la iba a matar aunque pasar quince o veinte años en la cárcel”*, tras lo que depuso su actitud y abandonó la vivienda.

El acusado el día 23 de diciembre de 1999, se apoderó de la cantidad de 300.000 pesetas que R.H tenía escondida bajo un montón de papeles en una habitación de la casa, y que días antes había retirado de su cuenta bancaria. Asimismo, el acusado también se apoderó de una cámara fotográfica. A raíz de estos hechos el Juzgado de Instrucción dictó una orden de alejamiento, por la que se conminaba al acusado a no acercarse a la víctima, ni a su domicilio, ni al restaurante de su propiedad, bajo apercibiendo de incurrir en un delito de desobediencia. Dicha orden era perfectamente conocida por el acusado, y pese a ello desatendió de forma reiterada dicho requerimiento, acercándose a R.H en los locales que ésta frecuentaba e incluso, personándose en su domicilio. Finalmente el día 2 de enero 2000 el acusado se dirigió al domicilio de la víctima, y sirviéndose de una mezcla de gasolinas y gasóleos que portaba en una lata roció con ella la puerta de acceso a la vivienda y le prendió fuego, quemando parcialmente la puerta y el felpudo que había en el suelo.

La Audiencia de instancia condenó al acusado como autor criminalmente responsable de los siguientes delitos: un delito de amenazas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; un delito de hurto, con la agravante de obrar con abuso de confianza; un delito de desobediencia, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y un delito de incendio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Se denuncia la indebida inaplicación de la excusa absolutoria que establece el art. 268 CP en relación con el delito de hurto, toda vez que la Sentencia declara probado que la víctima del hecho era compañera sentimental del acusado desde hacía aproximadamente un año. Argumenta el motivo que *“parece suficientemente fundado que la relación de ambos constituye una situación análoga a la relación de afectividad derivada del matrimonio, contemplada y aceptada por el artículo 23 del Código Penal...”* y, partiendo de esta base, sostiene que dicha relación entre sujeto activo y pasivo del delito debe incluirse en el art. 268 que exime de responsabilidad penal al

autor cuando el delito sea de carácter patrimonial y no se utilice violencia o intimidación.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo desestima el motivo y sostiene que así como el legislador ha incluido la relación analógica equiparable a la matrimonial en determinados preceptos del Código Penal, no lo ha hecho en otros casos. Tal equiparación aparece en el art. 23 que regula la circunstancia mixta de parentesco. Igual ocurre con el art. 454 que declara exentos de las penas impuestas a los encubridores a quienes lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, así como la misma equiparación se hace en el artículo 153 que tipifica la denominada “violencia doméstica”. Sin embargo, la fórmula legal utilizada en estos preceptos brilla por su ausencia en el art. 268, que en ningún momento incluye tal similitud a efectos de extender la excusa absolutoria a personas ajenas a las relacionadas en el precepto, sin que aparezca razón alguna para presumir que ello sea un olvido del legislador y no a la exclusiva voluntad de éste⁵⁴². Asimismo es doctrina reiterada del Tribunal Supremo⁵⁴³ que las excusas absolutorias las establece la ley por motivos de política criminal, y en cuanto normas de privilegio, no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal.

La STS de 21 diciembre 2004⁵⁴⁴ contiene los siguientes hechos probados: en la noche del día 21 agosto 2001 J.L y M, actuando conjunta y de común acuerdo, acudieron al establecimiento comercial SPORT II, propiedad de C y M.L, padres del acusado J.L, abriendo la puerta del establecimiento con las llaves que J.L había conseguido de su familia.

⁵⁴² En armonía con la Jurisprudencia de la Sala 2ª que, al interpretar el antiguo artículo 564 declaraba que *“ha de estarse a los términos en que está concebido tal artículo sin extensiones ni recortes que no desnaturalicen y la de que, hecho presupuesto normativo de la excusa el vínculo matrimonial, ha de tomarse éste tal cual es sin condicionamiento alguno, de donde resulta, de un lado que la misma no puede aplicarse a los casos de vida extraconyugal, y, de otro, que no cabe rechazar su vigencia y aplicabilidad cuando los cónyuges estén separados judicialmente, o de hecho, si no media sentencia de nulidad o divorcio, que es la que rompe la unidad matrimonial...”*. Vid. STS de 21 mayo 1991 [RJ 1991/3739].

⁵⁴³ Vid. por todas STS de 22 enero 1996.

⁵⁴⁴ Vid. STS de 21 diciembre 2004, núm. 1476/2004. [RJ 2004/8252].

Una vez en el interior del establecimiento, los acusados J.L y M, manipularon el Terminal Punto de Venta (TPV) que se encontraba en el interior del referido comercio, terminal propiedad de la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, vinculado a una cuenta corriente de la que era titular M.L, madre del acusado, y, utilizando la tarjeta Visa Electrón de la que era titular la acusada M, vinculada a la Libreta de Ahorro que ésta tenía en la entidad Caja Madrid, realizaron las siguientes operaciones: 1) compra por importe de 100 pesetas; 2) Abono por devolución de compra por importe de 5 millones de pesetas.

Acto seguido, a las 4:33 horas de esa misma noche, se trasladaron a un cajero automático de la entidad Caja Madrid pidiendo un extracto de movimientos, comprobando que en la cuenta bancaria cuyo titular era M, se habían cargado 100 pesetas y se habían abonado 5 millones de pesetas.

Ante el éxito de las operaciones, los dos acusados volvieron al establecimiento SPORT II y, en el mismo terminal TPV y la misma tarjeta Visa Electrón, volvieron a realizar diversas operaciones mediante el mismo mecanismo: primero, introduciendo en el terminal TPV datos de una fingida compra por importe de 100 pts. y, a continuación, una falsa devolución de compra por cantidades millonarias.

En total, a lo largo de la noche y madrugada del día 21 agosto 2001 los acusados J.L y M realizaron 13 operaciones por importe de compra cada una de ellas de 100 pts., lo que supuso un cargo en cuenta de M de 1300 pts.

Igualmente realizaron 12 operaciones de “abono por devolución de compra”, por un importe total de 52 millones de pts., quedando abonado en la cuenta o Libreta de Ahorro de la acusada M el importe total de dicha cantidad.

Una vez que realizaron dichas operaciones, ambos acusados salieron del establecimiento SPORT II y, utilizando la tarjeta Visa Electrón de la acusad M vinculada a la Libreta de Ahorro, ya citada, donde se habían abonado las diversas cantidades, ambos acusados de común acuerdo y conscientes de que habían realizado dichos abonos por cantidades dinerarias de las que no eran propietarios, efectuaron diversas compras, retiraron fondos y abrieron varias cuentas a nombre de M e intentaron traspasar diferentes cantidades dinerarias a las mismas.

La Audiencia de instancia condenó a M y a J.L como autores de un delito continuado de estafa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas.

El recurrente plantea la cuestión relativa a la infracción del art. 268 CP. Sostiene que ha sido condenado sin que la responsabilidad penal le fuera exigible, dada la aplicabilidad al caso del mencionado art. 268.

El Tribunal Supremo entiende que el art. 268 CP no es aplicable, dado que la acción, que la Audiencia debería haber subsumido correctamente en el núm. 2 del art. 248 CP, no se dirigió contra el patrimonio de los padres del recurrente, sino que sólo fue realizada empleando instrumentos informáticos que se encontraban en el ámbito de dominio de éstos y que permitían, evidentemente, efectuar disposiciones sobre el patrimonio del mismo. Lo importante es ante todo –razona el Supremo- la realización de un artificio semejante a una manipulación informática. En efecto, el texto del art. 248.2 CP considera aplicable la pena de la estafa cuando el autor se ha valido de “*alguna manipulación informática*” o de algún “*artificio semejante*”. La cuestión de cuáles son los artificios semejantes debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber. En el caso que ahora analizamos, el recurrente carecía de autorización para utilizar el medio informático y, además, produjo efectos semejantes a la misma, sobre el patrimonio del Banco.

Aclarado lo anterior, se trata de saber quién fue el sujeto pasivo de la estafa informática, pues sólo respecto de ciertos sujetos pasivos puede ser aplicado el art. 268 CP. Como es sabido, en el delito de estafa tanto es sujeto pasivo del delito el sujeto que obra por un error al que ha sido inducido mediante engaño y realizó la disposición patrimonial, como el que sufre el daño patrimonial, que puede ser un sujeto distinto al que realizó la disposición patrimonial⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ El tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto pasivo que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la

En el presente caso, no cabe duda que el perjudicado ha sido el Banco y por lo tanto es el sujeto pasivo del delito. Consecuentemente, queda excluida la posible aplicación del art. 268 CP.

8. Con los delitos contra la salud pública.

La STS de 9 enero 2004⁵⁴⁶ acepta como hechos probados los siguientes: el día 22 noviembre 2001 B acudió al Centro Penitenciario Madrid II del Alcalá de Henares para mantener una comunicación con su hijo R interno en ese centro. La comunicación era personal de las conocidas como “vis a vis”. B iba acompañada de su hija E y de su nuera O. Cuando iban a pasar el control previo a la sala de visitas privadas, la funcionaria de prisiones encargada de controlar y habilitar la entrada de objetos prohibidos en el Centro Penitenciario le pidió que le exhibiera todo lo que llevara en los bolsillos del abrigo. B obedeciendo a lo que le pedían dejó encima de la bandeja preparada para ese tipo de objetos los dos guantes que llevaba. La funcionaria al examinar los guantes encontró en el interior de los mismos sustancias con el aspecto de tratarse de drogas prohibidas.

Efectuados los correspondientes análisis se constató que se trataba de veinte bolas de heroína con una pureza base del 23,4 % lo que arrojaba un total de 16,8 g. de heroína y 62 g. de hachís en los cuales solamente había 16,5 % de THC. R alega que desconocía totalmente lo sucedido aquel día.

El motivo único del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se basa en la falta de procedencia de la circunstancia de parentesco, prevista en el art. 23 del CP, aplicada como atenuante, argumentando el Ministerio Fiscal que la sentencia recurrida se basa exclusivamente en la relación materno-filial existente entre la introductora de la droga en la prisión y su hijo en ella internado, no existiendo otros factores concretos en el caso como la existencia de presiones o amenazas determinantes de que el hijo

realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin “error”. De manera que el sujeto pasivo sólo puede ser el titular del patrimonio perjudicado.

⁵⁴⁶ Vid. STS de 9 enero 2004, núm. 8/2004. [RJ 2004/239].

solicitar ayuda a su madre mediante la entrega de la droga, o una situación de drogodependencia que por el mismo sistema se intentara paliar.

Realmente, la sentencia recurrida en ningún momento da por probado que el interno en el Centro Penitenciario fuera drogadicto ni consumidor ocasional o esporádico, ni que hubiera sufrido algún tipo de presión por parte de otro u otros compañeros de internamiento. El fundamento de derecho tercero de la Sentencia expone que la acusada negó en todo momento conocer que llevaba droga en los guantes que entregó a la funcionaria de prisiones, y el fundamento cuarto reconoce que no se realizó la investigación necesaria para constatar la realidad de algún comentario deslizado por un funcionario sobre una posible coacción sufrida por el interno por parte de otros internos para introducir drogas en el Centro. Y en el mismo fundamento se considera, por un lado, que la acción de la acusada estuvo determinada por la intención de proteger, aunque fuera de forma ilícita y desafortunada a su hijo, y por otro, por la de mejorar en alguna forma, las dificultades que podría tener su hijo en la prisión en aquel momento. Se trata, por tanto, de meras suposiciones que por su inconcreción no pueden servir de soporte para estimar la atenuante, teniendo en cuenta las exigencias jurisprudenciales establecidas para la apreciación de una circunstancia basada en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del acusado en atención a la relación personal existente entre el mismo y la persona agraviada, en particular cuando se trata de delitos de peligro.

Los delitos de peligro tienen una notable indefinición en relación a la determinación del sujeto pasivo de la infracción, lo que deriva de la propia lógica de su estructura típica, pues presuponen la anticipación de la intervención penal a un momento anterior a la perfección del resultado lesivo. En este sentido, la falta de concreción del sujeto pasivo del delito dificulta la invocación de la circunstancia mixta de parentesco en supuesto como el tráfico de drogas al que se refiere la STS de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133] al señalar que *“el propio texto de dicho artículo (art. 11 ACP) se refiere a una relación de parentesco que ha de existir entre el agraviado y el ofensor. No cabe decir que el agraviado en este delito sea el hijo de la condenada, por dos razones:*

1ª) Porque parece que el concepto de agraviado presupone un delito de resultado dañoso, es decir, un delito que haya perjudicado a alguien. Es lógico entender, que si no hay una persona que haya sufrido en sus derechos o intereses, no hay nadie que pudiera reputarse agraviado, y esto es lo que ocurre en los delitos de peligro como el presente en los que la infracción penal queda consumada por la mera tenencia de la sustancia estupefaciente con ánimo de tráfico y sin exigirse daño concreto para nadie.

