

30 LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES: CLASES. LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES: CLASES. LA CIRCUNSTANCIA MIXTA DE PARENTESCO.

1.

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.-

Por tales hemos de entender aquellas circunstancias que afectan a los elementos del delito y de los que no depende la existencia de éstos sino su gravedad. Estas circunstancias hacen que la gravedad del hecho delictivo o la culpabilidad del autor aumente o disminuya. Afectan las mismas bien a la antijuridicidad, bien a la culpabilidad.

Las circunstancias modificativas se clasifican en “atenuantes” -art. 21-, modificado por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, con entrada en vigor el 23 de diciembre; “agravantes” - art. 22 -, modificado igualmente por la L.O. 5/2010 y por Ley O. 1/15, de 30 de marzo, y “mixta” -art. 23.-, modificado por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre.

Su mayor virtualidad se produce en el ámbito de la teoría de la pena, en la medida en que afecta a su medición, así lo podemos comprobar en el contenido del art. 65 C.P., que dispone que las circunstancias se tomarán en cuenta para “agravar o atenuar la responsabilidad criminal”.

El argumento de su existencia se encuentra en el principio de proporcionalidad de la pena, propio de un Derecho penal democrático. Porque si la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del delito en abstracto, también debe serlo la pena concreta que se imponga y esta decisión se adopta en base a las circunstancias atenuantes o agravantes, dado que éstas contemplan situaciones que modifican la gravedad del hecho o la culpabilidad de su autor, lográndose con ello la proporcionalidad en concreto. Como dice Muñoz Conde, se trata de circunstancias que modifican la pena porque suponen modificaciones de la responsabilidad criminal.

1.2. CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES.-

Su regulación se encuentra en el art. 21 C.P.

Por la reforma producida por la L.O. 5/2010, pasan de seis a siete, al haberse introducido en el núm. 6, la circunstancia de “dilaciones indebidas”.

CLASES:

1. Las eximentes incompletas.- Dice el núm. 1 del art. 21, que considera como atenuante “las expresadas en el Capítulo anterior (art. 20-eximentes) cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos”.

De lo dicho se desprende que se produce la transformación en atenuante de todas las eximentes del art. 20 cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir la responsabilidad criminal. No obstante vamos, de forma breve, a examinar cada una de las eximentes:

a) Anomalías y alteraciones psíquicas y trastorno mental transitorio.

La nota común en ambas eximentes es que se produzca una alteración de la conciencia, permanente en la primera y transitoria en la segunda, que llegue a anular la capacidad de entender y de querer, porque si tal alteración no anula la capacidad, sino solamente la disminuye parcialmente, estaremos ante la eximente incompleta, aunque, según la constante jurisprudencia del TS, se requiere que la alteración de la conciencia tenga cierta importancia, no bastando un leve trastorno.

b) Intoxicación plena y síndrome de abstinencia.

La eximente incompleta existirá cuando la intoxicación o la merma de facultades derivada del síndrome no sean lo suficientemente intensas como para anular por completo las facultades intelectivas o volitivas del sujeto, pero sí para reducirlas de manera significativa.

c) Legítima defensa.

Esta eximente completa, requiere, como ya sabemos, tres elementos: 1/ Agresión ilegítima; 2/ Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y 3/ Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

El primer requisito es básico, si falta éste, no habrá eximente ni completa ni incompleta, al igual que cuando falte la necesidad en la defensa (Exceso EXTENSIVO o impropio).

Para que pueda transformarse en eximente incompleta o atenuante, han de darse alguna de estas circunstancias: a/ falta de proporcionalidad entre la agresión y la defensa, bien por una reacción excesiva (exceso INTENSIVO o propio) contemporánea al peligro, bien que habiendo nacido legítimamente, se continúe cuando ya no es necesaria por haber finalizado la agresión y b/ por haber incurrido el defensor en provocación suficiente.

d) Estado de necesidad.

Los requisitos básicos de la eximente completa son la existencia de un estado de necesidad y la inevitabilidad del mal que se trate de impedir. La falta de alguno de los demás requisitos de la misma, que ya hemos estudiado, podrá dar lugar a la atenuante o eximente incompleta, según tiene declarado el TS.

e) Cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

Se dará la atenuante cuando se produzca un exceso (intensivo o propio) en el uso de los medios empleados para cumplir los deberes o una extralimitación al ejercitar los derechos.

f) Miedo insuperable.

Se considera factible la aplicación como eximente incompleta, siempre que el miedo con ser real o intenso, no revista la cualidad de "insuperable", es decir, cuando no afecte a las condiciones psíquicas de quien lo padece hasta el punto de perder por entero el control sobre sus propios actos.

La apreciación de una atenuante del art. 21.1 o “eximente incompleta”, produce la consecuencia a la hora de establecer la pena, que fija el C.P. en el art. 68, modificado por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre: “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”. (Lo subrayado, añadido por la L.O. 15/2003, lo que permite el que puedan acumularse otras disposiciones del art. 66.)

Por su parte el art. 104 CP. establece que: “1º. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los núm. 1º, 2º y 3º del art. 20 el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los art. 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el art. 99.” (Leer estos arts.)

A este art. la L.O. 15/2003, ha añadido un segundo párrafo, con el siguiente contenido:

1. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el juez o tribunal sentenciador comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código. (Sobre la posibilidad de instar la declaración de incapacidad civil o internamiento no voluntario fundamentado en el orden civil)
2. La adicción grave a sustancias tóxicas.- El núm. 2 del art. 21 considera como atenuante “la de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el núm. 2º del art. anterior”, es decir, “bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos”.

Por “adicción” ha de entenderse el “ hábito de quienes se dejan dominar por el uso de alguna/s drogas tóxicas”, elevando el precepto a la categoría de atenuante la condición de alcohólico o toxicómano del sujeto activo, siempre que tal adicción sea “causa” de la concreta actividad delictiva.

Para que entre en juego la atenuante que estudiamos es preciso que el sujeto sea adicto a la sustancia de que se trate,- no bastando la simple intoxicación pasajera u ocasional, que podría encuadrarse, según su intensidad, como eximente completa o incompleta de los art. 20.2º y 21.1ª, respectivamente. Además, la conducta punible debe precisamente ser consecuencia de esa adicción, por lo que prácticamente cabe la atenuante a los supuestos de toxicómanos que delinquen para procurarse los medios necesarios para sufragar su hábito.

En cuanto a las sustancias susceptibles de crear adicción, el CP. opta por una fórmula abierta, que incluye al alcohol junto con todas las sustancias drogas, estupefacientes y psicotrópicas y a otras que produzcan efectos análogos, lo que es lógico, dada la gran proliferación, en nuestra sociedad actual, de sustancias que crean esa adicción.

Además, en todo caso, las sustancias han de ser de tal naturaleza que creen hábito y, también, debe de tratarse de adicciones graves o intensas, capaces de alterar por sí misma las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. Este extremo habrá de verificarse en cada caso, atendiendo a la naturaleza, efectos y composición de la sustancia, y además a los caracteres psicofísicos de la persona que la padezca, ya que una misma sustancia no produce los mismos efectos en todas las personas.

3. Los estados pasionales.- Establece el C.P., en el art. 21.3º que atenúa la pena: “ la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebatos, obcecación u otros

estado pasional de entidad semejante”.

Los requisitos que se contienen en este núm., son:

- a) Una situación extraña que actúe como estímulo poderoso para obrar.

Exige el TS. que ese estímulo ha de provenir de la persona que luego resulte ser la ofendida y cuyos actos vienen a afectar al autor. Los estímulos han de ser poderosos, es decir, graves e inmediatos. (Situaciones anímicas de ira o depresivas).

- b) Que se produzca, en consecuencia, una situación de arrebato u obcecación en el agente.

Esta situación de arrebato u obcecación se sitúa entre el trastorno mental transitorio (que supone la total anulación de la conciencia, en muchas ocasiones sobre la base de un estado patológico previo) y el mero acaloramiento.

- c) Que este estado sea el que naturalmente se ocasione con estos acontecimientos.

Motivos que, de modo normal, dan lugar al arrebato en el hombre medio.

A estos requisitos hay que añadir otro de carácter cualitativo y, no sólo cuantitativo como se ha hecho en los tres apartados anteriores, dado que hay que distinguir entre las emociones y las pasiones, fundada en la valoración de los móviles. Así el TS. tiene declarado que las pasiones sólo merecen la condición de atenuantes cuando son exageración de sentimientos normales y necesarios para la sociedad.