2ª) Porque en estos delitos puede conocerse quién es o pudiera haber sido el receptor inmediato de la mercancía ilegal, en este caso el hijo de la inculpada, pero nunca quién o quiénes en definitiva iban a ser los perjudicados en su salud al consumir la droga tóxica”.

No obstante, sentencias como la de 20 abril 1993 [RJ 1993/3162], admitieron la circunstancia atenuante de estado pasional para quien proporcionó la sustancia tóxica a quien se encontraba recluida voluntariamente en casa, a fin de paliarle el síndrome de abstinencia padecido; y las de 11 junio 1997 y 14 julio 1997⁵⁴⁷ de la Sala 2ª, han aplicado *la atenuante por analogía a esta circunstancia en delito contra la salud pública cuando se proporciona la droga a un pariente, basándose en que el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria –aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente. Y tal disminución del reproche social se entendió que debía traducirse en la apreciación de una atenuante análoga a la de parentesco que la Sala estimó como muy cualificada.*

Por su parte la STS de 20 enero 2003 [RJ 2003/927] desestimó el recurso de casación interpuesto por la condenada en la instancia como autora responsable de un delito de tráfico de drogas, con la atenuante de parentesco. La Sentencia recordó la doctrina de la Sala, que viene excluyendo de la aplicación del art. 368 CP determinados supuestos muy concretos de donación al familiar adicto, solamente cuando se limita a cantidades mínimas y sin contraprestación, que se estima que no son punibles por falta

⁵⁴⁷ Vid. SSTS de 11 junio 1997, núm. 837/1997. [RJ 1997/5600] y de 14 julio 1997, núm. 1032/1997. [RJ 1997/5591] respectivamente.

de peligro para el bien jurídico protegido y por la inadecuación de la acción para la creación de dicho peligro, y no llegó a entrar en el examen de la procedencia de la atenuante que no se había cuestionado por parte alguna, que si bien no partía de la existencia de síndrome de abstinencia en el interno, sí lo hacía desde su condición de drogadicto.

El Tribunal Supremo estima que sin desconocer la doctrina anteriormente expuesta, no se puede llegar en el caso que ahora analizamos a la misma conclusión, ya que los presupuestos fácticos son distintos. Así, la falta de constatación de la drogadicción y de sus consiguientes efectos negativos –como también de toda hipotética amenaza o presión sobre el interno por parte de sus compañeros de prisión-, impide tener por presente la intención de aliviar tal situación que, según la fundamentación de la sentencia recurrida, constituye la base de la motivación del sujeto agente del delito enjuiciado.

Ante ello, y requiriéndose, además de la mera relación parental, otros factores de mayor concreción que unas posibles dificultades –de ningún modo confirmadas- que podría tener el hijo de la acusada, la circunstancia mixta de parentesco, apreciada en la sentencia recurrida como muy cualificada, ni en su condición de ordinaria, puede reputarse procedente, y, en consecuencia, el recurso ha de ser estimado.

La STS de 21 octubre 2002⁵⁴⁸ contiene los siguientes hechos probados: S fue sorprendida cuando, aprovechando una comunicación “vis a vis” con su compañero sentimental J, quien a la sazón estaba interno en el Centro Penitenciario de Puerto II sito en el Puerto de Santa María, trataba de proporcionarle para su consumo, dos papelinas de heroína, con un peso de 0,450 g. y 0,422 g. con una pureza del 23,82% y un valor de mercado de 8.720 pts.

La Audiencia de instancia absolvió a S del delito contra la salud pública del que venía acusada. Se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal.

⁵⁴⁸ Vid. STS de 21 octubre 2002, núm. 1704/2002. [RJ 2002/10808].

La Sala 2ª del Supremo estima que, no obstante si no ha de aplicarse la absolución por exclusión de la antijuridicidad y la culpabilidad en el delito imputado, sí debe apreciarse en la ejecución del mismo una atenuante, basada en el parentesco de la acusada con el destinatario de la droga al amparo de lo establecido en el art. 23 del CP.

La circunstancia mixta de parentesco establecida en tal precepto, y antes, como ha sido dicho en reiteradas ocasiones en el art. 11 del CP de 1973, agrava o atenúa la responsabilidad en atención a la naturaleza, motivos o efectos del delito⁵⁴⁹.

En relación con los delitos contra la salud pública se ha estimado inaplicable la circunstancia de parentesco en Sentencia de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133] y Auto de 29 noviembre 1995 [RJ 1995/8878], por no existir agraviado en tal tipo de delitos –que atenta contra un colectivo indeterminado- y no poder apreciarse por tanto relación de parentesco o de otra naturaleza con el agraviado. En sentido contrario se pronuncian las Sentencias de 20 abril 1993, de 11 junio 1997, de 14 julio 1997 y de 15 abril 2002⁵⁵⁰ que sí aprecian la circunstancia de parentesco o convivencia como atenuante, en el caso de suministro de droga por alguno de los familiares previstos en el art. 23, o por el cónyuge o pareja de hecho.

Lo que no ofrece ningún tipo de duda es que en el supuesto de autos *el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de afectividad análoga a la de matrimonio entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria –aunque mal entendida- de satisfacer el deseo de consumo de droga de su allegado, y por haberse arriesgado por ello la donante a ser detenida.*

⁵⁴⁹ La jurisprudencia, vid. entre otras SSTS de 24 diciembre 1954 [RJ 1954/2987]; de 18 junio 1955 [RJ 1955/2116]; de 15 septiembre 1986 [RJ 1986/4674]; de 24 abril 1989 [RJ 1989/3508]; de 8 febrero 1990 [RJ 1990/1299]; de 13 octubre 1993 [1993/7379]; de 15 junio 1994 [RJ 1994/4958]; de 12 julio 1994 [RJ 1994/6363] y de 14 febrero 1995 [RJ 1995/819], ha venido estimando el parentesco como agravante en los delitos contra la integridad física y contra la libertad sexual, y como atenuante en los delitos contra el patrimonio, pero ha entendido que en cada caso había de valorarse si la circunstancia de parentesco determina un mayor o menor reproche social o es irrelevante.

⁵⁵⁰ Vid. SSTS de 20 abril 1993 [RJ 1993/3162]; de 11 junio 1997, núm. 137/1997.[RJ 1997/5600]; de 14 julio 1997, núm. 1032/1997. [RJ 1997/5591] y de 15 abril 2002, núm. 401/2002. [RJ 2002/5446], respectivamente.

Tal disminución del reproche social debe traducirse en la aplicación de la atenuante de parentesco, que la Sala estima muy calificada.

La STS de 27 mayo 2003⁵⁵¹ contiene los siguientes hechos probados: los acusados G y E tuvieron un hijo, llamado Ev. El día 20 de diciembre de 1999, tras haber regresado E de trabajar, y estando tanto ella como su compañero G en el domicilio que ambos compartían, suministraron al menor, de común acuerdo y alrededor de las nueve de la mañana, una cantidad no determinada de heroína pero en cuantía suficiente para producirle la muerte, lo que así aconteció alrededor de las doce horas del mismo día.

Los padres, consumidores habituales de sustancias tóxicas, se habían sometido a tratamientos deshabitados sin éxito, habiendo abandonado E en octubre de 1999 el seguimiento al que estaba siendo sometida y abandonando G el suyo en noviembre del mismo año. Los análisis toxicológicos llevados a cabo en el pelo del menor determinaron que al menos desde 4 ó 6 meses antes de su muerte la presencia de drogas en el organismo del menor era constante.

La Audiencia de instancia condenó a G y E, como autores criminalmente responsables de un delito de homicidio imprudente y de un delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369.1º relativa a aquella que causa grave daño a la salud.

El Ministerio Público alega la indebida aplicación del art. 23 CP, únicamente respecto al delito contra la salud pública de los arts. 368 y 369.1º a que fueron condenados los acusados.

Para discernir respecto a la aplicación de la agravante de parentesco postulada la Sala 2ª analiza la naturaleza jurídica de la figura delictiva a la que se pretende aplicar dicha circunstancia. Pues bien, el delito contra la salud pública –sigue argumentando el Supremo- es un ilícito de riesgo abstracto y de consumación anticipada en el que el bien jurídico protegido es la salud pública, consumándose la infracción con la ejecución de algunas de las acciones incluidas en el precepto penal, resultando indiferente a los efectos de la calificación la eventual lesión o perturbación física o psíquica de la

⁵⁵¹ Vid. STS de 27 mayo 2003, núm. 781/2003. [RJ 2003/4278].

persona que, finalmente, consume la droga objeto del tráfico ilícito, precisamente porque en esta figura delictiva el sujeto pasivo no es la persona concreta, receptora y consumidora de la sustancia prohibida, sino el colectivo social cuyo bienestar sanitario es el objeto de protección de la norma, por lo que los resultados dañosos que dicho consumo produzca en el consumidor del producto queda extramuros del marco del tipo penal.

En este sentido, nuestro Alto Tribunal subraya que la circunstancia de parentesco opera como agravante en los delitos que tienen un contenido de carácter eminentemente personal, por lo que parece claro que carece de tal eficacia agravatoria en el caso de figuras delictivas que no protegen un bien jurídico individual, como lo demuestra el hecho de que no se ha aplicado el art. 23 CP en los numerosos supuestos de donación de la droga entre personas unidas por vínculo parental previsto en el mencionado precepto. Sin embargo, a sensu contrario existen numerosos precedentes jurisprudenciales de la Sala 2^a, a los que hemos hecho referencia en epígrafes anteriores, de donación de droga a pariente interno en Centro Penitenciario donde se ha apreciado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente atenuatoria.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo de investigación se ha puesto de manifiesto el carácter dual o ambivalente de la circunstancia mixta de parentesco. En este sentido, la existencia de los lazos de parentesco o matrimonio –o relaciones de afectividad análogas a las conyugales- entre el agresor y la víctima de un delito puede suponer, en unos casos, una mayor reprochabilidad de la conducta o una mayor culpabilidad del agente, y, en otras, un menor desvalor.

Para determinar cuál sea la eficacia de esta circunstancia mixta no existen reglas fijas; sin embargo, el marco de referencia en todos los supuestos es el mismo: el ámbito de derechos y obligaciones que surgen de la relación parental, familiar o afectiva análoga a la conyugal. Por esta razón, un delito cometido entre familiares es más reprochable que el mismo delito cometido entre extraños, pues, el hecho de su comisión refleja que el agente actúa infringiendo esos deberes y afectos propios de la relación de parentesco y que debían haberle impedido o inhibido la realización de la conducta desaprobada contraria a Derecho.

En efecto, un delito es menos reprochable que el mismo delito cometido entre extraños si el elenco de derechos que vertebran esa relación parental, matrimonial o afectiva propicia la comisión del hecho. La STS de 4 junio 2001 afirma que la circunstancia mixta de parentesco es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta incremente o disminuya el vigor o entidad del mandato que lo impide así como los efectos sobre la víctima⁵⁵².

El fundamento de la circunstancia está en la consideración del diverso y a veces opuesto alcance que la relación de parentesco lleva a las personas entre quienes

⁵⁵² Cobo del Rosal y Rodríguez Mourullo, estimaban que el fundamento de la agravación de la pena en los delitos contra la integridad física no era otro que el reproche ético y personal que cabía hacer a quien mataba o intervenía en la muerte de un pariente, factor y condición que no es trasladable a un extraño.

concorre a comportarse de modo diferente que en relación entre quienes no concurre, lo que en un Derecho Penal basado en la culpabilidad puede suponer un plus o una disminución del reproche que deba tener un eco en la determinación de la pena a través de un correcto mecanismo de individualización. Por consiguiente, el parentesco no tiene una función unívoca –cumple funciones agravatorias, atenuatorias, de excusa absolutoria y puede ser inocuo-.

La reciente STS de 6 febrero 2004 señala con gran claridad que la circunstancia mixta de parentesco descrita en el artículo 23 del Código Penal está fundada en la existencia de una relación parental a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el *plus de culpabilidad* que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato *y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación la agravante, pues, si hay afecto, no va a haber agresión*⁵⁵³. En general, los supuestos de aplicación de los que conoce la Sala 2ª de nuestro Alto Tribunal se refieren a agresiones en el marco de una relación conyugal o de pareja de hecho, pero también se han presentado supuestos de agresión entre hermanos u otros parientes. Es en estos casos donde debe efectuarse una aplicación más cuidada de esta agravante evitando un planteamiento automático de suerte que la vigencia de la agravante será –debe ser- la consecuencia de la relevancia que la misma ha tenido en relación al delito cometido.

En definitiva, se trata de verificar la existencia de una mayor reprochabilidad que *incrementando la culpabilidad* justifique una mayor punibilidad, pues, la pena es la compensación de la culpa, y ello en una valoración caso a caso, habida cuenta, de que el enjuiciamiento es un dato esencialmente individualizado.

⁵⁵³ Salvo en los supuestos de *homicidio pietatis*, en los que el parentesco –según la postura que defendemos- operaría como circunstancia de atenuación.