4. La confesión del delito.- Declara el CP. en el núm. 4, del art. 21, como atenuante: “haber procedido el culpable antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

Por autoridades a este respecto, ha de entenderse únicamente los encargados del descubrimiento y persecución de los delitos (Jueces, Fiscales y Policía). Además, la confesión ha de ser totalmente veraz, no entrando en juego la atenuante, si con la confesión lo que trata es de falsear los hechos, con el objeto de confundir a las autoridades o fundamentar falsamente la existencia de circunstancias eximentes o atenuantes.

En la regulación actual, ya no se exige, como en el CP: anterior, el móvil del arrepentimiento por parte del confesante, basta con el dato objetivo de que efectúe su confesión antes de conocer que el procedimiento se “dirige con él”. Pudiéndose dar los siguientes supuestos:

- Que no se haya abierto todavía procedimiento alguno porque ni siquiera se tengan noticias del delito (el que mata a otro y se entrega inmediatamente a la Policía).
- Que exista procedimiento judicial, pero no dirigido expresamente contra el confesante. (Porque se haya sobreseído por no haber autor conocido o porque erróneamente se dirija contra otra/s personas).
- Que exista un procedimiento judicial en curso dirigido contra el culpable, pero éste desconoce esa circunstancia cuando realiza la confesión.

El TS. tiene declarado, a estos efectos, que se considera procedimiento las diligencias que la Policía Judicial instruya cuando tiene noticias de la comisión de un delito.

5. La reparación del daño y la disminución de los efectos del delito.- Dice el apartado 5º, del mismo art. 21 que, es circunstancia atenuante “ la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”.

En este núm. el texto legal, añade un requisito temporal, la realización de la acción reparadora o de disminución de los efectos del delito a la víctima, antes de la efectiva celebración del acto del juicio oral.

6. La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Se introduce por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, esta nueva circunstancia de “dilaciones indebidas”, que el T.S., venía aplicando como circunstancia analógica, dándosele por esta L.O. carta de naturaleza legal, ahora bien, siempre que se cumplan los requisitos que el mismo precepto determina, es decir, que el retraso en la tramitación sea de carácter extraordinario, no guarde proporción con la complejidad de la causa y que no sea atribuible a la conducta del propio imputado.

7. Las atenuantes por analogía.- Determina el CP. en este último núm. del art. 21 que considera atenuante “cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores”.

La introducción del núm. anterior, hace que la circunstancia analógica, pase a ser la séptima. (L.O. 5/2010)

Está autorizando este núm. a los Tribunales a que puedan aplicar como atenuante cualquier otra circunstancia que tenga análoga significación que las demás descritas en el propio art. 21. Pero hay que tener en cuenta que se trata de analogía, no en las propias circunstancias, sino en la “significación”, es decir, circunstancias que, aún no siendo análogas atendiendo a los hechos que las constituyan, lo son en cuanto deben suponer una disminución de la culpabilidad o de la antijuridicidad. Ejemplos según la Jurisprudencia: ludopatía, histeria, cleptomanía o piromanía.

7. LA EXIMENTE DE MENOR EDAD DE 14 AÑOS.

El art. 9.3 del derogado Código Penal de 1973, quedó expresamente en vigor por el actual CP., por la Disposición Derogatoria Única 1.a), el que declaraba “es circunstancia atenuante la de ser el culpable menor de dieciocho años “ (y mayor de 16 años). Este precepto ha estado en vigor hasta la aprobación y entrada en vigor de la LEY ORGÁNICA REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES, L.O. 5/2.000, que como ya hemos visto en el tema anterior, se ha producido con fecha 13 de enero de 2.001, momento en que ha adquirido vigencia el actual art. 19 y en el que se fija la mayoría de edad penal, es decir, la aplicación del Código Penal, a los dieciocho años.

Lo que significa que hasta esa fecha -13 de enero de 2.001-, la mayoría de edad penal seguía fijada en los dieciséis años e igualmente, continuaba en vigor la atenuante mencionada (entre 16 y 18 años) y el art. 65 del texto de 1.973, que establecía las consecuencias penológicas de dicha atenuante, según el cuál “ al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, pudiendo el Tribunal, en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable”.