La reforma operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha matizado el alcance de la jurisprudencia tradicional permitiendo la apreciación del parentesco como agravante a pesar de haber cesado el vínculo y la afectividad, señaladamente en aquellos delitos –y la violencia doméstica es un ejemplo paradigmático de ello, como hemos tenido oportunidad de analizar en este trabajo-, que precisamente se cometen en atención al vínculo pasado. Por ello, se añade expresamente en el ámbito de sujetos de la circunstancia a aquellas personas que hayan estado ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad. En este sentido, la circunstancia de parentesco deber ser considerada en todo caso como agravante cuando el delito afecte a bienes personales de un sujeto pasivo del círculo de los previstos en el vigente artículo 173.2, cuando no sean de aplicación los tipos de la parte especial en los que este vínculo ha sido ya valorado por el legislador en la configuración del tipo.

Quintero ha advertido que la misión del parentesco en el ámbito de las normas penales, es una cuestión profundamente teñida de ideología, se quiera o no aceptar. Lo cierto es que, en la ideología que animó al legislador decimonónico, el parentesco se acercaba más a lo sagrado-tribal que a lo simplemente biológico, y que la función de la familia como pilar social requería una *compresión* del Derecho Penal hacia sus intimidades, sus relaciones de obediencia o respeto, y hacia la eventual imposibilidad de que sus miembros se comportaran entre sí del mismo modo que lo hacían con un extraño.

Como ha sido dicho en esta tesis doctoral, a la vista de las diferentes relevancias del parentesco y de la imposibilidad de declarar en términos generales –y atendiendo a nuestra historia codificadora- una función unívoca del mismo, no resulta tarea fácil encontrar fundamento a una circunstancia que puede agravar, atenuar o ser inane.

Una vez afirmado lo anterior, debe destacarse que más que en la actualidad del afecto, la razón de la aplicación de la circunstancia debiera ser el conjunto de deberes jurídicos y morales que emanan de la relación parental, conyugal o afectiva asimilada. Es cierto, que el Derecho no debe entrar a valorar cosas tan etéreas como el amor o el afecto, manifiestamente inexistente entre quienes se agraden, pero no es menos cierto que sí debe considerar los especiales deberes y obligaciones que vertebran este tipo de relaciones, incluso, cuando ya se han quebrado.

El Tribunal Supremo ha señalado que la agravación derivada de una relación parental tiene su fundamento en la existencia de la propia relación en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y *una mayor facilidad en la ejecución del hecho* precisamente por el *aprovechamiento de la relación parental*.

En términos de la STS de 29 junio 2000⁵⁵⁴, la agravación aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundamentada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura. Por ello, junto a los dos requisitos exigidos, esto es, la existencia de una relación parental y el conocimiento de la misma, ha de concurrir el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental.

Desde nuestra tesis éste es el verdadero fundamento de la circunstancia mixta de parentesco. No es el amor, o el afecto –que en sendas sentencias ha exigido el Tribunal Supremo para que entre en juego la circunstancia- que puede ser inexistente sino que la mayor vileza, el mayor reproche y la mayor culpabilidad del agente consiste en el aprovechamiento de esa relación con mayor facilidad en la comisión del hecho criminal y, por ende, la transgresión del principio de confianza que coloca a la víctima en una posición de desventaja y de mayor vulnerabilidad que si de un extraño se tratara.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 22 diciembre 2003 ha manifestado que las relaciones parentales entre autor y víctima no habían desaparecido, por lo que necesariamente existían aún deberes morales y jurídicos recíprocos que conllevan a la aplicación de la circunstancia modificativa del artículo 23 del Código Penal en su vertiente agravatoria. Desde nuestra perspectiva, avanzamos un paso más y afirmamos la existencia de estos deberes morales y jurídicos que conllevan la aplicación de la circunstancia mixta aún cuando ya ha desaparecido el afecto y la relación se encuentra manifiestamente rota o quebrada. Y esto es así –debe ser así- por cuanto en

⁵⁵⁴ Vid. STS de 29 junio 2000, núm. 1104/2000. [RJ 2000/5651].

determinados delitos –y en este sentido se orienta la reforma que ha sufrido el Código Penal con la Ley Orgánica 11/2003 al incluir a las ex parejas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la circunstancia- a pesar de que la relación y el amor o afecto sean inexistentes, el conocimiento que el agente tiene de la víctima la coloca o la ubica en una posición no ventajosa por cuanto toda esa información va a ser utilizada y aprovechada por el autor para la realización del hecho desaprobado. Piénsese por ejemplo que la mayor parte de las agresiones de violencia doméstica –que en muchos supuestos culmina con la muerte de la víctima- se producen cuando la pareja ya está rota de hecho o de derecho. A esto se puede añadir que esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el ex cónyuge o ex pareja que así actúa, pues encuentra una mayor facilidad en la comisión del hecho criminal y en la transgresión del principio de confianza que ello supone⁵⁵⁵.

Asimismo “esta agravación debe apreciarse habida cuenta de un plus de peligrosidad en el cónyuge que así actúa, pues dada esa relación parental...encuentra en la misma una mayor facilidad en la comisión del hecho y en la transgresión del principio de confianza que ello supone”.

La relación de sangre entre ciertas personas, señalaba Groizard, crea situaciones constantes y permanentes que no pueden confundirse ni compararse con aquellas en que se hallan los extraños⁵⁵⁶.

Las discrepancias de la doctrina surgen, como ha sido dicho a lo largo de este trabajo de investigación, cuando se plantea la comprensión valorativa del parentesco en la antijuridicidad o en la culpabilidad –nos remitimos al análisis de las diversas posturas existentes que elaboramos en el capítulo uno de este trabajo. Simplemente recordar que desde la posición que defendemos nos parecen más acertadas aquellas teorías que

⁵⁵⁵ La STS de 14 noviembre 2001 viene a decir que “*la regla general...es que en las agresiones físicas entre parientes, debe aplicarse la agravante de parentesco, máxime si existe una relación de convivencia, pues en estos casos concurre el incremento del desvalor de la conducta derivado para los familiares del mayor vigor o entidad del mandato que impide cualquier clase de maltrato, así como el aprovechamiento de la relación para una mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza de la relación parental*”, concluye con la consideración de que tal circunstancia se aplica y además con el carácter de agravante.

⁵⁵⁶ También han sido sostenidas por la doctrina afirmaciones tales como el “*desoimiento de las voces de la naturaleza y de la sangre*”, el “*desconocimiento de los llamamientos de la naturaleza y sentimientos de piedad de la más ancestral raigambre*”, o el “*plus de horror*”, que en realidad son expresión de actitudes emocionales carentes de operatividad dogmática.

ubican el centro de gravedad de la circunstancia, y así se ha corroborado por sendos pronunciamientos del Tribunal Supremo, en la mayor o menor culpabilidad del autor⁵⁵⁷.

Se ha sostenido por algún autor que la mejor manera de reforzar la protección de la vida, la integridad y la libertad o indemnidad sexual entre parientes, es mediante una cláusula general de agravación –esta es la opción que han seguido los Textos Punitivos de nuestro entorno como el francés o el italiano-.

Sin embargo, en base al principio de conservación de las normas y al arraigo en nuestro Derecho de la circunstancia mixta de parentesco, nos parece que la solución a través del expediente de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal es buena y aplicable a todos los tipos de la parte especial siempre y cuando no sea incompatible por constituir ya un elemento normativo del tipo, como sucede con la violencia doméstica que ya contempla la relación parental, por lo que no puede volverse a tener en cuenta. A priori, parece que esta opción que sigue nuestro Código Penal contempla todos y cada uno de los supuestos de la parte especial, insistimos, siempre y cuando exista compatibilidad y no se vulnere el principio *nebis in idem*. El problema que desde nuestra perspectiva plantean las cláusulas específicas de agravación es que si se produce el olvido del legislador no existe fórmula para recoger la conducta –como sucede en el Derecho Penal francés, que no establece un supuesto agravado para el caso de que la violación se produzca dentro del matrimonio o sea cometida por persona con análoga relación a la matrimonial-.

De otra parte, para el Derecho Penal la relación familiar puede fundamentarse en dos criterios equivalentes: uno de sangre, con los ascendientes, descendientes y hermanos; y otro normativo, que viene constituido por el matrimonio y sus derivaciones

⁵⁵⁷ Alonso Álamo estima como correcta la tesis que orienta la circunstancia de parentesco a la culpabilidad y admite, en líneas generales, los argumentos proporcionados al respecto por Bajo Fernández. Sin embargo, para esta autora el sentido de entender que el grado de culpabilidad viene dado por la motivación del autor precisa de algunas aclaraciones. Así, sin negar que la apreciación de la circunstancia como atenuante o agravante se realiza en función de los motivos que impulsan a la acción, los motivos del delito inciden en la graduación de la culpabilidad cuando concurre el parentesco. Pero, Alonso Álamo entiende que el parentesco, en cuanto a tal, no puede ser referido al proceso de motivación aunque su funcionamiento como atenuante o agravante se haga depender, en alta medida, de los motivos del delito.

(cuñados, suegros, etc). En este sentido, puede afirmarse que el parentesco establece una primera equivalencia entre la relación nacida de la sangre y la nacida del Derecho⁵⁵⁸.

A efectos de este trabajo de investigación hemos centrado nuestra atención en el concepto estricto de parentesco, esto es, el parentesco por consanguinidad, por afinidad y por adopción, si bien, con la evolución que ha sufrido la circunstancia mixta de parentesco hemos incluido como objeto de estudio de nuestro análisis otras relaciones análogas a las parentales que, *strictu sensu*, no encajan en el concepto tradicional de pariente y que van a contribuir a que se produzca un cambio en lo que hasta ahora había sido el ámbito subjetivo de la circunstancia modificativa de la responsabilidad, hasta el punto de que podríamos hablar de una nueva “*circunstancia mixta de parentesco y de no parentesco*”.

Respecto al concepto tradicional de cónyuge, esto es, aquellos unidos por matrimonio, la relación conyugal subsiste en tanto el matrimonio no se haya disuelto o declarado nulo. Cosa diferente es que la relación afectiva –la *afectio maritalis*– desaparezca en las situaciones de separación de hecho o de derecho. Sin embargo, a la luz de la nueva configuración del artículo 23, esta antigua polémica doctrinal y jurisprudencial que consideraba a la relación afectiva como sustrato imprescindible para la aplicación de la circunstancia carece ya de sentido. En efecto, lo que se defiende en esta sede es que a la luz de la vigente regulación el fundamento de la circunstancia no es el afecto sino el aprovechamiento de la relación parental, conyugal o afectiva –presente o pretérita, esto es, teniendo en cuenta a las ex parejas– para cometer el hecho criminal con mayor facilidad y con transgresión del principio de confianza.

Otra cuestión que no ha sido pacífica en la doctrina ha sido contestar a la cuestión planteada por las relaciones homosexuales y a su inclusión en la *relación análoga de afectividad*. Desde nuestra postura, como ha sido dicho, no existe obstáculo para incluir a las parejas homosexuales en la relación análoga de afectividad aunque de *lege ferenda* sería deseable, para evitar suspicacias, dar cumplimiento escrupuloso a los principios de legalidad y de tipicidad e incluir la coletilla “*con independencia de la orientación sexual*”.

⁵⁵⁸ Ya en el Derecho Romano aparece esta distinción: creándose el vínculo de sangre (cognición o cognatio) y creándose el vínculo por actos jurídicos o religiosos (agnición o adgnatio).

Asimismo, establecer la viabilidad jurídica del matrimonio entre personas del mismo sexo, supone ensanchar un espacio de libertad, al mismo tiempo que eliminar una desigualdad que ha cercenado el derecho de todos los ciudadanos, con independencia de su orientación sexual, que es un ámbito más de la libertad individual, a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Se trata, sin duda, de una libertad que se ejerce facultativa y potestativamente en la medida en que el ordenamiento jurídico la acoge como un derecho, nunca como deber u obligación. Esa expansión de la libertad se funda en la consagración de la dignidad de la persona, de los derechos inviolables que le son inherentes y en el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social⁵⁵⁹.

Durante mucho tiempo –por increíble que parezca ahora recordarlo- la mujer no podía contratar sin el permiso del marido, podía ser asesinada por razones de honor y quedaba relegada a las funciones que como mujer se le asignaban, esto es, esposa, madre y ama de casa. Asimismo se la apartaba de las profesiones consideradas “poco higiénicas” o “contrarias a las buenas costumbres”. Toda esta legislación proteccionista y discriminatoria se elaborará con el ánimo de “proteger” a las mujeres y ha servido de caldo de cultivo de la desigualdad que la mujer ha sufrido durante años y de la lacra que padecemos hoy día: la violencia doméstica. Todavía hoy este trato discriminatorio se proyecta en algunos Código Penales latino-americanos que, por ejemplo, siguen tipificando el adulterio y otorgan un trato punitivo privilegiado al varón.

En este orden de cosas, la entrada de la “*relación de análoga afectividad*”⁵⁶⁰ en el ordenamiento jurídico-penal supone un paso de vital trascendencia en la evolución de la relevancia del elemento objetivo como eje de la interpretación de la circunstancia y

⁵⁵⁹ Decía la declaración de independencia de los Estado Unidos en 1776 que *todas las personas son creadas libres e iguales y tienen derecho a la persecución de la felicidad*. Resulta indubitado que la relación afectiva y la convivencia son un ámbito para la consecución de la felicidad. La eliminación y supresión de esta barrera de desigualdad que instituía a los homosexuales en “ciudadanos de segunda” debe empezar por encontrar su lugar en el ordenamiento jurídico y proyectarse en todas las instituciones en las que resulte relevante. Vgr.: derecho de familia, derecho de sucesiones, derecho a la seguridad social, etc.

⁵⁶⁰ La Reforma de 25 junio 1983 introdujo después de “*cónyuge*” la frase “*persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad*”. La exposición de motivos se expresaba en el sentido de que se acogía “*la realidad de la existencia de situaciones de afectividad iguales o inferiores a las emanadas del parentesco; coincidiendo así plenamente la razón de ser de estas normas, no hay motivo para limitar los efectos jurídico-penales de las relaciones afectivas*”.

será así durante mucho tiempo tanto para la doctrina mayoritaria como para nuestro más Alto Tribunal. Sin embargo, en este trabajo de investigación se ha sostenido como este eje sufre una traslación desde la afectividad hacia el aprovechamiento de la relación parental y no parental –existente o no la afectividad- para la comisión y desarrollo del iter delictivo.

Quintero afirma que la Constitución no ofrece obstáculo alguno a la libertad de determinarse libremente en materia sexual, a la de contraer o no matrimonio, a la propia intimidad y a la libre realización de la personalidad. Siendo así, resultaría no ya absurdo, si no contrario a la política criminal democrática el limitar la eficacia o relevancia jurídica de determinadas situaciones emocionales en nombre de condicionamientos que, si bien son de elevada importancia para algunas conciencias, no vienen impuestos por norma alguna ni dicen nada sobre la existencia real de aquella situación que el Derecho Penal desea conocer.

De trascendental valor dogmático supone llegar a la reflexión siguiente: la circunstancia mixta ya no podrá seguir denominándose de parentesco tan sólo, pues, además, recoge otras situaciones análogas al matrimonio y en la actual regulación vínculos no parentales, estaríamos, por consiguiente, en presencia de una circunstancia mixta de parentesco y de no parentesco –por lo que la circunstancia modificativa habría sufrido una cierta desnaturalización desde su configuración primigenia-. A este respecto, no debe olvidarse que el Código hace referencia a persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad.

De otra parte, cabe decir que la circunstancia mixta puede atenuar, agravar o ser irrelevante, según los diferentes casos, a efectos de responsabilidad criminal. Y aunque la doctrina y la jurisprudencia son proclives a sentar las reglas generales de su funcionamiento como agravante o atenuante en determinados delitos, esto es, agravante cuando estemos en presencia de delitos contra la vida y atenuante cuando se trate de delitos contra el patrimonio, nada definitivo puede derivarse a priori de una lectura detenida del artículo 23 que, en este punto, es suficientemente amplio para dejar incondicionado el análisis. En este sentido, el enunciado “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito” es lo suficientemente extenso e indeterminado, que

resulta aventurado apriorísticamente un rígido y excluyente pronunciamiento al respecto.

La circunstancia de parentesco, como agravante se vertebra por la concurrencia de dos elementos: el objetivo, esto es la relación parental dentro del grado previsto en la Ley y el subjetivo que radica en el conocimiento que ha de tener el agente de la realidad de los lazos de parentesco que le ligan con la víctima, que no puede confundirse con la concurrencia de cariño o afecto, antes al contrario, el elemento subjetivo supone el conocimiento de tal relación y el conocimiento de los deberes morales que se derivan de la comunidad de afectos, afectos que precisamente desprecia, incrementando la reprochabilidad al resultar lesionados elementales sentimientos de piedad que conforman el núcleo de la convivencia humana.

En efecto, el elemento subjetivo de la circunstancia no consiste propiamente en el cariño, habida cuenta que no resultaría lógico que estos valores positivos se calificasen penalmente como agravante, sino en la conciencia de la subsistencia de los específicos deberes de respeto que conllevan las relaciones familiares. En este sentido, el elemento subjetivo tiñe de mayor o menor perversidad o malicia el quebrantamiento del vínculo objetivo que el parentesco representa.

El Tribunal Supremo en interpretación del artículo 23 del Código Penal ha considerado que la agravación derivada de una relación parental *tiene su fundamento en la existencia de la propia relación, en cuyo seno las agresiones tipificadas como delito presentan una mayor antijuridicidad, una mayor culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución del hecho, precisamente por el aprovechamiento de la relación parental...con debilitamiento de las posibilidades de defensa...ha de concurrir el aprovechamiento de esta relación con mayor facilidad en la comisión del hecho y la transgresión del principio de confianza propia de la relación parental*⁵⁶¹.

Este plus de culpabilidad no puede estar basado en algo tan etéreo como el amor, pero sí puede fundamentarse en la vulneración del principio de confianza de quien agrede –pongamos por caso- a quien vive con él en la misma casa. A mayor

⁵⁶¹ Vid. STS de 19 octubre 2000.

abundamiento, esta realidad subyacente de falta de afecto basada en la convivencia de quienes conviven como “dos extraños”, lo cierto es que no lo son quienes conviven día tras día, persista el afecto o no. Por ello, el reproche que el Derecho Penal debe hacer ha de proyectarse en los siguientes parámetros: a) la violación del principio de confianza, b) la vulneración de derechos y deberes morales y éticos propios de nuestra cultura y c) el aprovechamiento del agente comisario del delito con prevalimiento de esa relación, existente el afecto o no, con debilitamiento de posibilidades de defensa de la víctima.

En este sentido, la relación entre ofensor y ofendido puede ser motivo para agravar o atenuar la pena según la naturaleza, motivos y efectos del delito en cada caso, sin que la Ley ni la jurisprudencia señalen reglas fijas para determinar los delitos y casos en que el parentesco agrave o disminuya la pena, dejando al criterio del Tribunal para que en cada supuesto pueda apreciar si significa una mayor perversidad o si por el contrario supone menor malicia y causa menos trastorno que si el hecho se hubiese realizado entre extraños.

La pena encuentra su fundamento en la culpabilidad del autor por lo que ha de valorarse si es más culpable aquel que agrede –por ejemplo sexualmente- a su pareja, con independencia de que exista un vínculo jurídico, o a un pariente, que aquel que comete el mismo hecho criminal contra un extraño. Piénsese que a tenor de las exigencias de Derecho privado, éticas y morales de nuestra cultura, las relaciones parentales están presididas por el principio de confianza y sujetas a una serie de derechos y deberes recíprocos, por lo que a pesar de que se haya perdido o de que no exista el afecto marital o de que el matrimonio está quebrado, persisten una serie de deberes positivos hacia el cónyuge. Pero estos deberes no sólo están basados en ese mínimo que dicta el Derecho Civil sino en el hecho de que cuando se delinque contra el cónyuge o pariente se transgrede el principio de confianza existiendo un aprovechamiento de ese vínculo para realizar la agresión. Desde nuestra tesis es más culpable quien comete una agresión sexual contra su cónyuge que quien lleva a cabo esta conducta sin que exista ningún lazo parental con la víctima.

Téngase en cuenta, que el agresor en este círculo de relaciones parentales y afectivas conoce perfectamente a la víctima, sus hábitos, sus costumbres, sus debilidades, etc, y va a utilizar toda esa información para la comisión del acto criminal.

Esto no puede ser desconocido por el Derecho Penal, so pena de vaciar de contenido una circunstancia, que bien interpretada y aplicada va a ser extremadamente útil para determinar la responsabilidad penal del autor. Lo determinante va a ser comprobar si el autor se aprovechó de esa situación personal que le vincula con la víctima para la realización del iter criminis. Nuestra postura sigue admitiendo que la agravante se proyecte en tres niveles a tenor del caso concreto, esto es, que agrave, atenúe, o sea inoperante según la naturaleza, los motivos y los efectos de delito. Pero este triple juego gira entorno a esta reinterpretación.

Nuestro Alto Tribunal señala en un caso en el que el padre agrede sexualmente a la hija que, al ser el acusado padre de la menor ofendida, *se aprovecha de la confianza y respeto de la hija para favorecer la comisión del hecho criminal y facilitar la imposición de sus propósitos sobre la voluntad de la menor, lo que supone un plus de antijuridicidad y culpabilidad por la vulneración en tal caso de los deberes morales y exigencias éticas que la convivencia familiar y la paternidad entrañan y justifica la agravación de la pena. Además se recuerda el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar por la mayor facilidad que dicho escenario supone y por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan de las relaciones parentales, y ello no guarda conexión con el consentimiento de la víctima...*

El Tribunal Supremo en un caso en el que la relación conyugal entre acusado y víctima estaba rota, en cuanto los cónyuges habían instado su separación legal y había cesado la convivencia de los mismos bajo un mismo techo, no aplica la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria.

Sin embargo, desde este trabajo de investigación no compartimos la postura del Supremo en el caso analizado. Como ha sido dicho en reiteradas ocasiones, el fundamento de la circunstancia no es el afecto marital sino el aprovechamiento de la relación conyugal o parental para la mayor facilidad en la comisión del hecho delictivo.

En efecto, a pesar de que el matrimonio se encontraba legalmente separado el acusado visitaba el domicilio de la víctima, donde vivían sus dos hijas. Además cuando escuchó la discusión entre madre e hija cogió un cuchillo que tenía en el coche, se

dirigió al domicilio y asestó varias puñaladas a su ex mujer. Todo ello disminuyó las posibilidades de defensa de la víctima al mismo tiempo que situó al victimario en una posición más ventajosa, pues la mujer le abrió la puerta a pesar de que eran más de las doce de la noche porque no se trataba de un extraño sino del padre de sus hijas. El acusado aprovecha esa situación y transgrede el principio de confianza que rige las relaciones conyugales haciendo caso omiso de los deberes morales que tienen entre sí quienes han compartido un proyecto de vida en común y tienen hijos. Por todo ello la acción del agresor resulta más reprochable socialmente y existe un plus de culpabilidad, por lo que en base a lo expuesto debería haberse aplicado la circunstancia mixta de parentesco en su vertiente agravatoria.

En otro orden de cosas, la doctrina científica, abandonando las teorías causales equiparan y afirman la equivalencia entre la causación activa del resultado y su no evitación, mediante la teoría de la garantía, según la cual, autor de un delito de omisión impropia o comisión por omisión lo será *“aquel que tenga un deber especial de aseguramiento de que el bien jurídico en cuestión no sea lesionado y un consiguiente deber de actuar en evitación de lesión. Porque frente al deber general que compete a todos los ciudadanos fundado en la solidaridad humana, en el delito de omisión impropia se impone al sujeto activo un deber específico o de garantía que se basa en la idea de que la protección del bien jurídico en peligro depende de una prestación positiva de una determinada persona y los interesados confían en la intervención activa de la misma”*. Existe un deber de asistencia, dadas las estrechas relaciones materno-filiales así como la asunción voluntaria y legal de la guarda y custodia habiendo debido conjurar los peligros para la vida, salud, e integridad física. El Tribunal Supremo la distingue de la simple omisión del art. 338 bis antiguo.

En un caso de muerte de una anciana por total falta de higiene y cuidados médicos se afirma por nuestro Alto Tribunal sin ambages que *se trata de una muerte producida como consecuencia de una situación de absoluto abandono y falta de mínimas medidas higiénico-sanitarias*.

En comisión por omisión la relación de causalidad ha de referirse a una causalidad hipotética, de tal modo que la acción no realizada hubiera evitado la producción del resultado con una probabilidad rayana en la certidumbre o incluso con

certeza absoluta. Por ello se afirma que equivale a una acción la omisión del sujeto que tenía el deber jurídico, contractual o legal de evitar el resultado dañoso, de tal manera que con su acción o actuación puede afirmarse que el peligro habría disminuido o no se habría producido el resultado⁵⁶².

La doctrina de la Sala Segunda es concluyente. De una parte es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, *existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante*. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo (art. 154 del Código Civil). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 octubre 1991, la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente. Los deberes de protección y cuidado que la madre tiene respecto de su hijo derivan no sólo de la propia naturaleza biológica que la maternidad representa, deber moral, sino también de las exigencias legales que la normativa establece, deber legal inscrito en el art. 154.

De otra parte, la STS de 5 marzo de 2001 reconoce que no ha debido agravarse la responsabilidad criminal del acusado en el delito de violencia doméstica al que es claramente inherente. Siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que *esta relación parental no puede servir al mismo tiempo sin mengua del principio “non bis in idem”, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del artículo 67 CP*.

⁵⁶² En este sentido resultan paradigmáticos sendos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la posición de garante que a la madre corresponde respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres.