También era de aplicación la Disposición Transitoria Duodécima del vigente C.P., que establecía, hasta la entrada en vigor de la Ley que regule la responsabilidad penal del menor, que en los procedimientos que se sustancien por delito o falta presuntamente cometidos por un menor de dieciocho años, el Juez o Tribunal competente requerirá a los equipos técnicos que están al servicio de los Jueces de menores, la elaboración de un informe sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social y, en general, sobre cualquier otra circunstancia que pueda haber influido en el hecho que se le imputa.

Todo lo indicado anteriormente, en relación con la atenuante de la responsabilidad criminal para los mayores de 16 y menores de 18 años, como ya se ha visto en el tema anterior, ha dejado de tener efectividad, al adquirir vigencia la L.O. 5/2.000, de 12 de enero, "Reguladora de la Responsabilidad penal de los menores", el 13 de enero del 2.001, ya que como establece la Disposición final quinta quedarán derogados los arts. 8.2, 9.3, 20.1ª, 22.2, 65 del C.P. del 73 y la Disposición transitoria duodécima del C.P. del 95.

Por último cabe señalar que, aparte de estas atenuantes "genéricas" que hemos estudiado, el CP. en el Libro II, establece otras "específicas", relativas a determinados delitos, como la del art. 565.

1.3.CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.-

Su regulación se encuentra en el art. 22 CP.

CLASES:

1. Alevosía.- Dice el texto legal, en el núm. 1 del art. 22, que es circunstancia agravante: " la de ejecutar el hecho con alevosía". Definiendo el mismo cuerpo legal, en este núm., a la misma diciendo: " hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido".

Se caracteriza esta agravante por constituir un especial "modus operandi" en la ejecución del delito, que lleva consigo el aseguramiento del resultado, sin riesgo para el agente, eliminando la defensa del ofendido.

Sus elementos son:

- a) Objetivo.- Empleo de determinados medios, modos o formas en la ejecución del hecho. Es decir, tales modos, medios, etc., han de concurrir en la ejecución, no en la preparación.
- b) Subjetivo.- Dichos medios tienen una doble finalidad:
 - 1) Asegurar la ejecución y
 - 2) evitar el riesgo que pudiera derivarse de la defensa que pudiera presentar el ofendido.

El TS. ha considerado que concurre esta agravante en los casos en que la agresión se haga por la espalda, o cuando la víctima ya estuviera herida y sin posibilidad de defensa, o cuando la víctima está dormida y en los supuestos de muerte de niños de corta edad, por estimar que éstos no pueden defenderse por sí mismos.

Esta circunstancia transforma el homicidio en asesinato. Y hay que tener en cuenta lo que dice el CP.: "cuando el culpable cometiere cualquiera de los delitos contra las personas", aunque conviene precisar que hay delitos en que no se podría aplicar, por ser inherentes a ellos (el auxilio al suicidio).

2. Disfraz, abuso de superioridad y aprovechamiento de las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros.

Contiene este segundo apartado del art. 22, tres agravantes, que vamos a estudiar por separado.

- a) Disfraz.- También denominada como alevosía de segundo grado o cuasi-alevosía. Entiende el TS. por disfraz todo medio empleado para evitar ser conocido, encontrar mayor facilidad en la ejecución del hecho delictivo o sustraerse a la responsabilidad derivada del delito; constituye disfraz, por tanto, todo artificio encaminado a desfigurar los rasgos característicos o la apariencia verdadera de las personas, como taparse la cara con un pañuelo, tiznarse la cara con carbón o empolvarse de blanco el pelo.

Para la aplicación de esta agravante, exige el TS. dos requisitos esenciales:

1. Objetivo, la utilización de un medio apto para desfigurar la apariencia habitual de una persona.
 2. Subjetivo, el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o mayor impunidad.
- b) Abuso de superioridad.- (Alevosía de 2º grado o cuasi alevosía). Son sus elementos:

1. Elemento objetivo.- Que una persona abuse respecto de otra de su superioridad. Entendiendo ésta como a la de tipo físico, añadiendo el TS., que para determinarla, hay que tener en cuenta las circunstancias del momento, condiciones del agredido y agresor y la inferioridad de aquél respecto a éste.
 2. Elemento subjetivo.- Que la situación de superioridad sea buscada o aprovechada por el culpable. Aunque este elemento no viene determinado por el CP. el TS. tiene declarado que para la apreciación de la misma hace falta la intención deliberada de prevalerse de la superioridad o aprovechamiento intencionadamente de la misma.
- c) Aprovechamiento de circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de terceros.- El término "aprovechamiento", que utiliza el CP., indica deliberado prevalimiento por parte del autor de determinadas circunstancias (espaciales, temporales o personales) que por su naturaleza sirvan para asegurar la ejecución del delito, bien porque "debilitan la defensa del ofendido", bien porque "facilitan la impunidad del delincuente".

El otro elemento imprescindible de esta agravante, es el subjetivo, consistente en que el autor, conocedor de la existencia de la circunstancia que le favorece para sus propósitos - bien los haya buscado intencionadamente, bien surjan de forma sobrevenida - decida conscientemente aprovecharse de la misma para su más segura realización del hecho delictivo.

Esa seguridad puede traducirse en lograr "debilitar la defensa de la víctima" (aunque sin llegar a anularla, pues estaríamos ante la alevosía), o bien en facilitar "la impunidad del autor" (una cierta seguridad no coetánea a la realización del delito sino posterior a éste (Ej.: contribuir a la huida del culpable).

Las circunstancias espaciales, temporales o personales, a las que antes hemos hecho referencia, tenían en el CP. de 1973, sus denominaciones propias, que respectivamente se correspondían, con la "agravante de despoblado", "agravante de nocturnidad" y "auxilio de gente armada".

3. Mediante precio, recompensa o promesa.- Esta circunstancia, al igual que la alevosía, cualifica el asesinato.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que estas circunstancias han de tener un carácter económico.

En ella se requiere, al menos la presencia de dos personas, el que ofrece el precio y el que la recibe, pero la agravante sólo afecta al que realiza el delito motivado por el mismo. El que ofrece, podrá ser considerado como partícipe. Y si el precio, recompensa o

promesa son el motivo único, excluyente y causal del delito, el dador o promitente habrá de ser considerado como inductor.

4. Motivos racistas y otros análogos.- Según el art. 22.4º, es agravante la de “cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual, o de género, o razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta.”.

Esta circunstancia fue introducida en nuestro ordenamiento por primera vez por la L.O. 4/95, que modificó el apartado correspondiente del entonces vigente CP. de 1973, al objeto de adaptar nuestra legislación al Convenio de Nueva York de 9/12/1948 y de 21/12/65, sobre genocidio y sobre eliminación de todo tipo de discriminación, respectivamente, al mismo tiempo que se daba respuesta a la proliferación de violencia racista y antisemita que en los tiempos recientes se estaba dando en nuestro país.

La agravante ha sido recogida en el CP. actual, con algunas variaciones, como la de su posible aplicación a toda clase de delitos, no como ocurría en el de 1973, que se hallaba limitado a los delitos contra las personas y el patrimonio. Y modifica por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, al introducir ex novo junto a la orientación, la identidad sexual y sustituir la expresión minusvalía por la de discapacidad.

5. Ensañamiento.- Esta agravante, recogida en el núm. 5 del art. 22, dice: “aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito”.

Son sus elementos:

- a) Elemento objetivo.- Aumento del sufrimiento de la víctima, causándole otros males (“padecimientos”) innecesarios para la ejecución del delito. Las expresiones “víctima” y “Padecimientos” indican que el ámbito de la agravante está constituido por los delitos contra las personas y contra bienes de naturaleza eminentemente personal.

En este apartado, se parte de la distinción entre dos resultados, unos normales y que responden a una motivación ordinaria y los otros son añadidos, inútiles e innecesarios, causados por simple placer de hacer daño. El móvil esencial de estas circunstancias, es la maldad brutal, expresada en el adverbio “inhumanamente”.

Los males innecesarios han de recaer sobre el mismo bien jurídico que ha sido lesionado por el propio mal del delito, ya que en caso contrario estaríamos ante una pluralidad de delitos. Y han de entenderse como todos aquellos que no sean precisos para la ejecución del hecho.

- b) Elemento subjetivo.- Que el aumento del mal sea deliberado.- El autor de los hechos persigue dos intenciones: por una parte, la realización del delito y, por otra, la de causar un mal innecesario.

No es suficiente, para apreciar la agravante, que se haya causado un mal mayor innecesario, es preciso además que sea deliberado. El CP. exige una particularidad del elemento subjetivo, cuando utiliza la expresión “deliberadamente”.

6. Abuso de Confianza.- Dice el art. 22.6º que es agravante: “ obrar con abuso de confianza”.

Sus elementos son:

1. Elemento objetivo.- Que exista una relación de confianza entre el autor y la víctima. Que puede nacer de varias causas, como la convivencia doméstica, relaciones

profesionales o contractuales, etc.

2. Elemento subjetivo.- Que el culpable abuse de esa confianza o se prevalga de ella.- El fundamento de la agravante se encuentra en quebrantar el deber de lealtad y en la mayor facilidad que tiene el agente. Nuevamente el CP. resalta el elemento subjetivo, es decir, el autor ha de tener conciencia de la existencia del vínculo de la confianza.

Esta circunstancia es inherente a los delitos de apropiación indebida y estafa.

7. Aprovechamiento del carácter público.- La Circunstancia 7ª, establece: “prevalerse del carácter público que tenga el culpable”.

Elementos:

1. Elemento objetivo.- Que el culpable tenga carácter público, bien por ser funcionario o bien porque tenga atribuidas accidentalmente funciones públicas.
2. Elemento subjetivo.- Que se prevalga de su condición para realizar mejor el delito o con menos riesgo.

No podrá aplicarse esta agravante en los delitos especiales, en los que el autor ha de ser funcionario público. (Prevaricación). Lo prohíbe el art. 67.

8. La reincidencia.- En el núm. 8º, dice el CP.: “Ser reincidente. Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este núm. no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves. Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español.

Por reincidencia hay que entender la repetición de una actividad por un mismo sujeto. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico penal, la concepción es más restringida, entendiéndose como “la repetición de delitos por un mismo sujeto, siempre que medien entre ellos sentencias condenatorias”.

Los requisitos de esta circunstancia, son:

1. Que, con anterioridad a la comisión del delito, el sujeto haya sido condenado ya ejecutoriamente por otro delito de los comprendidos en el mismo Título del Código.
2. Que ambos delitos, además de estar recogidos en el mismo Título del CP., “sean de la misma naturaleza”. Lo que significa que han de guardar homogeneidad entre sí en cuanto al bien jurídico protegido en ambos delitos. Lo que está haciendo el Código es prohibir la aplicación de la agravante, cuando se produce agrupación de hechos delictivos en un mismo Título, pero ello se debe, no a la homogeneidad, sino a criterios de mera sistemática.

El último párrafo de este núm. trata de la cancelación de antecedentes penales, ordenando que no se tendrán en cuenta las anteriores sentencias si ya estuvieran canceladas” o que debieran serlo”, es decir, que cumplidos los requisitos y plazos fijados en el art. 136 CP. para que se hubiera producido la cancelación, se considerarán cancelados aunque el interesado no lo hubiere solicitado.

NO TRIBUNALES EXTRANJEROS, SALVO:

- Art. 177.bis.10.- De la trata de seres humanos (Introducido por la L.O. 5/2010)
- Art. 190.- Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores.
- Art. 388.- Falsificación de moneda y efectos timbrados
- Art. 375.- Delitos contra la salud pública –tráfico de drogas
- Art. 580.- Delitos relacionados con actividad de las organizaciones y grupos terroristas. (Modificado por la L.O. 5/2010)

La L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, al modificar el art. 66 del C.P., referente a las reglas de aplicación de las penas, en el nuevo apartado 1. 5ª, introduce lo que la propia exposición de motivos califica como “una nueva circunstancia agravante de reincidencia” cuando se de la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos del mismo Título y naturaleza, permitiéndose en este caso, elevar la pena en grado y no en la mitad superior, como ordena el propio art. cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, una de las cuales podría ser la del art. 22.8, cuando las condenas anteriores fueran por un solo delito o dos y no tres.

Dice así el referido apartado 1.5ª, del art. 66:

Quando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

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

Lo mismo que indicábamos en relación con las circunstancias atenuantes, hay que tener en cuenta que el C.P. en el Libro II, establece también circunstancias agravantes “específicas”, cuya aplicación impedirá, como dispone el art. 67, tener en cuenta las “genéricas”.

1.4. CIRCUNSTANCIA MIXTA.-

Establece el art. 23 CP. tras la reforma producida por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre:

“Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito ser O HABER SIDO el agraviado cónyuge o persona QUE ESTÉ O HAYA ESTADO ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, O SER ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, o por adopción DEL OFENSOR O DE SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE”.

Estamos ante una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de naturaleza personal y como tal intransmisible, sin que necesariamente haya de aplicarse en uno u otro sentido, ya que cabe su no aplicación cuando el parentesco sea intrascendente por lo episódico

o por la falta de significación en el caso concreto.

La jurisprudencia del TS. ha declarado:

1. No siempre ha de actuar como agravante o atenuante, ya que hay delitos en los que no influye.
2. Por regla general, agrava los delitos contra las personas y contra la libertad sexual.
3. Actúa como atenuante en los delitos contra la fe pública, la propiedad y el honor.
4. Es inherente a los delitos de abandono de familia y abandono de menores.
5. Una reciente línea jurisprudencial, viene sosteniendo que si la motivación del delito fue ajena a los lazos familiares u obedeció a razones extrañas a estos lazos, no operará como agravante, lo mismo que si se ha roto el vínculo afectivo familiar por distanciamiento, enemistad, etc.

Este último apartado jurisprudencial, ahora tras la reforma por la L.O. 11/2003, que ha modificado este art. en lo resaltado anteriormente con mayúsculas y subrayado, hay que interpretarlo en el sentido de que efectivamente seguirá operando la circunstancia mixta de parentesco, aun cuando el matrimonio o la relación estable por análoga relación de afectividad se haya roto, ya que prescribe expresamente “ser o HABER SIDO el agraviado cónyuge o persona que esté o HAYA ESTADO ligado de forma estable”.

Y expresamente, indica, la misma reforma, como parientes incluidos en la circunstancia del art. 23 a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción, bien del ofensor O DE SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE, no utilizando, como hacía en el art. anterior, la expresión de por afinidad.

Ascendientes y descendientes, se refiere hasta el segundo grado de consanguinidad, se excluyen por tanto, primos, tíos o sobrinos.

EL PROBLEMA DE LA COMUNICABILIDAD DE LOS PARTICIPES.-

Establece el art. 65 CP., tras la reforma producida por la L.O. 15/2003, de 25 de noviembre:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.
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 sólo de los que tuvieren 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 concurren 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.

De acuerdo con este art. la doctrina había establecido una distinción entre circunstancias subjetivas y objetivas, que ahora el Legislador de 2003 deja mucho más claro, ya que hace una perfecta distinción entre ambas clases de circunstancias, al introducir en el párrafo primero, tras la reforma, la expresión de naturaleza personal, mientras que en el núm. dos, no afectado por la reforma de 2003, a las de carácter material u objetivo.

Ambas afectan a la comunicabilidad a los partícipes, pero en distinto sentido. Las de carácter personal o subjetivas, núm. uno, no se comunican o transmiten a los demás partícipes, mientras que las objetivas, las del núm. dos, se comunican, transmiten o extienden a los copartícipes que tuvieran conocimiento de ellas.

Se ha añadido el nuevo párrafo tercero, permitiendo la disminución de la pena – inferior en grado- para los autores no materiales, es decir, inductores o cooperadores necesarios, cuando en ellos no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que si son de apreciar en el autor material del delito. De la redacción del mismo, se observa que se está refiriendo a las circunstancias de naturaleza personal o subjetiva y especialmente sólo a las agravantes, para las atenuantes no tendría sentido.

El art. además, sólo se refiere a las atenuantes y agravantes y no dice nada de las eximentes, dado que las causas de inimputabilidad son intransmisibles y las causas de justificación, tampoco pueden transmitirse por no dejar existir al delito. Ahora bien cuando en el punto núm. 3, dice “que fundamentan la culpabilidad del autor”, se está refiriendo expresamente sólo a las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, para otorgar el beneficio de la rebaja de la pena en un grado y excluye su aplicación en las atenuantes.

Otro problema que puede surgir, cuando las circunstancias son, más bien, elementos constitutivos del tipo (prevalimiento de la función pública). Lo que venía resolviendo el T.S., mediante la reconducción al régimen de la participación (inducción o cooperación necesaria) del no funcionario, para de esta forma no romper la UNICIDAD DEL TIPO, y aplicación de la atenuante analógica, y que actualmente ha resuelto la modificación de la L.O. 15/2003, al añadir el núm. 3 en el art. 65, estableciendo que en estos casos, se podrá imponer la pena inferior en grado.

Julio 2022