Retomando los delitos contra la libertad sexual, debe señalarse que sostenemos que existe un mayor reproche y una mayor gravedad cuando quien comete la agresión sexual tiene algún vínculo de parentesco con la víctima, precisamente porque es en el entorno familiar donde cabe esperar protección y prevalerse de esa relación, inspirada en el principio de confianza y solidaridad mutua que rige las relaciones familiares, para atender contra la libertad sexual –Vgr.: de la esposa- debe tener una proyección penal que ha de manifestarse en la agravación de la conducta a través de la circunstancia de parentesco y en ningún caso debe plantearse dicho vínculo con efecto atenuatorio. En efecto, es más grave desde nuestra tesis agredir sexualmente al cónyuge que sufrir esa agresión por un extraño.

La circunstancia mixta de parentesco debe operar, en este tipo de delitos, en todo caso en su vertiente agravatoria y esto es así porque existe un plus de gravedad en la agresión sexual cuando ésta se lleva a cabo contra el cónyuge u otro pariente. Debe tenerse en cuenta que este tipo de relaciones se rige por el principio de solidaridad y de confianza mutua entre quienes están ligados por vínculo parental, por consiguiente se vulneran una serie de principios y deberes morales que asisten a los parientes y cónyuges y que los diferencia de los extraños. Piénsese que aún desaparecido el afecto marital y existiendo la relación como si de un espejismo se tratara, esto es, sin un proyecto real de vida en común, sin el amor propio que debería existir entre quienes contraen matrimonio o están unidos por vínculos de sangre o jurídicos, esto no es óbice para que dicha relación deba tenerse en cuenta para agravar la responsabilidad a través de la circunstancia modificativa mixta genérica. Al actuar criminalmente contra el cónyuge atentando contra un derecho fundamental como la libertad sexual supone además de realizar el ilícito penal desobedecer y desoír los deberes que emanan de dicha relación y transgredir el principio de confianza y, en suma, aprovecharse de una situación que debiera servir para proporcionar un entorno de afecto y seguridad para cometer un delito respaldado y arropado en esa privacidad que ofrece la familia o el matrimonio. Por esta causa este plus de gravedad no debe desconocerse por el Derecho Penal y por consiguiente la circunstancia mixta de parentesco debe en todo caso agravar y, por ende, en ningún supuesto atenuar.

En sentido contrario se pronuncian algunos autores que defienden, en cambio, su vertiente agravatoria en las agresiones sexuales entre cónyuges, al entender que el

acceso carnal violento o intimidatorio contra la esposa, pese a ser un comportamiento delictivo, presenta no obstante ciertas peculiaridades frente al que pudiera cometer un extraño contra ella, ya que la normalidad con que tales parejas practican el coito pone de manifiesto el hábito que dicha actitud genera. Se trata de argumentar la atenuación en base a la creencia de que el impacto o efecto psicológico en la víctima es menor al ser agredida sexualmente por su pareja que si lo fuera por un extraño. Sin embargo, nosotros no compartimos esta postura en absoluto y el mismo argumento puede ser utilizado para afirmar que este efecto psicológico puede incrementar la vejación que sufre la mujer que es violada por su pareja o su pariente, quien debería proporcionar cariño, afecto, seguridad y, en definitiva, lo que el consenso social entiende en nuestra cultura que debe ser el entorno familiar y no un sitio donde los miembros más débiles puedan ser vejados, maltratados y víctimas de un sin fin de comportamientos delictivos que si bien, aunque sería deseable que nunca se produjeran, sería más propio esperarlos de un extraño que de un familiar.

El amor y el afecto son de difícil plasmación en afirmaciones fácticas. El Derecho no debe castigar más gravemente utilizando como argumento la pérdida del amor o el afecto entre agresor y víctima por los tintes moralizantes que esto implica, pero sí debe modular la responsabilidad criminal en función de que exista un vínculo jurídico o no.

Las relaciones parentales se rigen por la confianza y respeto mutuos, ausente desde luego entre quienes se agreden entre sí, pero esto no es óbice para eximir de los derechos y deberes que integran las relaciones entre dos personas unidas por vínculos afectivos o parentales. A este planteamiento se le puede objetar que es excesivamente formalista y que siguiendo la tradición jurisprudencial la *afectio* es un requisito sine qua non entra en juego la circunstancia. No obstante, si tenemos en cuenta que el fundamento no debe ser el afecto en el supuesto de que se pruebe que la relación estaba manifiestamente destruida, sino el aprovechamiento de esa relación, ya inexistente, para cometer el delito, podrán disiparse las dudas que se sostengan.

Algo que resulta a todas luces indubitado es que un Derecho Penal de culpabilidad que se diga capaz de reprochar al autor lo que hizo pues hubiera podido hacer otra cosa, no puede despreciar el alcance del afecto o amor existente entre las

personas, que evidentemente las lleva a comportarse de un modo diferente con unos u otros individuos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALASTUEY DOBON, M. C., “Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, septiembre-diciembre 1992.
- ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias*, Madrid, 1995.
- ALONSO ÁLAMO, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Secretariado de Publicaciones y Decanato de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 1981.
- ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código penal de 1822”, en *ADPCP*, 1965.
- ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Universidad de Salamanca, 1944.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., y ALARCÓN NAVÍO, E., *El Código Penal Francés. Traducido y anotado*, Segunda Edición, actualizada a enero de 2003, Granada, 2003.
- AUSERE PÉREZ, A., “De la despenalización del adulterio” en *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, Segunda Época-Volumen 26/1 (De la fundación, Vol. 36), 1978, Fascículo 60, enero-junio, Bilbao.
- AZZALI, “La concubina quale soggetto passivo del reato di maltrattamenti” en *Rivista Italiana*, 1950.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “Principio de culpabilidad e individualización de la pena” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de derecho Penal Parte General*, 4ª edición totalmente actualizada, Madrid, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1989.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Relación de afectividad análoga a la de parentesco”, en *Comentarios a la legislación penal*, 1997.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en el Derecho Penal*, Barcelona, 1973.
- BELLO LANDROVE, F., *La Familia y el Código Penal Español*, Madrid, 1977.

- BIANCHEDI, C., La qualità di congiunto in se e nelle varie disposizioni del Código penale, en *Rivista Penale*, 1934, I.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, 1995.
- BONET ESTEVA, M., “La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código Penal y la búsqueda de criterios para su aplicación” en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Coord. QUINTERO OLIVARES, G., y MORALES PRATS, F., Navarra, 2001.
- BOSCH FERRAGUT, “Circunstancia mixta de parentesco y principio de legalidad” en *La Ley*, 1998.
- CAMELLI, V., *Le condizioni obiettive di punibilità a la sfera dei principi penali*, Napoli, s.a.
- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 2001.
- CANDIAN, A., *Riflessioni sui rapporti di famiglia nel Diritto penale*, Milano, 1943.
- CARMONA SALGADO, C., “Problemática actual de la violación entre cónyuges y entre parejas de hecho” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999.
- CARRANCA Y TRUJILLO, R., *Las causas que excluyen la incriminación. Derecho mexicano y extranjero*, Méjico, 1944.
- CASABÓ RUIZ, J. R., “El parentesco adoptivo en el Código penal español” en *ADPCP*, Tomo XXV, Fascículo I, Enero-Abril MCMLXXII.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General III, Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1998.
- COBO DEL ROSAL, M., “El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal) en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, 1962.

- COBO DEL ROSAL, M., SUÁREZ LÓPEZ, J. M^a., *Código Penal con concordancias, jurisprudencia, bibliografía y anotaciones sobre su vigencia anterior y posterior a octubre 2004*, Barcelona, 2004.
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal Parte General, 4ª edición conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal Parte General, 5ª Edición, corregida, aumentada y actualizada*, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M., *Instituciones de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 2004.
- COCURULLO, B., Le circonstance, en Scritti in onore de E. Massari (Napoli, 1939).
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “Encubrimiento de parientes” en *Comentarios a la legislación penal*, dir. por COBO DEL ROSAL, M., Tomo V, *La reforma del Código penal de 1983*, Vol. I
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia. Actualización 2000 (Cerrada el 30 de enero de 2001)*, Madrid, 2001.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, 1955.
- CÓRDOBA RODA, J., “El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal” en *ADPCP*, 1967.
- CÓRDOBA RODA, J., *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966.
- CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, (ARTÍCULOS 1-22), Barcelona, 1972.
- CÓRDOBA RODA, J.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G.; DEL TORO MARZAL, A. y CASABO RUIZ, J. R., *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, 1972.
- CUELLO CALÓN, E., “Modificaciones introducidas en el Código penal en materia de encubrimiento por la ley de 9 de mayo 1950” en *ADPCP* (1950).

- CUELLO CONTRERAS, J., “El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española” en *ADPCP*, Tomo XXXIX, Fascículo III, septiembre-diciembre 1986.
- DE CASTRO Y OROZCO, J., y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M., *Código Penal Explicado*, Tomo II, Granada, 1848.
- DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones) Parte General. Teoría de la Ley Penal. Teoría jurídica del delito*, Tomo II, Vol. 1º, Valladolid, 1948.
- DEL ROSAL, J., *Principios de Derecho Penal Español (Lecciones)*, Tomo I, Valladolid, 1945.
- DIEGO DÍAZ-SANTOS, M., *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1973.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXX, 1977.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, 1985.
- DREHER/TRÖNDLE, § 258, nm. 13.
- DS Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 78, de 17 marzo 2005.
- ESCOBEDO, “Maltrattamenti in persona della concubina” en *Giustizia Penale*, 1941.
- FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Madrid, 1956.
- FERRER SAMA, A., *El error en Derecho Penal*, Murcia, 1941.
- FOX, R., *Sistemas de parentesco y matrimonio*, trad. de FALCES, J., Madrid, 1972.
- FRANCISCO PACHECO, J., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, Madrid, 1881.
- FROSALI, *Sistema penale italiano*, Torino, 1958.
- GALENO, G., Parentela e affinitá (Diritto Romano e vigente) en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Torino, 1968.
- GANZENMÜLLER ROIG, C., SOTO NIETO, F., HERRÁIZ PAGES, J., ESCUDERO MORATALLA, J. F., FRIGOLA VALLINA, J., *Eximentes, atenuantes y agravantes en el Código Penal de 1995. Personas criminalmente*

responsables. Comentario de los artículos 19 a 31 del Código Penal de 1995, Barcelona, 2000.

- GARCÍA PLANAS, “Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco”, en *Revista general de Derecho*, 1996.
- GIANNITTI, F., *L’oggetto materiale del reato* (Milano, 1966).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, Fascículo II, Mayo-Agosto, MCMXC, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición” en *ADPCP*, Tomo L, Fascículo Único.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., vid. “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español; con especial referencia a la violación intimidatoria” en *Estudios de Derecho penal*, Tercera Edición, Madrid, 1990.
- GIOFFREDI, “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VIII.
- GIULIANI, V., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità* (Padova, 1966).
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Presente y futuro de las circunstancias modificativas” en *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Dir. DEL RÍO, L., Madrid, 1995.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982.
- GONZÁLEZ RUS, J.J., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Vol. V, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, A., “Parricidio, infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código Penal” en *Cuadernos de Política Criminal*, 1982.
- GRACIA MARTÍN, L., “Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica” en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. . Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López*, Granada, 1999.

- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo I, 2ª ed., Madrid, 1902.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo VI, Salamanca, 1896.
- GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo V, Salamanca, 1893.
- GUALLART DE VIALA, A., “Parricidio” en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XVIII, Barcelona, 1986.
- HANS-HEINRICH JESCHECK, THOMAS WEIGEND, “Delimitación, contenido y estructura del concepto de culpabilidad” en *Tratado de Derecho Penal Parte General*, traduc. de OLMEDO CARDENETE, M., Quinta Edición corregida y ampliada, Granada, 2002.
- HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal Parte General*, Cuarta Edición corregida y ampliada, traduc. de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., Granada, 1993.
- HUERTA TOCILDO, S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, 1944.
- JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, 3ª Aufl., Duncker & Humblot, Berlín, 1978.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, 1ª Edición, II, Parte Especial, Madrid, 1929.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, III, Buenos Aires, 1965.
- LASSO GAITE, J.F., *Crónica de la codificación española. Codificación Penal*, Vol. I, Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Centro de Publicaciones, Madrid, 1970.
- LOFREDO, “Maltrattamenti a donna convivente more uxorio” en *Rivista Penale*, 1950.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. Y OTROS, *Códigos Penales Españoles*, Madrid, 1988.
- LUZÓN CUESTA, “Lesiones graves al cónyuge en el caso de separación matrimonial” en *La ley*, 18 de noviembre de 1987.
- LUZÓN CUESTA, J. M., “Parricidio o bien homicidio o asesinato en el caso de previa destrucción de hecho de la relación conyugal. Comentario a la STS de 28 marzo de 1994” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1994-3, Madrid.

- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996
- MANTOVANI, F., “Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, Anno VI – N. 3-4, Luglio-Dicembre 1964, Milano, 1964.
- MANTOVANI, F., “Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, Anno V – N. 3, Luglio-Settembre, 1963, Milano, 1963.
- MASSA, M., *Le attenuanti generiche* (Napoli, 1959).
- MASSARI, E., Le condizioni di punibilità nel momento processuale, en *Riv. It. di Dir. Pen* (1929).
- MATA Y MARTÍN, R. M., “La relación conyugal como elemento del delito de parricidio. Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo, 10 de mayo y 31 de octubre de 1994” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1995-2.
- MAURACH/SCHROEDER, BT/
- MESTRE DELGADO, E., *La atenuante y la agravante de parentesco*, Madrid, 1995.
- MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho Penal” en *RECPC*.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 5ª Edición, Barcelona, 1998.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal Parte General*, 7ª Edición, Barcelona, 2004.
- MOLARI, A., reato contro il patrimonio non punibile e delitto di calunnia, en *Revista italiana di Diritto penale* (1957).
- MOMMSEN, Th., *Römisches Strafrecht*, Graz-Austria, 1955.
- MORILLAS CUEVA, L., *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, 1991.
- MORILLAS CUEVA, L., y OTROS, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, dir. COBO DEL ROSAL, M., Barcelona, 2000.
- MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal Parte General: fundamentos conceptuales y metodológicos del Derecho Penal, Ley Penal*, Madrid, 2004.
- MORILLAS CUEVA, L., y OTROS, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte General)*, 2004.

- MORILLAS CUEVA, L., “El Derecho Penal y la Violencia Doméstica” en *Encuentros “Violencia Doméstica” Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2004.
- MOSQUETE MARTÍN, D., *El delito de encubrimiento*, Barcelona, 1946.
- NAVARRETE URIETA, J., “El encubrimiento entre parientes” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XIII, Fascículo I, Madrid.
- OLMEDO CARDENETE, M., *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, 1999.
- OLMEDO CARDENETE, M., “La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal Alemán en los supuestos en los que la víctima de violencia doméstica ataca a su agresor: tratamiento del denominado *Haustyrann*” en *CPC*, núm. 82, Madrid, 2004.
- OLMEDO CARDENETE, M., La reforma del Código Penal en materia de violencia doméstica operada por la LO 11/2003, de 29 septiembre, en *Libro Homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, 2005.
- ORTS BERENGUER, E., “Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 13, 1981.
- PATERNITI, C., *La famiglia nel Diritto penale*, Milano, 1970.
- PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría General de las Circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Madrid, 1995.
- PETROCELLI, B., Reato e punibilità, en *Rivista italiana di Diritto penale* (1960).
- PISAPIA, G. D., “Spunti esegetici e dommatici sull’art. 572 CP” en *Riv. ital. dirit. proc. pen.*, 1960.
- PISAPIA, G. D., “Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. X, Torino, 1963.
- PISAPIA, G.D ., “L’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi di fronte alla legge penale” en *Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone*, 1963.
- PISAPIA, G.D, “Abuso dei mezzi di correzione e di disciplina” en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, Torino, 1957.

- PISAPIA, G.D., “Norme di diritto e norme di civiltà: a propósito del preteso ius corrigendi del marito nei confronti della moglie” en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1957.
- PISAPIA, G.D., “I rapporti di famiglia como causa di non punibilità” en *Studi di Diritto penale*, Padova, 1956.
- PISAPIA, G.D., “I rapporti di famiglia como causa di non punibilità” en *Riv. it. dir. pen.*, 1951.
- PISAPIA, G.D., Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena, en *Revista italiana di Diritto penale* (1952).
- PISAPIA, La non punibilità speciale, en *Studi in onore de Rocco*, II (Milan, 1952).
- PISAPIA, Riflessi penalistici dela separazione personale tra coniugi in *Conversación dell instituto di aplizazione forense* (anni 1962-1968).
- POLAINO NAVARRETE, M., vid. “Introducción a los delitos contra la honestidad” en *Anales de la Universidad Hispalense, Serie Derecho, Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, Sevilla, 1975.
- PRATS CANUT, J.M., “De la circunstancia mixta de parentesco” en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, G., Navarra, 2001.
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Barcelona, 1996.
- QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed. actualizada por GIMBERNAT, E., Madrid, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., “La excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales” en *Comentarios al nuevo Código Penal*, Navarra, 2001.
- QUINTERO OLIVARES, G., “Los delitos de lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio” en *ADPCP*, Tomo XLII, Fascículo III, septiembre-diciembre 1989.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal. Parte General (Acorde con el Nuevo Código Penal de 1995)*, Barcelona, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 4ª edición revisada y puesta al día, coord. MORALES PRATS, F., Pamplona, 2004.

- QUINTERO OLIVARES, G., y Otros, “La excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Navarra, 1999.
- RAMIRO RUEDA, D. R., *Elementos de Derecho Penal*, Tomo I, Santiago, 1898.
- RAMOS TAPIA, M^a. I., “El homicidio del cónyuge (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo y 31 de octubre de 1994)” en *La Ley-Actualidad Penal*, 1996-1.
- RICCIO, *Il matrimonio nella costituzioine italiana*. Pavoda, 1968, 8^o.
- RICCIO, S., *La bigamia*, Napoli, 1934.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J.M, SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español. Parte General, Decimoctava edición revisada y puesta al día*, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ DEVESA, J. M^a, *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, 1976.
- ROVIRA CARRERÓ, P. I., *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, 1912.
- ROXIN, C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. LUZÓN PEÑA, D.M., DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., DE VICENTE REMESAL, J., Madrid, 1997.
- RUBIALES BÉJAR, E.E., “Penas y medidas cautelares para la protección de la víctima en los delitos asociados de violencia doméstica” en *Estudios Penales Sobre Violencia Doméstica*, coord. MORILLAS CUEVA, L., Madrid, 2002.
- SÁINZ CANTERO, El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad, en *ADPCP*, 1960.
- SÁINZ CANTERO, Las causas de inculpabilidad en el Código penal español, en *Revista general de legislación y jurisprudencia* (1963).
- SALINERO ALONSO, C., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y artículo 66 del Código Penal*, Dir. Por ROMEO CASABONA, C.M., Granada, 2000.
- SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho Penal Español Obra Ajustada al Código Penal, Texto Refundido de 1944, con Todas las Modificaciones Introducidas, Tomo I, Introducción y Parte General, Quinta Edición*, Madrid, 1950

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, J., “Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte” en *ADPCP*, Tomo XLVIII, Fascículo I, enero-abril 1995.
- SÁNCHEZ-VERA, GÓMEZ-TRELLES, “Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código penal”, en *Actualidad Penal*, 1999.
- SARDIELLO, “La condizione della donna convivente more uxorio ed il reato di maltrattamenti” en *Rivista Penale*, 1939.
- SCARANO, *La non exigibilità nel Diritto penale* (Napoli, 1948).
- SCHIAVANO, G., *La tutela penale dello atato di filiazione* (Padova, 1971).
- SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch Konmentar*, 19. Aufl., C.H. beck, München, 1978.
- SERRANO BUTRAGUEÑO, I., “La circunstancia mixta de parentesco” en *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998
- SEUFFERT, H., *Legislación penal comparada*, dir. F. von Litz (trad. de la edición francesa de A. Posada), Madrid, 1986.
- SILVELA, L., *El Derecho penal estudiado en principios*, tomos I y II, 2ª ed., Madrid, 1903.
- TORÍO LÓPEZ, A., “Sobre los límites de la ejecución por imprudencia” en *ADPCP*, 1972.
- VALDÉS RUBIO, J. Mª., *Derecho Penal, su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1903.
- VALDÉS ESPINOSA, L., *El parentesco en el Derecho penal*, Santiago de Chile, 1960.

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO CITADAS

- STS de 16 enero 1886
- STS de 11 marzo 1887
- STS de 12 diciembre 1887
- STS de 7 diciembre 1888
- STS de 12 febrero 1892
- STS de 30 mayo 1894
- STS de 20 febrero 1909
- STS de 12 febrero 1919
- STS de 30 septiembre 1922
- STS de 22 octubre 1923
- STS de 10 febrero 1925
- STS de 14 abril 1926
- STS de 24 septiembre 1926
- STS de 30 noviembre 1927
- STS de 6 junio 1928
- STS de 30 abril 1930
- STS de 10 noviembre 1933
- STS de 10 octubre 1934
- STS de 15 abril 1942 [RJ 1942/521]
- STS de 16 junio 1944 [RJ 1944/772]
- STS de 21 abril 1949
- STS de 2 febrero 1954 [RJ 1954/199]
- STS de 24 diciembre 1954 [RJ 1954/2987]
- STS de 24 diciembre 1954 [RJ 1954/2987]
- STS de 18 junio 1955 [RJ 1955/2116]
- STS de 15 octubre 1956
- STS de 12 junio 1957
- STS de 15 octubre 1957 [RJ 1957/2673]
- STS de 30 junio 1958

- STS de 8 noviembre 1961
- STS de 23 febrero 1966 [RJ 1966/898]
- STS de 23 abril 1970 [RJ 1970/1905]
- STS de 30 septiembre 1978
- STS de 30 abril 1979
- STS de 31 enero 1981 [RJ 1981/268]
- STS de 16 marzo 1981 [RJ 1981/1176]
- STS de 10 abril 1981 [RJ 1981/1624]
- STS de 8 julio 1981 [RJ 1981/3201]
- STS de 10 febrero 1982 [RJ 1982/7398]
- STS de 10 marzo 1982 [RJ 1982/1601]
- STS de 25 mayo 1982 [RJ 1982/2735]
- STS de 29 mayo 1982
- STS de 28 octubre 1983 [RJ 1983/4808]
- STS de 23 octubre 1984 [RJ 1984/5031]
- STS de 12 noviembre 1984 [RJ 1984/5031]
- STS de 12 noviembre 1984 [RJ 1984/5937]
- STS de 25 abril 1985 [RJ 1985/2139]
- STS de 25 octubre 1985 [RJ 1985/5058]
- STS de 31 enero 1986 [RJ 1986/211]
- STS de 4 marzo 1986
- STS de 28 mayo 1986 [RJ 1986/2893]
- STS de 26 junio 1986
- STS de 15 septiembre 1986 [RJ 1986/4674]
- STS de 3 noviembre 1986 [RJ 1986/6235]
- STS de 15 noviembre 1986 [RJ 1986/6960]
- STS de 25 septiembre 1987
- STS de 22 febrero 1988 [RJ 1988/1223]
- STS de 22 marzo 1988 [RJ 1988/2069]
- STS de 30 junio 1988 [RJ 1988/5387]
- STS de 29 septiembre 1988 [RJ 1988/7171]
- STS de 10 octubre 1988 [RJ 1988/7722]

- STS de 9 marzo 1989
- STS de 28 marzo 1989 [RJ 1989/2749]
- STS de 28 marzo 1989 [RJ 1989/2746]
- STS de 24 abril 1989 [RJ 1989/3508]
- STS de 24 mayo 1989
- STS de 12 junio 1989 [RJ 1989/5082]
- STS de 7 noviembre 1989
- STS de 8 febrero 1990 [RJ 1990/1299]
- STS de 14 febrero 1990 [RJ 1990/1501]
- STS de 9 marzo 1990. [RJ 1990/2442]
- STS de 26 junio 1990 [RJ 1990/5679]
- STS de 29 junio 1990 [RJ 1990/7306]
- STS de 16 abril 1991 [RJ 1991/2698]
- STS de 21 mayo 1991 [RJ 1991/3739]
- STS de 22 junio 1991 [RJ 1991/4793]
- STS de 2 julio 1991 [RJ 1991/5500]
- STS de 8 julio 1991, núm. 1191 [RJ 1991/5702]
- STS de 21 septiembre 1991 [1991/6508]
- STS de 8 octubre 1991 [RJ 1991/7033]
- STS de 23 octubre 1991 [RJ 1991/7352]
- STS de 31 octubre 1991 [RJ 1991/7473]
- STS de 2 diciembre 1991 [RJ 1991/8950]
- STS de 27 diciembre 1991 [RJ 1991/9644]
- STS de 12 febrero 1992 [RJ 1992/6783]
- STS de 23 abril 1992 [RJ 1992/9657]
- STS de 24 abril 1992
- STS de 26 mayo 1992 [RJ 1992/4492]
- STS de 6 julio 1992 [RJ 1992/6133]
- STS de 15 septiembre 1992 [RJ 1992/7155]
- STS de 21 septiembre 1992 [RJ 1992/7197]
- STS de 6 octubre 1992
- STS de 13 octubre 1992

- STS de 14 octubre 1992 [RJ 1992/8190]
- STS de 13 noviembre 1992
- STS de 25 noviembre 1992
- STS de 10 diciembre 1992
- STS de 23 febrero 1993 [RJ 1993/1401]
- STS de 20 marzo 1993 [RJ 1993/2427]
- STS de 7 abril 1993 [RJ 1993/3056]
- STS de 20 abril 1993, núm. 887/1993. [RJ 1993/3162]
- STS de 29 mayo 1993 [RJ 1993/4282]
- STS de 4 junio 1993 [RJ 1993/4803]
- STS de 15 septiembre 1993 [RJ 1993/8132]
- STS de 15 septiembre 1993 [RJ 1993/6727]
- STS de 13 de octubre 1993, núm. 2253/1993. [RJ 1993/7379]
- STS de 4 octubre 1993
- STS de 13 octubre 1993 [RJ 1993/7379]
- STS de 9 diciembre 1993
- STS de 21 diciembre 1993 [RJ 1993/9592]
- STS de 30 diciembre 1993 [RJ 1993/9821]
- STS de 21 enero 1994 [RJ 1994/81]
- STS de 28 enero 1994 [RJ 1994/125]
- STS de 1 febrero 1994 [RJ 1994/1240]
- STS de 18 febrero 1994
- STS de 4 marzo 1994 [RJ 1994/1693]
- STS de 9 marzo 1994 [RJ 1994/1830]
- STS de 28 marzo 1994, núm. 660/1994. [RJ 1994/2663]
- STS de 27 mayo 1994 [RJ 1994/4057]
- STS de 3 junio 1994 [RJ 1994/9346]
- STS de 15 junio 1994 [RJ 1994/4958]
- STS de 5 julio 1994 [RJ 1994/6248]
- STS de 12 julio 1994, núm. 1433/1994. [RJ 1994/6363]
- STS de 21 julio 1994, núm. 1510/1994. [RJ 1994/6704]
- STS de 12 septiembre 1994 [RJ 1994/7204]

- STS de 31 octubre 1994, núm. 1899/1994. [RJ 1994/8342]
- STS de 28 noviembre 1994, núm. 2109/1994. [RJ 1994/9146]
- STS de 15 diciembre 1994. [RJ 1994/9762]
- STS de 16 diciembre 1994 [RJ 1994/10078]
- STS de 12 enero 1995, núm. 3/1995. [RJ 1995/130]
- STS de 16 enero 1995, núm. 22/1995. [RJ 1995/144]
- STS de 3 febrero 1995 [RJ 1995/869]
- STS de 14 febrero 1995 [RJ 1995/819]
- STS de 8 marzo 1995, núm. 353/1995. [RJ 1995/1873]
- STS de 7 abril 1995, núm. 564/1995. [RJ 1995/3374]
- STS de 25 septiembre 1995, núm. 914/1995. [RJ 1995/6744]
- STS de 27 septiembre 1995 [RJ 1995/6644]
- STS de 5 octubre 1995
- STS de 6 octubre 1995, núm. 998/1995
- STS de 6 octubre 1995 [RJ 1995/7400]
- STS de 24 noviembre 1995, núm. 1222/1995. [RJ 1995/8954]
- ATS de 29 noviembre 1995 [RJ 1995/8878]
- STS de 11 diciembre 1995, núm. 1235/1995. [RJ 1995/9236]
- STS de 16 enero 1996, núm. 14/1996. [RJ 1996/76]
- STS de 22 enero 1996
- STS de 26 enero 1996, núm. 43/1996. [RJ 1996/618]
- STS de 8 febrero 1996
- STS de 9 febrero 1996 [RJ 1996/832]
- STS de 11 mayo 1996, núm. 407/1996. [RJ 1996/3828]
- STS de 11 mayo 1996 [RJ 407/1996]
- STS de 11 mayo 1996 [RJ 1996/3828]
- STS de 21 septiembre 1996 [RJ 1996/6927]
- STS de 23 septiembre 1996 [RJ 1996/6748]
- STS de 11 octubre 1996, núm. 682/1996 [RJ 1996/7454]
- STS de 28 octubre 1996 [RJ 1996/8569]
- STS de 15 noviembre 1996, núm. 883/1996. [RJ 1996/8207]
- STS de 16 enero 1997 [RJ 1997/184]

- STS de 22 enero 1997 [RJ 1997/1271]
- STS de 24 enero 1997, núm. 104/1997. [RJ 1997/912]
- STS de 10 febrero 1997. [RJ 1997/1550]
- STS de 11 marzo 1997, núm. 302/1997. [RJ 1997/1944]
- STS de 31 marzo 1997 [RJ 1997/2520]
- STS de 4 abril 1997, núm. 272/1997
- STS de 15 abril 1997 [RJ 1997/2931]
- STS de 15 abril 1997, núm. 481/1997
- STS de 29 abril 1997
- STS de 30 abril 1997, núm. 812/1997. [RJ 1997/4537]
- STS de 30 abril 1997 [RJ 1997/1944]
- STS de 30 abril 1997 [RJ 1997/4537]
- STS de 6 mayo 1997, núm. 631/1997. [RJ 1997/3629]
- STS de 11 junio 1997, núm. 137/1997.[RJ 1997/5600]
- STS de 13 junio 1997, núm. 849/1997. [RJ 1997/4893]
- STS de 27 junio 1997, núm. 950/1997
- STS de 3 julio 1997 [RJ 1997/8835]
- STS de 14 julio 1997, núm. 1032/1997. [RJ 1997/5591]
- STS de 6 octubre 1997 [RJ 1997/7017]
- STS de 27 octubre 1997, núm. 1286/1997
- STS de 2 diciembre 1997, núm. 1475/1997. [RJ 1997/8835]
- STS de 10 febrero 1998, núm. 194/1998. [RJ 1998/949]
- STS de 10 febrero 1998 [RJ 1998/1171]
- STS de 3 abril 1998 [RJ 1998/2604]
- STS de 15 abril 1998, núm. 527/1998 [RJ 1998/3806]
- STS de 9 junio 1998 [RJ 1998/5490]
- STS de 3 de julio 1998, núm. 919/1998. [RJ 1998/5809]
- STS de 20 julio 1998, núm. 985/1998 [RJ 1998/5998]
- STS de 23 julio 1998, Sala de lo Civil, núm. 790/1998
- STS de 3 noviembre 1998 [RJ 1998/7961]
- STS de 10 noviembre 1998, núm. 1324/1998. [RJ 1998/9416]
- STS de 10 noviembre 1998, núm. 1365/1998. [RJ 1998/8271]

- STS de 13 noviembre 1998, núm. 1402/1998. [RJ 1998/8204]
- STS de 13 diciembre 1998 [RJ 1998/5809]
- STS de 14 mayo 1999, núm. 789/1999 [RJ 1999/5396]
- ATS de 19 mayo 1999, núm. 1756/1998-P. [RJ 1999/3370]
- STS de 21 mayo 1999, núm. 865/1999. [RJ 1999/5243]
- ATS de 9 junio 1999, núm. 605/1998. [RJ 1999/5421]
- STS de 29 septiembre 1999, núm. 1362/1999. [RJ 1999/ 7055]
- ATS de 2 noviembre 1999, núm. 485/1999-P. [RJ 1999/8381]
- STS de 13 noviembre 1999 [RJ1999/8710]
- STS de 9 diciembre 1999, núm. 1725/99. [RJ 1999/544]
- STS de 10 febrero 2000, núm. 115/2000. [RJ 2000/55]
- STS de 18 febrero 2000, núm. 199/2000. [RJ 2000/703]
- STS de 21 marzo 2000 [RJ 2000/3333]
- STS de 19 abril 2000, núm. 711/2000. [RJ 2000/3714]
- STS de 12 mayo 2000
- STS de 20 mayo 2000, núm. 851/2000. RJ 2000/5205
- STS de 26 junio 2000 [RJ 2000/6074]
- STS de 26 junio 2000, núm. 1161/2000
- STS de 26 junio 2000, núm. 1104/2000
- STS de 10 julio 2000, núm. 1274/2000
- STS de 25 julio 2000, núm. 1340/2000. [RJ 2000/6229]
- STS de 22 de septiembre 2000, núm. 1429/2000. [RJ 2000/8082]
- STS de 11 septiembre 2000, núm. 780/2000. [RJ 2000/7932]
- STS de 22 septiembre 2000, núm.1429/2000. [RJ 2000/8082]
- STS de 22 septiembre 2000, núm. 1441/2000 [RJ 2000/8080]
- STS de 16 octubre 2000, núm. 1602/2000. [RJ 2000/8776]
- STS de 19 octubre 2000, núm. 1618/2000. [RJ 2000/9154].
- STS de 19 octubre 2000, núm. 1618/2000
- STS de 11 diciembre 2000, núm. 1889/2000 [RJ 2000/10149]
- STS de 22 diciembre 2000, núm. 1230/2000
- STS de 22 enero 2001, núm. 38/2001. [RJ 2001/31]
- STS de 27 enero 2001, núm. 64/2001. [RJ 2001/191]

- STS de 6 febrero 2001, núm. 134/2001. [RJ 2001/1233].
- STS de 5 marzo 2001, núm. 164/2001. [RJ 2001/1304]
- STS de 4 abril 2001, núm. 1025/2001
- STS de 27 abril 2001, núm. 689/2001. [RJ 2001/3578]
- STS de 18 Mayo 2001, núm. 1911/2000. [RJ 2001/4305]
- STS de 28 mayo 2001, núm. 971/2001. [RJ 2001/4570]
- STS de 4 de junio 2001, núm. 1025/2001.[RJ 2001/5614]
- STS de 16 julio 2001, núm. 1453/2001 [RJ 2001/6870]
- STS de 18 julio 2001, núm. 1439/2001 [RJ 2001/6501]
- STS de 19 julio 2001[RJ 2001/6503]
- STS de 10 septiembre 2001, núm. 1556/2001. [RJ 2001/7279]
- STS de 30 octubre 2001 [RJ 2001/9507]
- STS de 14 noviembre 2001 [RJ 2002/3485]
- STS de 10 diciembre 2001, núm. 1591/2001 [RJ 2002/6108]
- STS de 22 enero 2002. [RJ 2002/2631]
- STS de 20 marzo 2002, núm. 556/2002. [RJ 2002/4935]
- STS de 11 abril 2002 [RJ 2002/8135]
- STS de 15 abril 2002, núm. 401/2002 [RJ 2002/5446]
- STS de 11 mayo 2002, núm. 216/2002 [RJ 2002/4737]
- STS de 17 junio 2002, núm. 1165/2002. [RJ 2002/7599]
- STS de 3 octubre 2002, núm. 1654/2002. [RJ 2002/9847]
- STS de 21 octubre 2002, núm. 1704/2002. [RJ 2002/10808]
- STS de 13 noviembre 2002, núm. 1901/2002. [RJ 2002/10859]
- STS de 22 noviembre 2002, núm. 1959/2002. [RJ 2002/10503]
- STS de 23 diciembre 2002, núm. 2176/2002. [RJ 2003/639]
- STS de 20 enero 2003, núm. 1981/2002. [RJ 2003/927]
- STS de 14 febrero 2003, núm. 221/2003. [RJ 2003/2381]
- STS de 17 febrero 2003, núm. 210/2003. [RJ 2003/3628]
- STS de 4 marzo 2003, núm. 325/2003. [RJ 2003/2419]
- STS de 5 marzo 2003, núm. 334/2003. [RJ 2003/2648]
- STS de 15 marzo 2003, núm. 370/2003. [RJ 2003/2908]
- STS de 22 abril 2003, núm. 582/2003. [RJ 2003/4676]

- STS de 28 abril 2003, núm. 625/2003. [RJ 2003/3869]
- STS de 5 mayo 2003, núm. 618/2003. [RJ 2003/3881]
- STS de 27 mayo 2003, núm. 781/2003. [RJ 2003/4278]
- STS de 20 junio 2003, núm. 907/2003. [RJ 2003/5715]
- STS de 28 noviembre 2003, núm. 1608/2003. [RJ 2003/9565]
- STS de 22 diciembre 2003, núm. 1749/2003. [RJ 2004/615].
- STS de 9 enero 2004, núm. 8/2004. [RJ 2004/239]
- STS de 2 febrero 2004, núm. 119/2004. [RJ 2004/2059]
- STS de 6 febrero 2004, núm. 147/2004. [RJ 2004/2427]
- STS de 9 febrero 2004, núm. 130/2004. [RJ 2004/2137]
- STS de 12 febrero 2004, núm. 173/2004. [RJ 2004/1523]
- STS de 13 febrero 2004, núm. 175/2004. [RJ 2004/2015]
- STS de 19 marzo 2004, núm. 380/2004. [RJ 2004/3413]
- STS de 19 mayo 2004, núm. 671/2004. [2004/3302]
- STS de 24 junio 2004, núm. 851/2004. [RJ 2004/5171]
- STS de 21 septiembre 2004, núm. 1031/2004. [RJ 2004/6382]
- STS de 11 noviembre 2004, núm. 1307/2004. [RJ 2004/7722]
- STS de 18 noviembre 2004, núm. 1337/2004. [RJ 2004/7545]
- STS de 21 diciembre 2004, núm. 1476/2004. [RJ 2004/8252]
- STS de 12 septiembre de 1994 [RJ 1994/7204]
- STS de 27 octubre, núm. 1225/2004. [RJ 2004/6857]
- STS de 22 diciembre de 2000, núm. 1986/2000. [RJ 2001/501]
- STS núm. 1457 [RJ 2002/8647]
- STS núm. 1654/2002 [RJ 2002/9847]
- STS núm. 1433/1994 [RJ 1994/6363]
- STS núm. 887/1993. [RJ 1993/3162]
- STS núm. 1986/2000. [RJ 2001/501]
- STS núm. 1104/00 [RJ 2000/6074]
- STS núm. 1457 [RJ 2002/8647]
- STS núm. 1074/2002 [RJ 2002/7930]
- STS núm. 1654/02 [RJ 2002/9847]

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES Y TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CITADAS

- SAP de Palma de Mallorca de 12 enero 1985, Sección 2ª
- SAP de Tarragona 1994, Sección 2ª. [ARP 1994/391]
- SAP de Girona de 29 enero 1994. [ARP 1994/326]
- SAP de Lleída de 17 junio 1994, Sección 1ª, núm. 293/1994. [ARP 1994/365]
- SAP de Girona de 17 junio 1994, Sección 2ª, núm. 45/1994. [ARP 1994/333]
- SAP de Navarra de 17 septiembre 1994, núm. 28/1993. [ARP 1994/538]
- SAP de Tarragona de 10 diciembre 1994, Sección 2ª, núm. 8/1993. [ARP 1994/573]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 19 enero 1995, núm. 2/1993. [ARP 1995/217]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 abril 1995, Sección 2ª, núm. 46/1994. [ARP 1995/589]
- SAP de Castellón de 4 octubre 1995, Sección 1ª, núm. 30/1995. [ARP 1995/1253]
- SAP de Soria de 1995 de 16 octubre 1995, Sección 1ª, núm. 53/1995. [ARP 1995/1334]
- SAP de Baleares de 6 noviembre 1995, Sección 1ª, núm. 133/1995. [ARP 1995/1228]
- SAP de Barcelona de 17 noviembre 1995, Sección 5ª, núm. 8369/1995. [ARP 1995/1214]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 diciembre 1995, núm. 1106/1995. [ARP 1995/1431]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 11 enero 1996, Sección 2ª, núm. 7/1996. [ARP 1996/27]
- SAP de Barcelona de 1 febrero 1996, Sección 10ª, núm. 10/1996. [ARP 1996/77]
- SAP de Jaén de 29 febrero 1996, Sección 2ª, núm. 33/1996. [ARP 1996/93]
- SAP de Barcelona de 11 marzo 1996, Sección 2ª, núm. 5504/1994. [ARP 1996/166]
- SAP de Baleares de 26 abril 1996, Sección 1ª, núm. 45/1996. [ARP 1996/220]
- SAP de Cantabria de 13 junio 1996

- SAP de Zaragoza de 24 junio 1996, Sección 3ª, núm. 43/1996. [ARP 1996/651]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 21 octubre 1996, Sección 2ª, núm. 947/1996. [ARP 1996/989]
- SAP de Granada de 2 diciembre 1996, Sección 2ª, núm. 612/1996. [ARP 1996/1380]
- SAP de Badajoz de 16 diciembre 1996, núm. 76/1996. [ARP 1996/1299]
- SAP de Cádiz de 16 diciembre 1996, Sección 2ª, núm. 178/1996. [ARP 1996/1379]
- SAP de Granada de 23 enero 1997, Sección 2ª, núm. 33/1997. [ARP 1997/127]
- SAP de Barcelona de 31 enero 1997, Sección 3ª. [ARP 1997/52]
- SAP de Barcelona de 12 febrero 1997, Sección 6ª. [ARP 1997/1140]
- SAP de Guadalajara de 16 abril 1997, núm. 9/1997. [ARP 1997/609]
- SAP de Madrid de 22 mayo 1997, Sección 15ª, núm. 251/1997. [ARP 1997/772]
- SAP de Tarragona de 18 junio 1997, Sección 2ª, núm. 109/1997. [ARP 1997/1246]
- SAP de Barcelona de 19 junio 1997, Sección 5ª. [ARP 1997/1066]
- SAP de Tarragona de 30 diciembre 1997, Sección 2ª, núm. 113/1997. [ARP 1997/1900]
- SAP de Navarra de 13 enero 1998, Sección 3ª, núm. 12/1998. [ARP 1998/108]
- SAP de Lleida de 22 enero 1998, Sección 1ª, núm. 20/1998. [ARP 1998/94]
- SAP de Guipúzcoa de 20 marzo 1998, núm. 1/1997. [ARP 1998/1055]
- SAP de Guipúzcoa de 5 mayo 1998, Sección 2ª, núm. 2002/1997. [ARP 1998/1501]
- SAP de Asturias de 9 mayo 1998, Sección 2ª, núm. 381/1998. [ARP 1998/2814]
- SAP de Valencia de 2 junio 1998, Sección 4ª, núm. 271/1998. [ARP 1998/3346]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 junio 1998, núm. 610/1998. [ARP 1998/3179]
- SAP de Barcelona de 9 junio 1998, Sección 9ª. [ARP 1998/2640]
- SAP de Baleares de 15 junio 1998, Tribunal del Jurado, núm. 156/1998. [ARP 1998/3143]
- SAP de Gerona de 15 junio 1998, Sección 3ª, núm. 224/1998. [ARP 1998/2808]
- SAP de Ciudad Real de 16 junio 1998, Sección 1ª, núm. 51/1998. [ARP 1998/3385]

- SAP de Madrid de 23 junio 1998, Sección 6ª, núm. 346/1998. [ARP 1998/3200]
- SAP de Navarra de 25 junio 1998, Sección 1ª, núm. 124/1998. [ARP 1998/3723]
- SAP de Cuenca de 7 julio 1998, Tribunal del Jurado, núm. 49/1998. [ARP 1998/3426]
- SAP de Murcia de 7 julio 1998, Sección 3ª, núm. 90/1998. [ARP 1998/4086]
- SAP de Jaén de 10 julio 1998, Sección 1ª, núm. 76/1998. [ARP 1998/4106]
- SAP de Madrid de 15 septiembre 1998, Sección 16ª, núm. 487/1998. [ARP 1998/5566]
- SAP de Las Palmas de 30 septiembre 1998, Sección 3ª, núm. 103/1998. [ARP 1998/3746]
- SAP de Las Palmas de 9 octubre 1998, Tribunal del Jurado núm. 1/1998. [ARP 1998/4160]
- SAP de Tarragona de 20 octubre 1998, Sección 2ª, núm. 572/1998. [ARP 1998/4782]
- SAP de Cáceres de 16 noviembre 1998, Sección 1ª, núm. 66/1998. [ARP 1998/4889]
- SAP de Jaén de 23 noviembre 1998, Sección 2ª, núm. 137/1998. [ARP 1998/4713]
- SAP de Alicante de 2 diciembre 1998, Sección 3ª, núm. 742/1998. [ARP 1998/4401]
- SAP de Salamanca de 2 diciembre 1998, Sección Única, núm. 129/1998. [ARP 1998/4685]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife 1999, Sección 2ª, núm. 622/1999. [ARP 1999/956]
- SAP de La Coruña de 22 enero 1999, Sección 4ª, núm. 2/1999. [ARP 1999/473]
- SAP de Castellón de 23 febrero 1999, Sección 1ª, núm. 14/1999. [ARP 1999/306]
- SAP de La Coruña de 26 febrero 1999, Sección 4ª, núm. 18/1999. [ARP 1999/250]
- SAP de Barcelona de 9 marzo 1999, Sección 5ª, núm. 850/1998. [ARP 1999/848]
- SAP de Castellón de 13 abril 1999, Sección 1ª, núm. 27/1999. [ARP 1999/1537]
- SAP de Barcelona de 23 abril 1999, Sección 9ª, núm. 1/1998. [ARP 1999/5683]

- SAP de Guipúzcoa, Sección 3ª, de 23 abril 1999. [ARP 1999/964]
- SAP de Gerona de 13 julio 1999, Sección 3ª, núm. 100/1999. [ARP 1999/3039]
- SAP de Murcia de 20 julio 1999, Sección 1ª, núm. 104/1999. [ARP 1999/4143]
- STSJ de Baleares de 26 julio 1999, Sala de lo Civil y Penal, núm. 3/1999. [ARP 1999/3035]
- SAP de 21 septiembre 1999, Sección 9ª, núm. 3/1998. [ARP 1999/3488]
- SAP de León de 23 septiembre 1999, Sección 2ª, núm. 2/1999. [ARP 1999/4134]
- SAP de Madrid de 23 octubre 1999, Sección 15ª, núm. 397/1999. [ARP 1999/4415]
- SAP de Almería de 28 octubre 1999, Sección 2ª, núm. 366/1999. [ARP 1999/4030]
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 3 diciembre 1999, Sección 2ª, núm. 1360/1999. [ARP 1999/3733]
- SAP de Castellón de 9 diciembre 1999, Sección 1ª, núm. 95/1999. [ARP 1999/4190]
- STSJ de Las Palmas de Gran Canaria 2000, Sala de lo Civil y Penal, de 11 abril 2000, núm. 4/2000. [ARP 2000/1841]
- SAP de La Coruña, Sección 4ª, de 21 enero 2000, núm. 2/2000. [ARP 2000/2253]
- SAP de Valencia, Sección 5ª, de 28 enero 2000, núm. 39/2000. [ARP 2000/1452]
- SAP de Gerona de 28 enero 2000, Sección 3ª, núm. 15/2000. [ARP 2000/546]
- SAP de Burgos de 1 febrero 2000, Sección 1ª, núm. 200/1999. [ARP 2000/404]
- SAP de La Coruña de 9 febrero 2000, Sección 4ª, núm. 22/2000. [ARP 2000/39]
- SAP de Guipúzcoa de 2 marzo 2000, Sección 3ª, núm. 2/1996. [ARP 2000/57]
- SAP de Cantabria de 22 marzo 2000, Sección 1ª, núm. 7/2000. [ARP 2000/1268]
- SAP de Madrid de 24 marzo 2000, sección 16ª, núm. 118/2000. [ARP 2000/1152]
- SAP de Barcelona, Sección 3ª, de 25 abril 2000, núm. 306/2000. [ARP 2000/1345]
- STSJ de 5 mayo 2000, Sala de lo Civil y Penal, núm. 3/2000. [ARP 2000/742]

- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 9 mayo 2000, Sección 2ª, núm. 461/2000. [ARP 2000/348]
- SAP de Baleares de 16 mayo 2000, Sección 2ª, núm. 73/2000. [ARP 2000/1505]
- SAP de Badajoz, Sección 2ª, de 13 junio 2000, núm. 22/2000. [ARP 2000/2660]
- SAP de Gerona de 10 julio 2000, Sección 3ª, núm. 140/2000. [ARP 2000/3020]
- SAP de Navarra, Sección 3ª, de 10 octubre 2000, núm. 128/2000. [ARP 2000/2679]
- SAP de Madrid, Sección 2ª, de 8 enero 2001, núm. 3/2001. [ARP 2001/363]
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 22 enero 2001, núm. 1/2001. [ARP 2001/133]
- STSJ de Baleares, Sala de lo Civil y Penal, de 23 enero 2001, núm. 1/2001. [ARP 2001/139]
- SAP de Valencia, Sección 3ª, de 7 febrero 2001, núm. 73/2001. [ARP 2001/332]
- SAP de Barcelona de 22 marzo 2002, Sección 3ª
- SAP de Madrid de 25 marzo 2002, Sección 23
- SAP de Madrid de 16 septiembre 2002, Sección 15ª
- SAP de Asturias de 21 octubre 2003, Sección 3ª. [ARP 2003/277207]
- SAP de Murcia de 30 octubre 2003, Sección 5ª. [ARP 2003/277207]
- SAP de Baleares de 11 febrero 2005, Sección 2ª, núm. 15/2005. [ARP 2005/62213]
- SAP de Toledo de 2 marzo 2005, Sección 1ª, núm. 3/2005. [ARP 2005/76331]

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ACP	Antiguo Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
ARP	Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia de Provincias
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
AUH	Anales de la Universidad Hispalense
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE 78	Constitución Española de 1978
CP	Código Penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
CPTR 1973	Código Penal Texto Refundido de 14 septiembre 1973
DS	Diario de Sesiones
EDP	Estudios de Derecho Penal
GSST	Gerichtsaal
LO	Ley Orgánica
LL-AP	La Ley-Actualidad Penal
NCP	Nuevo Código Penal
NDI	Novissimo Digesto Italiano
NDI	Nuovo Digesto Italiano
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica
PE	Parte Especial de Derecho Penal
PG	Parte General de Derecho Penal
RAE	Real Academia Española de la Lengua
RDMSP	Rivista del Diritto Matrimoniale e dello Stato delle Persone
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht
RGD	Revista General de Derecho

RIDP	Rivista Italiana di Diritto Penale
RIDPP	Rivista Italiana di Diritto Procesale Penale
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi (Tribunal Supremo)
RP	Rivista Penale
RUD	Revista Universidad de Deusto
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SS	Sentencias
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
StGB	Strafgesetzbuch
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo