

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

- I. Concepto, naturaleza y sistema de reglamentación.–
- II. Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas.–
- III. Inherencia y compatibilidad.–
- IV. Comunicabilidad de las circunstancias.–

El contenido de esta lección enlaza con lo ya tratado en la anterior. Sin embargo, a diferencia de aquélla, el de ésta no volverá a ser tratado en la asignatura de *Teoría jurídica del delito*. Por lo que la profundidad de la exposición de esta materia ahora es mayor. Se trata de contar con los conocimientos mínimos necesarios para poder afrontar en las lecciones sucesivas (lecciones 8-9) las reglas de determinación de la pena según el código penal español vigente. En estas páginas se opta por su estudio junto a la teoría del delito (en la introducción somera a la teoría del delito, que se expone en esta parte II de la asignatura) y antes de pasar a conocer las reglas de determinación de la pena en el código penal español (III parte). Puesto que las circunstancias modificativas afectan a la pena por el delito, suelen exponerse al referirse a las reglas de determinación de la pena, o bien se remiten a la parte especial, como complemento de los delitos que en cada caso las suelen llevar aparejadas. Otros prefieren estudiarlas al referirse a la teoría del delito.

I. Concepto, naturaleza y sistema de reglamentación.–

Se entiende por circunstancias modificativas del delito aquellos datos accidentales de los que depende no la existencia misma del delito, pero sí su gravedad y necesidad de sancionar. Por ejemplo, entre las agravantes: la alevosía, el ensañamiento, el cometer el delito por motivos racistas...; o bien, entre las atenuantes: la reparación del daño del delito, la confesión a las autoridades de la infracción... Unas afectan a la antijuricidad, otras a la culpabilidad, otras a la punibilidad. Tienen la virtualidad en nuestro Derecho positivo de influir directamente en la determinación de la pena¹. Se encuentran recogidas en sendos catálogos de circunstancias (*atenuantes* y *agravantes*, en los arts. 21 y 22 CP respectivamente; a los que hay que añadir una circunstancia calificada como *mixta*, debido a que en unos casos atenúa y en otros agrava: el parentesco, en el art. 23).

¹ Concretamente, y a reservas de estudiar esta cuestión más en detalle en la lección 9, con arreglo a la reforma del CP en 2003, adelantemos ya que el juego de las circunstancias modificativas extiende el marco de la pena aplicable desde la inferior en dos grados respecto a la pena tipo o marco (conurrencia de eximente incompleta o atenuante [-s] muy cualificada), hasta la superior en un grado, en su mitad inferior (conurrencia de agravantes) o incluso a la superior en grado en toda su extensión, en casos excepcionales (multirreincidencia). En el homicidio (con pena de prisión entre 10 y 15 años) se pasaría a un umbral de pena aplicable que va de dos años y seis meses a 22 años y seis meses. La importancia práctica de las circunstancias modificativas es enorme.

Pero también hay que contar con otros elementos accidentales que en algunos delitos, o grupos de delitos, se recogen en la parte especial del código (por ejemplo, arts. 139, para el asesinato respecto al homicidio; 242.3, para el uso de armas en el robo violento). La relevancia de estos otros elementos accidentales puede ser diversa a la de las circunstancias modificativas genéricas (arts. 21-23): así, pueden dar lugar a una cualificación del tipo en uno diverso (es lo que sucede con el asesinato respecto al homicidio), y a agravaciones de la pena superiores a las que derivan de las circunstancias genéricas.

En otros sistemas jurídicos, la valoración de la gravedad del delito para fijar la pena es distinta a la de catálogos como los que recogen los arts. 21-23 de nuestro código: o bien no existen catálogos de circunstancias tasadas, o bien se prevén para grupos de delitos, con el fin de encauzar la valoración por el juez de la gravedad de la situación, y conducen a la fijación de la pena.

Los códigos penales españoles prevén desde el de 1848 un catálogo de circunstancias modificativas. La razón de esta previsión se hallaba en la pretensión de restringir la actividad judicial mediante una serie de criterios tasados. Los catálogos de circunstancias modificativas venían a encauzar la aplicación de la ley por el juez, y a la vez a evitar la arbitrariedad. Dicha previsión responde al temor del legislador ante la arbitrariedad judicial en la fijación de las penas, que ya quedó descrito en la lección 3. El legislador español ha ido perpetuando a lo largo de la historia estos catálogos de circunstancias –aunque cada vez simplificándolas–, dirigidos a encauzar y restringir el arbitrio judicial, por temor a la arbitrariedad. Dicho proceder encierra un prejuicio: el que las cuestiones de gravedad del delito sean cuestión de mera subsunción del hecho bajo la Ley, alejadas del caso concreto²; como si la labor judicial se redujera a constatar una serie de requisitos legales.

Las circunstancias, como elementos accidentales, afectan a las respectivas categorías fundamentales del delito: así, por un lado, a la antijuricidad, por otro, a la culpabilidad; pero también, finalmente, a la punibilidad. Sin embargo, la *culpabilidad* no aumenta por la presencia de circunstancias (agravantes), pues consiste en un juicio de atribución como reproche del hecho previamente valorado como antijurídico, por lo que no hay agravantes de la culpabilidad. La *antijuricidad* sí puede verse afectada por las circunstancias, tanto para agravar, como para atenuar. Caso de que una circunstancia haga el hecho «más reprochable» (así, por ejemplo, el ensañamiento) ese mayor reproche no incrementa la culpabilidad, sino la antijuricidad de la conducta: es el hecho lo que se ve valorado como de gravedad superior. Y así, el tipo del homicidio pasa a ser uno más grave, como también el de lesiones se diversifica en otros más graves³. La *punibilidad* de la conducta –es decir, la necesidad de castigarla– puede verse aumentada por la concurrencia de circunstancias; sin embargo, no

² Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, DP. PG, 1997, p 162.

³ De forma más precisa, el homicidio cometido mediando ensañamiento no da lugar a un homicidio agravado, sino a un delito distinto, que se llama «asesinato». Éste, el asesinato, no se entiende en la doctrina como un mero homicidio agravado, sino como un tipo distinto, específico (y de ahí, que la pena sea superior a la que correspondería a un homicidio con una agravante). No se trataría entonces de una mera circunstancia genérica, sino de un tipo distinto. Pero el efecto es semejante: cualificar la infracción por su gravedad.

parece proporcionado que una mayor necesidad de castigar lleve a incrementar la pena más allá de lo que corresponde a la culpabilidad por el hecho⁴ (recuérdese lo dicho para la justificación del Derecho penal en la lección 1.IV).

Como elementos accidentales que son, afectan al hecho antijurídico, a su atribución al agente como culpable, o a la necesidad de castigarlo. Por eso, las circunstancias que se refieren a la antijuricidad y a la culpabilidad exigen la imputación como el hecho mismo. En concreto, la aplicación de una circunstancia exige su conocimiento por parte del agente. En caso contrario, caso de desconocimiento de la concurrencia de una circunstancia, no es posible aplicarla, al menos por lo que se refiere a las agravantes (art. 14.2 CP)⁵.

II. Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas.–

El código distingue, como ya es habitual en nuestra legislación penal, entre circunstancias *atenuantes* y *agravantes*. Se habla además de circunstancias *mixtas* en los casos en que pueden atenuar o agravar, según los casos; sólo hay una circunstancia de esta clase: el parentesco entre autor y agraviado (art. 23).

De forma esquemática, y sin clasificarlas ahora según las categorías doctrinales a las que afectan, las circunstancias genéricas previstas en nuestro CP son:

Circunstancias atenuantes:

Eximentes incompletas (art. 21.1. ^a)
Adicción a drogas/alcohol (21.2. ^a)
Estado pasional (21.3. ^a)
Confesión de la infracción (21.4. ^a)
Reparación del daño (21.5. ^a)
Dilaciones procesales indebidas (21.6. ^a)
De análoga significación a las anteriores (21.7. ^a , para 21.2. ^a -6. ^a)
Mixta: Parentesco (art. 23)

Circunstancias agravantes:

Alevosía (art. 22.1. ^a)
Disfraz/abuso de superioridad/aprovechamiento de ciertos factores (22.2. ^a)
Precio/recompensa/promesa (22.3. ^a)
Motivación discriminatoria (22.4. ^a)
Ensañamiento (22.5. ^a)
Abuso de confianza (22.6. ^a)
Prevalimiento del carácter público (22.7. ^a)
Reincidencia (22.8. ^a)
Mixta: Parentesco (art. 23)

Además, los códigos penales españoles suelen incluir un catálogo de circunstancias denominadas «eximentes», que recoge las causas de justificación genéricas y las causas de inimputabilidad y alguna de exculpación, sin distinción legal expresa. No conviene por tanto estudiar las circunstancias eximentes como si se tratase de una clase más de

⁴ Lo cual puede servir para criticar el incremento de pena (por encima del máximo de la pena tipo) por obra de la agravante de multirreincidencia (art. 66.1.5.^a).

⁵ Discutido es, en cambio, la suerte de las circunstancias atenuantes desconocidas por el agente: ¿deben beneficiar (esto es, atenuar la pena) a quien las desconoce? El art. 14 CP no hace mención expresa a ellas. La solución que parece más correcta es la de atender al fundamento de la respectiva atenuación, de forma que podrían atenuar aquéllas que –aun desconocidas– pertenezcan al hecho, pero no tendría sentido que una circunstancia de fundamento psicológico y por tanto basadas en el conocimiento por el agente, atenúen (así, por ejemplo, en las circunstancias de confesión y reparación, del art. 22.4.^a y 5.^a). Cfr. esta solución en MIR PUIG, *DP*, PG, 10/119-127.

elementos accidentales, pues no lo son; tampoco conviene entender que todas las circunstancias del catálogo de eximentes son de igual naturaleza, pues unas afectan a la antijuricidad (las que plasman normas permisivas y eximentes: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho) y otras a la culpabilidad (alteraciones psíquicas, intoxicación y síndrome de abstinencia, alteraciones originarias de la percepción y miedo insuperable). Es más, convendría no aplicarles el denominador de circunstancias, sino referirse a ellas como lo que son en cada caso: una causa de justificación o una de inimputabilidad, o una de inexigibilidad, según se trate.

II.1. Circunstancias atenuantes:

II.1.A.- Circunstancias atenuantes privilegiadas (por referencia a las eximentes):

i) *Las eximentes incompletas* (21.1.^a). Debido a la peculiar forma de prever nuestro Derecho, en el art. 20, las causas de justificación (que afectan a la antijuricidad) y de inimputabilidad y exculpación (que afectan a la culpabilidad), el catálogo de circunstancias atenuantes se encuentra en relación con aquéllas. La primera de las atenuantes se refiere a las causas previstas en el art. 20, cuando falta alguno de los requisitos inesenciales para eximir de responsabilidad. Se habla así de «eximentes incompletas»⁶.

La aplicación de esta circunstancia atenuante *requiere* que no concurra algún elemento de la respectiva eximente. Lo cual exige, más en concreto, que debe concurrir la base de la causa de exención y que sólo falte alguno de los elementos no esenciales. Así, por ejemplo, en la causa de exención (de justificación) de la legítima defensa, es preciso que concurra al menos una agresión ilegítima y actual, que dé lugar a la necesidad abstracta de defenderse; pueden faltar los elementos no esenciales de defensa en concreto necesaria o de falta de provocación, pero no los dos primeros, pues éstos son la base mínima para poder hablar de «defensa». En ocasiones resulta difícil distinguir los elementos esenciales e inesenciales en las circunstancias que no se describen mediante requisitos, sino sólo en virtud de ciertos efectos: así, por ejemplo, la causa de (inimputabilidad por) alteración psíquica; en estos casos se ha de exigir que al menos concurra una alteración de la psique, sin la cual no se da la base necesaria para poder hablar siquiera de exención⁷.

⁶ En realidad, el texto del art. 22.1.^a se refiere a las circunstancias del «capítulo anterior», por lo que no sólo abarcaría las del art. 20, sino también las del 19 (minoría de edad penal). Sin embargo, hay datos sistemáticos, teleológicos e históricos que contradicen esa conclusión emitida con arreglo al tenor literal. En primer lugar, no significa que se refiera a todas las del capítulo precedente, sino sólo a aquellas que puedan darse de manera incompleta; en segundo lugar, carece de sentido apreciar de forma incompleta la minoría de edad, pues no admite fragmentarla (se da o no se da, pero no se da de manera parcial); además, en tercer lugar, la historia del precepto evidencia cómo ha desaparecido la antigua circunstancia de edad entre 16 y 18 años, pues la aprobación de un régimen específico penal para los menores (la Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal de los Menores) da entrada a ésta y no al régimen del código penal.

⁷ Debe tenerse en cuenta además que en los casos de eximentes incompletas vinculadas a la inimputabilidad (por relación al art. 20.1.^a, 2.^a y 3.^a), pueden imponerse medidas de seguridad, aplicadas de acuerdo con el régimen vicarial (cfr. lección 11.IV).

Esta circunstancia atenuante se califica de *privilegiada* porque su efecto es más beneficioso respecto a las demás: la Ley permite una atenuación mayor de la pena que en las restantes. En concreto, desciende en *uno o dos grados* respecto a la pena tipo, como señala el art. 68 (que establece como preceptiva la atenuación: cfr. *infra*, lección 9.III.3)⁸. Se tienen en cuenta entonces el número y entidad de los requisitos que faltan para eximir. Pero ello no excluye que además otros elementos entren en juego para la determinación concreta de la pena: las circunstancias personales del agente y las reglas de determinación del art. 66.

II.1.B.- Circunstancias atenuantes ordinarias vinculadas a la sancionabilidad:

Se trata de circunstancias que afectan a la culpabilidad (en concreto, a la imputabilidad, que se ve disminuida: ii]-iii]), o bien a la punibilidad (en concreto, a la necesidad de castigar, que puede ser menor en esos casos: iv]-vi]).

A diferencia de las eximentes incompletas que acabamos de ver en i), las circunstancias atenuantes ordinarias no permiten, *por lo general*, un efecto atenuatorio de tanto alcance de la pena. Por eso se las denomina como ordinarias. La previsión normal de las circunstancias atenuantes es que operen para limitar la fijación de la pena dentro de márgenes más reducidos.

No nos referiremos ahora a las concretas reglas previstas en el art. 66, materia que se tratará en la lección 9.III.4. Pero téngase en cuenta que las circunstancias atenuantes ordinarias pueden en ciertos casos dar lugar a una atenuación más extensa de la pena. En efecto, si se valoran como «muy cualificadas», permiten el descenso en uno o dos grados, como en los casos de eximente incompleta⁹. Las circunstancias atenuantes *muy cualificadas* son aquellas en las que concurre de forma muy intensa el fundamento de la respectiva atenuación.

ii) *Adicción a alcohol y drogas* (21.2.^a). Se trata de una circunstancia que afecta a la culpabilidad, pues se refiere a la imputabilidad, es decir, a la capacidad de guiarse por normas, que es lo que se ve mermado por la ingesta o consumo de alcohol y drogas¹⁰. Las sustancias cuya adicción permite atenuar son «bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos», las enunciadas en el art. 20.2.^a.

Es preciso tener en cuenta que la redacción del precepto no se refiere a cualquier dependencia o relación del delito con *dichas sustancias*, sino sólo a las situaciones que puedan calificarse como *adicción*, que sea, además, de carácter *grave*, y que *produzca* –«a

⁸ No es el único caso, sin embargo, de descenso de la pena en grado en materia de atenuantes: cfr. art. 66.1.2.^a. Por otra parte, este régimen privilegiante ya existía en el CP 1973, y pasó a preverse como potestativo en el CP 1995. La potestad de atenuar fue «interpretada» por la jurisprudencia como preceptiva –consecuencia que no deja de ser curiosa. La redacción del respectivo precepto en 2003 vuelve al régimen de atenuación preceptiva. Cfr. sobre esta cuestión PIÑA ROCHEFORT, «Del poder al deber. Disminución preceptiva de la pena en casos de eximentes incompletas», *AP*, 2003, pp 763-775.

⁹ Cfr. art. 66.1.2.^a: es preciso que concurra «una o varias [atenuantes] muy cualificadas, y no concurra agravante alguna».

¹⁰ Así, resaltando la conexión de la circunstancia con la imputabilidad, la STS 8 de noviembre de 2002, *AP* 160/2003 (pt. Aparicio Calvo-Rubio), *FD* 3.^o.

causa de»– el delito cuya atenuación se plantea¹¹. Se excluye la intoxicación no provocada por una adicción; pero, a la vez, puede incluir las situaciones de síndrome de abstinencia (previstas en el art. 20.2.^a) provocado por esas sustancias.

Puesto que también es posible la atenuación privilegiada por eximente incompleta, el ámbito de esta circunstancia ordinaria se mueve entre la *ligera* afectación por esas sustancias –que no daría lugar a atenuación– y la afectación *intensa* –que podría dar lugar a apreciar la eximente incompleta–, pasando por la afectación *no intensa* –mera atenuante ordinaria.

iii) *Estados pasionales* (21.3.^a). Se trata de una circunstancia que afecta a la culpabilidad, pues se refiere a la imputabilidad, a la capacidad de guiarse mediante normas, que se vería mermada si el agente «obra por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido *arrebato* u *obcecación* u otro *estado pasional* de entidad semejante». Puesto que lo relevante es la afectación de la capacidad de guiarse por normas, no es preciso que los motivos pasionales procedan de causas lícitas, sino que ejerzan un efecto relevante sobre la motivación. Así como el *arrebato* parece ser un efecto repentino o súbito, la *obcecación* señala un proceder continuado o más duradero en el tiempo. Lo esencial es la entidad del estado pasional que ha de afectar a la imputabilidad, disminuirla.

Puede incluir también los casos que daban lugar a la antigua «provocación próxima por parte del agresor», circunstancia antes prevista entre la atenuante de estados pasionales, y que desapareció con tal denominación en la reforma de 1983.

La mera alteración que no produzca efectos de tanta intensidad como el *arrebato* u *obcecación* carece de consecuencias atenuatorias. A partir de ese mínimo, los estados pasionales pueden ser atenuantes (si han afectado a la imputabilidad o capacidad de regirse por normas); pero también algo más: si por su gran intensidad provocan un trastorno mental de carácter transitorio, podrían dar lugar a eximente incompleta (art. 21.1.^a), o incluso eximente completa (art. 20.1.^o).

II.1.C.- *Circunstancias atenuantes ordinarias vinculadas la punibilidad:*

iv) *Parentesco* (art. 23). Como ya se ha señalado, las relaciones parentales entre autor y víctima se califican como circunstancia mixta, lo cual significa que puede ser atenuante pero también agravante. Como atenuante, afecta sobre todo a la necesidad de castigar el hecho, que puede ser menor al tener en cuenta las relaciones parentales entre autor y agraviado. La antijuricidad no se ve disminuida por el dato de que exista parentesco entre ambos, tampoco la culpabilidad; pero sí puede ser menor en ciertos delitos la *oportunidad* de aplicar el Derecho penal a autores vinculados por parentesco con la víctima o agraviados.

El código no establece con precisión en este lugar cuándo ha de operar como atenuante o como agravante. En la redacción del art. 23 el legislador se limita a señalar que ello dependerá de «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito». En la parte especial, al prever los diversos delitos singulares, se recurre en ciertos casos expresamente al

¹¹ Cfr. la sentencia citada en nota 10, que se remite a las SSTs 29 de mayo de 2000 y 5 de mayo de 1998; cfr. también STS 4 de diciembre de 2002, AP 217/2003 (pt. Maza Martín), FD 2.^o.

parentesco para eximir de pena: en delitos patrimoniales no violentos ni intimidatorios, o contra bienes jurídicos supraindividuales (arts. 268, 454, 470.3). A su vez, el parentesco agrava, también expresamente, en ciertos delitos violentos o intimidatorios (arts. 153, 180.1.4.^a, 182.2)¹². Esto ha hecho entender que el parentesco podría operar como atenuante en aquellos delitos no violentos o intimidatorios que afecten a realidades no personales o bienes jurídicos fundamentales. Lo cual concuerda con la exención de pena en delitos patrimoniales no violentos (art. 268, donde la doctrina y jurisprudencia, desde antiguo consideran que puede dejar de aplicarse la pena, pues ello provoca un efecto más beneficioso para las relaciones familiares que el imponerla)¹³. En otros casos, son razones próximas a la inexigibilidad de otra conducta, unidas a consideraciones de falta de necesidad de pena las que llevan a dejar de castigar (así, en algunos delitos contra la Administración de Justicia, en los que quien encubre o ayuda a huir al familiar delincuente queda impune; arts. 454 y 470.3)¹⁴. De estos preceptos se extrae como *ratio* o finalidad de la atenuación del parentesco que las relaciones familiares se privilegian en esos casos sobre la concreta necesidad de castigar el delito¹⁵.

El precepto del art. 23 describe cuáles son las relaciones parentales que dan lugar a la atenuación: «ser cónyuge [...] ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge...». A estas relaciones parentales en sentido estricto, se añaden otras: «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad», para el caso de convivientes de hecho¹⁶. La finalidad del precepto

¹² Además, existen delitos basados en la infracción de deberes familiares, que no afectan a la argumentación ahora presentada.

¹³ Tratándose de delitos que llevan consigo violencia y/o intimidación, aun siendo patrimoniales (como algunos supuestos de robo o la extorsión), no cabe recurrir al parentesco para eximir (art. 268) ni para atenuar (art. 23): cfr., para el delito de extorsión, STS 15 de marzo de 2003, AP 381 [Saavedra Ruiz].

¹⁴ En otros casos, el parentesco, unido a otros motivos (insignificancia, carácter terapéutico de la conducta...) se ha tenido en cuenta para eximir de responsabilidad, o al menos para una atenuación. Así, por ejemplo, en el caso de quien suministra droga en cantidades insignificantes al familiar drogodependiente, para que pueda superar un síndrome de abstinencia. En estos casos, la relación parental y el carácter del suministro de estupefacientes con carácter (cuasi-) medicinal lleva a la jurisprudencia (tras una primera negación: cfr. STS 6 de julio de 1992 y ATS de 29 de noviembre de 1995, por entender que el «agraviado» es colectivo, no pariente por tanto) a atenuar (cfr. SsTS 20 de abril de 1993, 11 de junio de 1997; 14 de julio de 1997; 15 de abril de 2002; 21 de octubre de 2002) o, incluso, a declarar la impunidad por el delito de tráfico de drogas: cfr. STS 22 de enero de 1997, RJ 1271, pt. Conde-Pumpido, FD 3.^o, con referencias. Cfr. también la STS 20 de enero 2003, RJ 2425, pt. Conde-Pumpido, que no da lugar a casar la sentencia recurrida porque entiende que no se dan los requisitos de la doctrina jurisprudencial en ese sentido: se trata de un caso de condena por el delito de tráfico de drogas con atenuante muy cualificada de parentesco (aunque no es objeto de recurso este extremo); en la STS 9 de diciembre de 2002, AP 224, pt. Andrés Ibáñez, en cambio, sí se aprecia, aun cuando cabe dudar de que concurren los requisitos que la doctrina jurisprudencial viene exigiendo.

¹⁵ Sobre una triple interpretación del parentesco según afecte a una u otra categoría, en ÍÑIGO CORROZA, «Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco», *InDret* 4/2011 (núm. 846), pp. 1-28.

¹⁶ El texto del precepto ha sido modificado en 2003, para añadir además la referencia a quien es pariente o conviviente fáctico o lo ha sido. Cfr. el texto del art. 23.

que lleva a darle relevancia atenuatoria no puede convertir el parentesco en una atenuación automática: sólo debería atenuar si concurre la finalidad que da sentido en cada caso a la atenuación. En otro caso, no.

v) *Confesión de la infracción (21.4.^a)*. No se trata de una circunstancia que afecte a la culpabilidad, ni a la antijuricidad, sino a otros elementos de la teoría del delito: en concreto, la *punibilidad*, categoría que viene a recoger elementos ajenos al delito en sí mismo, pero que condicionan la necesidad concreta de sanción. Es esto lo que permite decir que los comportamientos post-ejecutivos de confesión de la infracción a las autoridades (proceder «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él [el culpable], a confesar a las autoridades la infracción») pueden hacer menos necesario castigar al agente. Son razones de política criminal no vinculadas al hecho (antijuricidad) o al agente (culpabilidad), las que aconsejan posibilitar la disminución de la pena. Así, se trata de favorecer a quien ha contribuido a esclarecer el hecho, obrando más allá de lo que el Ordenamiento le exige.

De este modo, quien así obra, hace más de lo que la Ley le obliga. La ley no obliga a declarar contra sí mismo, pues rige el privilegio de la regla *nemo tenetur seipsum accusare*. Es precisamente este obrar más allá de lo que el Derecho exige, lo que posibilita tratar de forma premial al agente –se le concede el premio de la atenuación–¹⁷. Por este motivo, se exige que sea el propio culpable quien acude a confesar la infracción (no cabe la confesión por terceros, que trasformaría la conducta en denuncia; conducta en ciertos casos debida, aunque no exigida bajo amenaza de pena); debe conocer el culpable la base de la circunstancia (que el procedimiento no se dirige todavía contra él).

Esta circunstancia, como la siguiente, viene a sustituir a la antigua de «obrar por impulsos de arrepentimiento espontáneo». La aplicación jurisprudencial de ésta pasó de una interpretación psicologista que exigía obrar por motivos de efectivo arrepentimiento, a una más objetivada que se conformaba con la mera actuación post-delictiva negativa. La actual circunstancia del art. 21.4.^a es ciertamente próxima, pero difiere por la conducta, objetivada, de autodenunciarse.

vi) *Reparación del daño (21.5.^a)*. Como en el caso anterior, también la categoría sistemática aquí afectada es la *punibilidad*, pues ni el injusto ni la culpabilidad se ven alterados por una conducta posterior al delito, y sí sólo la *necesidad concreta de sancionar* al agente que repara el daño derivado de su hecho: el culpable procede «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».

Esta atenuante no encuentra parangón en la regulación del código anterior¹⁸. Con ello esta previsión aproxima nuestro Derecho a lo que es ahora común en legislaciones

¹⁷ Se trata de un comportamiento *supererogatorio*, es decir, que excede de lo debido, y que se imputa, no a título de demérito o reproche, como el delito, sino a título de mérito; a él sigue, no la pena, sino el premio.

¹⁸ En cuanto al fundamento de esta nueva atenuante, se debate la doctrina entre una razón de interés general en la reparación del daño, o bien de satisfacción a la víctima: cfr., en este último sentido, ÁLVAREZ GARCÍA, «Sobre algunos aspectos de la atenuante de reparación a la víctima (art. 21.5.^a Código penal)», CPC 61, 1997, pp 253 y 261 (con referencias).

modernas: dar relevancia cada vez mayor a los actos del autor a favor de la víctima (cfr. *supra*, lección 1.II.vi)]¹⁹.

La atenuante requiere, por un lado, un elemento *temporal* (que se efectúe antes del comienzo del juicio oral)²⁰; y, por otro, un elemento *sustancial* (reparación del daño causado o disminución de sus efectos)²¹. La finalidad de obtener la reparación hace que se proponga con cierta amplitud la posibilidad de apreciar la circunstancia²².

vii) *Dilaciones procesales extraordinarias e indebidas* (21.6.^a). Conocemos ya (lección 3.III.3, regla iii)] que los retrasos en el procedimiento, siempre que no se deban a provocación del procesado o a la complejidad del asunto en juicio, deben tener reflejo en la pena mediante su atenuación.

La circunstancia ha sido prevista expresamente en el código penal por la reforma de 2010. Sin embargo, ya antes, parte de la doctrina y jurisprudencia eran partidarias de dar acogida a las dilaciones en la fijación de la pena²³. En efecto, se admitía que las dilaciones no provocadas suponían un mal adicional para el procesado que no era evitable por éste. Se llegaba a afirmar que la culpabilidad del sujeto se veía compensada por el paso del tiempo, en virtud de una suerte de pena natural que era la incertidumbre sobre el final de un proceso

¹⁹ No parece muy claro si se trata siempre y en todo caso de un comportamiento supererogatorio, es decir, que va más allá de lo debido (cfr. *supra*, nota 17). En concreto, quien ha causado un daño está obligado a repararlo, por lo que no se trata de algo que queda más allá del deber. De todos modos, es posible que algunas conductas de reparación vayan más allá de lo debido, en cuyo caso sí son supererogatorias o meritorias.

²⁰ En cuanto al momento posible de apreciación de esta circunstancia, cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, CPC 61, 1997, pp 256-257: proponen algunos autores (cit. *ibidem*) la extensión de la circunstancia incluso *una vez iniciado* el juicio oral. El propio Álvarez, de *lege lata*, considera preferible entonces la apreciación de la circunstancia atenuante analógica (cfr. *ibidem*, p 257, con referencias al respecto); en este sentido, también la STS 28 de febrero de 2003 (AP 284, pt. Conde-Pumpido Tourón) FD 9.º (con cita de la STS 4 de febrero de 2000).

²¹ Cfr. un análisis en la STS 28 de febrero de 2003 (AP 284, pt. Conde-Pumpido Tourón) FD 9.º, que admitió la circunstancia en un caso en que se consignó la cantidad solicitada como responsabilidad civil, con el fin de reparar a la víctima los efectos (morales) del delito cometido.

²² Al respecto, cfr. MAGRO SERVET, «Aplicación práctica de la atenuante de reparación del daño causado a la víctima del delito», LL 2005-V, pp 1142-1152. Habría que reflexionar entonces sobre el fundamento de la circunstancia, que no parece que sea la actitud interna de arrepentimiento, sino la satisfacción del agraviado por el delito o la reparación (cfr. *supra*, nota 17).

²³ No sin cierto debate, como se deduce de los tres plenos de la Sala II del Tribunal Supremo que fueron precisos para resolver esta materia. Cfr., sobre la relevancia de las dilaciones indebidas, por ejemplo, STS 14 de diciembre de 1991 (RJ 9313/1991, pt. Bacigalupo Zapater). Sin embargo, las opiniones sobre la relevancia que dichas dilaciones hayan de tener en la fijación de la pena fueron diversas (compárese la STS 22 de mayo de 2003 [RJ 4411, pt. Granados Pérez] con la STS 10 de junio de 2003 [RJ 4399, pt. Soriano Soriano]). El recurso a la atenuante por analogía (cfr. entre otras SsTS 23 de septiembre de 2002, AP 56 [pt. Bacigalupo Zapater]; 19 de septiembre de 2002, AP 26/2003 [pt. Martínez Arrieta]), debería hacer pensar en la naturaleza de este procedimiento atenuatorio «atípico». Cfr. JAÉN VALLEJO, «Consecuencias jurídicas de las dilaciones indebidas en el proceso penal», AJA, n.º 412, 1999, p 1 ss.

inacabado²⁴. En esencia, se trata de un supuesto más en el que el paso del tiempo influye en la realidad jurídica a afrontar por el Derecho. En particular, se trata ahora de casos en que la protección de la sociedad (necesidad de pena) va disminuyendo conforme se aleja la sentencia del momento del hecho. Puede así afirmarse que la *ratio* de la circunstancia atenuante es la progresiva pérdida de necesidad de castigar para proteger a la sociedad conforme pasa el tiempo. Dicha pérdida de necesidad no se da cuando el retraso se debe a la complejidad del proceso o a maniobras dilatorias del procesado²⁵.

II.1.D.- *Circunstancias atenuantes analógicas:*

viii) *Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores (21.6.^a)*. El catálogo de circunstancias atenuantes se *cierra* con una cláusula abierta, la posibilidad de apreciar atenuantes por analogía («cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores»²⁶). La llamada atenuante de análoga significación no constituye en propiedad una circunstancia específica, sino una vía de apertura a nuevas circunstancias que puedan presentarse, dentro de ciertos límites. Con base en este precepto, por referencia a las circunstancias anteriores del art. 21, es posible, en efecto, ampliar los supuestos que dan lugar a atenuación. Esta previsión relativiza la pretensión clásica de restringir el arbitrio de la actividad judicial mediante catálogos de circunstancias²⁷.

Atenuante por analogía se da, por ejemplo, en la valoración de la ludopatía como atenuante: a pesar de que no es subsumible en ninguna de las circunstancias tasadas del art. 21, podría vincularse con la del 21.2.^{a28}, o con la

²⁴ Más discutible es otra práctica del TS que procede a aplicar un beneficio (una circunstancia atenuante, por ejemplo) no alegado por la instancia con el fin de no retrasar el fallo: cfr. STS 7 de febrero de 2003 (AP 420), pt. Móner Muñoz. Era excepción el caso de las dilaciones provocadas por quien pretende beneficiarse de éstas: la relevancia en la fijación de la pena que correspondería en otro caso no tendría sentido para quien ha provocado maliciosamente el retraso del proceso (más aún, la STS 11 de junio de 2003 [RJ 4301/2003, pt. Conde-Pumpido Tourón] entiende irrelevantes los retrasos, cuando no han sido denunciados en ningún momento; pero esto no significa que se exija al procesado «agilizar» el proceso, «renunciando» así a la posible prescripción del delito: cfr. STS 19 de septiembre de 2002, AP 26/2003 [pt. Martínez Arrieta]).

²⁵ De hecho, ya cuando la jurisprudencia propugnaba otorgar efectos a las dilaciones, se hacía excepción para los casos de dilaciones provocadas por quien pretendía beneficiarse de ellas: la relevancia en la fijación de la pena que correspondería en otro caso no tendría sentido para quien ha provocado maliciosamente el retraso del proceso. Más aún, la STS 11 de junio de 2003 (RJ 4301/2003, pt. Conde-Pumpido Tourón) entiende irrelevantes los retrasos, cuando no han sido denunciados en ningún momento; pero esto no significa que se exija al procesado «agilizar» el proceso, «renunciando» así a la posible prescripción del delito: cfr. STS 19 de septiembre de 2002, AP 26/2003 (pt. Martínez Arrieta).

²⁶ Sobre el recurso a la analogía en este precepto, cfr. lo señalado sobre la analogía a favor del reo *supra*, lección 3.II.1.i).

²⁷ Más aún cuando la jurisprudencia admite que la circunstancia de análoga significación se aprecie como muy cualificada (lo cual permite una rebaja de la pena en uno o dos grados), o cuando se ha admitido la atenuante analógica a la eximente incompleta (con igual efecto).

²⁸ Cfr. así la STS 9 de mayo de 2003 (AP 426), pt. Conde-Pumpido Tourón. Se plantea incluso que pudiera llegar en algún caso excepcionalmente a ser eximente completa (FD 1.^o).

eximente incompleta del 21.1.^a, en relación con un trastorno mental transitorio del art. 20.1.^o.

Es preciso efectuar algunas observaciones: la analogía se refiere a las circunstancias anteriores, por lo que se puede defender que no cabe una analogía con otras atenuaciones no previstas en los números precedentes del art. 21 (el art. 23, por ejemplo)²⁹.

Además, es preciso al fundamentar la sentencia, explicitar dónde reside la analogía con las circunstancias ya previstas³⁰. Y, puesto que la analogía es una forma de argumentación basada en la común finalidad o teleología, exige que la semejanza se dé con la razón o finalidad de la atenuante, y no con los meros elementos fácticos de ella. Así, por ejemplo, no se trata de comparar –buscar lo análogo– entre las sustancias a las que el sujeto es adicto (art. 21.2.^a), sino de señalar qué efectos de las diversas sustancias son semejantes a los señalados en ese precepto.

Por lo demás, no se trata de una circunstancia prevista para las atenuantes cuando carecen de alguno de los elementos requeridos (como si fuera el precepto paralelo al del art. 22.1.^a referido a las eximentes incompletas), sino de una auténtica *analogía*, es decir, que exige rebasar el sentido literal del precepto de que se trate, más que de evitar la inaplicación por carencia de algún requisito legal³¹.

II.2. Circunstancias agravantes:

Así como la antijuricidad puede verse afectada por las circunstancias, tanto para agravar, como para atenuar (no en el art. 21, pero sí en la parte especial), la culpabilidad no se ve aumentada por la presencia de circunstancias agravantes, pues consiste en un juicio de atribución como reproche del hecho previamente valorado como antijurídico. Por esto, no hay agravantes de la culpabilidad.

II.2.A.- Circunstancias agravantes vinculadas a factores objetivos del hecho:

i) *Alevosía* (22.1.^a). «Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido» –se trata de la definición legal de alevosía contenida en el precepto citado. De ella conviene resaltar, entre otros extremos: por un lado, que sólo es posible en delitos contra

²⁹ Salvo que se admita la analogía *pro reo* (cfr. *supra*, lección 3.I.4). Además, el art. 23 ya incluiría una referencia a la analogía que haría innecesaria este recurso.

³⁰ Cfr. STS 25 de abril de 2003 (AP 442), pt. Conde-Pumpido Tourón, FD 6.^o, que precisamente al exigir tal punto de semejanza, rechaza que el sometimiento a tratamiento de desintoxicación (que beneficiaría al agente) pueda ser análogo a la atenuante de reparación (que beneficiaría a la víctima). Quien admita la posibilidad de analogía a favor del reo como medio de aplicación de la ley no se ve libre de estas exigencias, que derivan de lo que es la analogía: un modo de fijar el contenido de la ley en virtud de su sentido y finalidad.

³¹ Cfr. STS 16 de diciembre de 2002, AP 233/2002 [pt. Sánchez Melgar]; STS 17 de marzo de 2003, AP 382 [pt. Marañón Chávarri].

las personas³²; por otro, que no se limita a una sola modalidad comisiva, sino que se prevé con carácter amplio (medios, modos o formas); y, por otro, que su *ratio* parece ser el aprovechamiento de una situación de indefensión para la víctima, porque la modalidad comisiva adoptada por el agente alevoso reduce las posibilidades de reacción por parte de la víctima. Como en toda circunstancia, se requiere que haya sido aprovechada (conocida y empleada) en concreto la situación de aseguramiento de la ejecución.

Se suele hablar en la doctrina y jurisprudencia de tres clases de alevosía (proditoria o leve, súbita o sorpresiva, y por aprovechamiento de la superioridad). Pero dichas tres formas no cierran la posibilidad de otras modalidades³³.

ii) *Aprovechamiento de ciertos factores ambientales (22.2.^a) o personales (22.6.^a y 7.^a)*. Semejante a la anterior es la circunstancia de aprovechamiento de ciertos factores, unos fácticos (disfraz...), otros personales («abuso de superioridad», «obrar con abuso de confianza», «prevalerse del carácter público que tenga el culpable»), pero todos ellos vinculados al delito cometido, que sería más grave. Responden a un mismo denominador: mayores facilidades de realización del delito, por evitar la reacción de la víctima o del Ordenamiento. Puesto que se trata de circunstancias que dan lugar a agravaciones, se exige, no la mera situación de superioridad objetiva o de confianza, sino el prevalerse, aprovecharse, de una situación buscada que deja a la víctima desprotegida.

En cuanto a la circunstancia mencionada por facilitar la impunidad, prevista en el párrafo 2.º («Ejecutar el hecho mediante disfraz, [...] aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo [...] que [...] faciliten la impunidad del delincuente»)³⁴ se han presentado dudas a la corrección de prever una circunstancia que castiga lo que se halla protegido por un derecho³⁵. En concreto, si nadie tiene deber de declarar contra sí mismo (rige la regla *nemo tenetur seipsum accusare*), no hay motivo para sancionar más por obrar impidiendo identificarse (con medios que facilitan la impunidad).

Por otra parte, algunas de estas circunstancias, en la medida en que se refieren al aprovecharse de cierta superioridad sobre la víctima, pueden ser redundantes, es decir, repetitivas, con respecto a la alevosía³⁶. No es posible sin embargo, afirmar que siempre

³² El proceder de la STS 22 de enero de 2002, pt. Conde-Pumpido Tourón (AP 272), que entiende no aplicable la alevosía al delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, por no tratarse de un delito contra las personas (FD 8.º), es más que discutible, pues las lesiones lo son, y al identificar dicho delito como un delito contra la paz familiar, no se está convirtiendo en un delito contra las relaciones familiares, sino contra la persona en su dimensión familiar. La consideración tras la reforma de 2003 como delito contra la integridad moral confirmaría su carácter de delito contra las personas. Otra cuestión es que si se aprecia la alevosía en el delito de lesiones que pueda concurrir (curso ideal) no deba tomarse en cuenta además en el de violencia habitual. Discutible es en dicha resolución que se haya aplicado abuso de superioridad (FD 12.º), y no alevosía, por la razón señalada.

³³ Cfr. así, la STS 20 de diciembre de 2001 (AP 262/2002), pt. Delgado García, FD 4.º.

³⁴ Sobre los requisitos de la circunstancias, cfr. STS 10 de noviembre de 2009.

³⁵ Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, DP. PG, 1997, p 162.

³⁶ La STS 19 de diciembre de 2002 (AP 247/2003, pt. Soriano Soriano) califica a la circunstancia de abuso de superioridad como una «cuasi alevosía» o «alevosía de segundo grado» (FD 2.º).

lo serán, sino que en algunos casos apreciar alevosía y una circunstancia de aprovechamiento, daría lugar a una doble agravación con el mismo fundamento, lo cual atenta contra lo que se expresa por razones de proporcionalidad mediante la regla *ne bis in idem*. Cfr. *infra*, III.

iii) *Ensañamiento* (22.5.^a). Es agravante además «aumentar deliberadamente e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito», circunstancia que afecta a la mayor gravedad del injusto del delito por intensificar el atentado a la dignidad del sujeto pasivo que ya el delito lleva consigo.

Problemático resulta que el código se refiera a esta circunstancia en este lugar, pero también en otros lugares (en concreto, en los arts. 148.3.^º, para las lesiones, y 139.3.^º, para el asesinato) con un texto algo diverso. No por ello se trata de conceptos distintos de ensañamiento³⁷.

iv) *Parentesco* (art. 23). Las relaciones parentales entre autor y víctima –como ya sabemos– pueden dar lugar a atenuaciones, pero también a agravaciones: por eso se califica como circunstancia *mixta*. Como agravante, afecta a la antijuricidad de la conducta, que puede ser más grave debido a la relación familiar o analogada (pareja de hecho) que es *aprovechada* para cometer el delito. No es la relación familiar en sí misma, sino el aprovecharse de cierta relación de confianza que conduce a que la víctima se desproteja. La *ratio* de la agravación no es así el parentesco, sino la relación de confianza, que es aprovechada, lo cual puede darse en algunas situaciones de parentesco, pero no en todas, y también en casos en los que no existe parentesco real. Si fuera el parentesco en sí mismo, o las relaciones familiares, no tendría sentido que se hubieran incluido las relaciones analogadas a las familiares (parejas de hecho) o que se haya incluido en la reforma de 2003 a quien no es cónyuge pero lo ha sido. Por tanto, no parece correcto que el mero dato del parentesco deba dar lugar a la agravación, sino sólo cuando se dan los elementos materiales del parentesco en el caso concreto: aprovechamiento para la comisión del delito de la situación de confianza derivada de las relaciones parentales o asimiladas.

Lo anterior es acorde con lo previsto en el art. 23, cuando señala que la agravación dependerá de «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito», y con las agravaciones específicas previstas en la parte especial del código: el parentesco agrava en los delitos violentos o intimidatorios (arts. 153, 180.1.4.^a, 182.2). En concreto, sería la antijuricidad del delito, la que se ve afectada por el parentesco: es más grave atentar contra un pariente, si es el parentesco y lo que éste lleva consigo lo que se aprovecha para delinquir. Con otras palabras, se trata de una circunstancia próxima al prevalimiento o aprovechamiento de la situación o a la alevosía, por lo que afecta a lo objetivo del hecho, y no al agente, a pesar de recaer sobre la persona (pariente)³⁸.

Por lo demás, contiene doctrina general sobre dicha circunstancia; cfr. también STS 10 de diciembre de 2009.

³⁷ Cfr. así la STS 22 de diciembre de 2001, pt. Saavedra Ruiz (AP 268/2002), FD 1.^º.

³⁸ Cfr. STS 22 de enero de 2002, pt. Conde-Pumpido Tourón (AP 272), con referencias.

En el precepto del art. 23 se describe cuáles son las relaciones parentales que dan lugar a la agravación: «ser cónyuge [...] ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge...». A estas relaciones parentales en sentido estricto, se añaden otras: «ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad», para el caso de convivientes de hecho.

En principio, no tendría sentido apreciar el parentesco como agravante si la convivencia entre parientes se ha visto rota, o el afecto se transmuta en recelo u odio: carecería entonces del fundamento que da sentido a la agravación. Sin embargo, es curioso que la reforma de 2003 haya añadido la mención de quien «haya sido cónyuge». El parentesco como circunstancia agravante podría basarse en el aprovechamiento de la confianza, algo que no parece darse en esos casos. Se plantea entonces la duda de cuál es el efecto que ha de tener el parentesco en esos casos: ¿agravar? ¿atenuar?

II.2.B.- Circunstancias agravantes referidas al agente³⁹:

v) *Precio/recompensa/promesa* (22.3.^a). «Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa» son factores que hacen más grave la conducta por añadir móviles especialmente bajos al delito mismo; aquí parece encontrarse el fundamento de la agravación. Por este motivo, no se reduce a contrapartidas económicas, sino que se incluye cualquier prestación, por la cual se comete el delito.

Se discute si la agravación ha de aplicarse sólo a quien ejecuta el hecho (el autor) o también a quien ofrece el precio para cometer el delito (el inductor): la redacción legal se refiere a quien *ejecuta* el hecho, y además *mediante* precio, y no sólo *por* precio; ambos datos parecen abonar la conclusión de que se refiere sólo al *autor* que comete el delito por esos móviles. Sin embargo, la jurisprudencia entiende que la agravación se extiende tanto a quien obra por precio, como a quien ofrece ese precio o recompensa (inductor), por entender que la mayor reprochabilidad concurre en ambos⁴⁰.

vi) *Motivación discriminatoria* (22.4.^a), o más en concreto: 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 identidad u orientación sexual, o la enfermedad que padezca o su discapacidad. La circunstancia fue introducida ya en 1995, antes de aprobarse el código ahora vigente, con el fin de intensificar la reacción penal contra delitos basados en la discriminación, sobre todo racial (se definió entonces el delito de apología del genocidio), y ha sido reformada en 2010 matizando algunos términos. De nuevo, es el móvil bajo o vil, en este caso, por atentar a la igualdad de las personas, lo que agrava el injusto o antijuricidad de la conducta.

³⁹ Téngase en cuenta que esa expresión no es contradictoria: circunstancias del agente, como los motivos que le llevan a delinquir, pueden agravar el delito, el hecho, pues contiene también elementos subjetivos. Recuérdese cómo en sede de tipicidad hay que considerar elementos objetivos y también subjetivos, el conocimiento (dolo). Y ello porque sin dolo no se puede hablar de un *hecho* que pueda llegar a ser típico.

⁴⁰ Cfr. por todas, STS 11 de marzo de 2003 (pt. Marañón Chávarri) AP 370.

vii) *Reincidencia* (22.8.^a). De especial importancia práctica es la última de las circunstancias agravantes, la de reincidencia, que se describe del siguiente modo: «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». El fundamento de esta circunstancia agravante es cuestionable, pues no parece haber motivos para agravar el injusto del hecho por que el agente haya cometido otros semejantes en el pasado⁴¹; se plantea incluso que debería ser, más bien, atenuante, para tener en cuenta la debilidad del agente para seguir lo prescrito en las normas, y no agravante⁴². Se ha cuestionado, por esta razón, su compatibilidad con la Constitución, aunque el TC ha resuelto la duda al reconocer su adecuación⁴³.

Para apreciar la reincidencia es preciso: que, al delinquir (es decir, al cometer delitos y no faltas)⁴⁴, el delincuente haya sido condenado ejecutoriamente por otro delito (es decir, que contra la sentencia no cabe recurso alguno)⁴⁵ que además de definirse en el mismo título sea de igual naturaleza o carácter que el después enjuiciado.

El estudio de la reincidencia quedaría incompleto si no tenemos en cuenta la posibilidad de agravar la pena por «multirreincidencia»⁴⁶. En efecto, en virtud del art. 66.1.5.^a, se hace posible (no es preceptivo) incrementar la pena en grado («teniendo en cuenta las condenas precedentes así como la gravedad del nuevo delito cometido»), si se da la circunstancia de reincidencia (con los elementos exigidos para ésta⁴⁷) por tres delitos.

⁴¹ En otros sistemas (Alemania) se derogó en 1986 la circunstancia de reincidencia, al entender que contraviene el principio de culpabilidad (mejor dicho, el de proporcionalidad –según entiendo).

⁴² Cfr. según parece derivarse de la exposición de MIR PUIG, *DP.PG*, 2002, 26/35, con referencias.

⁴³ En efecto, cfr. SsTC 150/1991, de 4 de julio, cuestión de constitucionalidad (pt. López Guerra) y 152/1992, de 19 de octubre, recurso de amparo (pt. Rodríguez Bereijo). Esta posición obliga a modificar una línea jurisprudencial del TS (desde la STS 6 de abril de 1990, RJ 3195, pt. Bacigalupo Zapater), según la cual, la reincidencia no sería aplicable automáticamente, sino sólo cuando aumente la reprochabilidad.

⁴⁴ No cabe apreciar reincidencia cuando los antecedentes han sido cancelados o debieron serlo (cfr. arts. 22.8.^a.II y 136). Por otra parte, al jurisprudencia del TS no duda en dejar de apreciar la agravante de reincidencia cuando no consta si los antecedentes han sido efectivamente cancelados (pudieron haberlo sido): cfr., por ejemplo, esta doctrina en la STS 27 de noviembre de 2002, AP 194/2003 (pt. Maza Martín).

⁴⁵ Cfr. también arts. 190, 388 y 580, que a efectos de reincidencia permite tomar en cuenta las sentencias de tribunales extranjeros, en ciertos delitos (relativos a la prostitución y corrupción de menores, falsificación de moneda y terrorismo, respectivamente).

⁴⁶ Desde la entrada en vigor de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que entre otros extremos da nueva redacción al art. 66, y añade un párrafo 5.º a su núm. 1, donde se prevé la regla de determinación de la pena en materia de multirreincidencia.

⁴⁷ En concreto: «cuando 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

En materia de reincidencia se percibe una evolución: en el código de 1995 se conoce la reincidencia como circunstancia agravante, en los términos ahora señalados (que el culpable en el momento de delinquir, «haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título ... [y] de la misma naturaleza»). El código anterior, al ser reformado en 1983, prescindió de otras dos circunstancias semejantes: la reiteración, basada en volver a delinquir (dentro de ciertos límites), y la multirreincidencia, consistente en la segunda reincidencia. La reforma del código efectuada en 2003 (art. 66.1.5.^a) vuelve a la antigua multirreincidencia, al prever que la pena se agrave (se posibilita aplicar la pena superior en grado si el delincuente ha sido condenado por *tres delitos* del mismo título y de igual naturaleza, dentro de ciertos límites). Claramente la política criminal se ha intensificado por lo que respecta a esta materia⁴⁸.

III. Inherencia y compatibilidad.–

Bajo dichos términos nos referimos a la relación que guardan las circunstancias con el hecho o entre sí. Se trata de dos manifestaciones de la regla del *ne bis in idem*. En efecto, ya sabemos que no resulta proporcionado tener en cuenta un mismo hecho con un doble efecto, pues ello supondría una agravación doble, la del hecho y la de la circunstancia, con base en el mismo fundamento⁴⁹. Cuando se trata de atenuaciones, aplicar más de una supondría la doble atenuación con el mismo fundamento, lo cual parece ser una excepción injustificada del rigor de aplicación de la ley⁵⁰.

En cuanto a la llamada inherencia, conviene señalar cómo aquellos datos que pertenezcan a la descripción del hecho típico, no pueden tomarse en cuenta además como circunstancias modificativas: la embriaguez, que puede dar lugar a una circunstancia atenuante (art. 21.2.^a), no puede tenerse en cuenta como tal en el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (art. 379.2); la alevosía o el obrar por precio, que dan lugar al asesinato (arts. 139-140), no pueden además tomarse, en principio, como agravantes genéricas de este delito. Hablamos en este caso de inherencia de la circunstancia fáctica (embriaguez o

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».

⁴⁸ Lo cual exige plantearse de nuevo la compatibilidad de dicha agravación con el principio de proporcionalidad. La previsión de la agravación de la pena como *potestativa* sería un dato a tener en cuenta para respetar la proporcionalidad. Distinto sería si se hubiese previsto como preceptiva.

⁴⁹ Se trataría de otra manifestación de la regla del *ne bis in idem*, que impide aplicar a un mismo hecho dos preceptos, por razones de primacía de la proporcionalidad sobre la seguridad.

⁵⁰ Supondría una dejación de aplicar la Ley, que sólo puede aceptarse si se trata de una analogía a favor del reo, que no es ahora el caso. Cfr. art. 4 CP. Por lo demás, se trataría de una manifestación de la primacía de la seguridad sobre la proporcionalidad.

alevosía) respecto al tipo en cuestión. El art. 67 impide en dichos casos la consideración adicional de circunstancias⁵¹.

Se distinguen en dicho precepto la inherencia *expresa* (conceptualmente no es posible cometer el hecho típico sin la concurrencia de esa circunstancia, como sucede en el caso de la embriaguez respecto del delito de conducción influenciada del art. 379.2, o en los delitos de violencia habitual en el ámbito familiar, art. 173.2, según la reforma de 2003, respecto al parentesco) de la *tácita* (normalmente no se dan el hecho típico y la circunstancia en cuestión, pero no se excluyen necesariamente, como sucedería en el caso de la circunstancia de reincidencia respecto a un delito de quebrantamiento de condena del art. 468, o entre la apropiación indebida y el abuso de confianza⁵²).

Tampoco resulta posible aplicar una circunstancia que excluye conceptualmente a otra o al tipo mismo del delito. Se habla entonces de *incompatibilidad*, que puede darse entre delitos y circunstancias, o entre circunstancias. En efecto, en ocasiones, no son conceptualmente compatibles la circunstancia y el tipo: se entiende así, por ejemplo, que los delitos imprudentes no son compatibles con circunstancias agravantes, en la medida en que se precisa conocer la base de la circunstancia y dicho conocimiento haría desaparecer ya la imprudencia. Por otra parte, se entiende que algunas circunstancias se excluyen entre sí: la circunstancia atenuante de estado pasional, por ejemplo, es difícilmente compatible con la agravante de ensañamiento –al menos es dudoso⁵³. En el primer caso, apreciar la circunstancia en cuestión daría lugar a una agravación sin fundamento legal, pues contradice la lógica aplicar una circunstancia que se ve excluida por la aplicación de un tipo. En el segundo caso, es preciso aplicar la circunstancia que realmente concurra.

IV. Comunicabilidad de las circunstancias.

Como elementos del delito, aunque accidentales, se plantea la cuestión de si una circunstancia se extiende a todos, o sólo a alguno de los agentes intervinientes; es decir, por ejemplo, si el autor lleva disfraz, ¿ha de extenderse la agravación a quien no va disfrazado? Estamos ante una cuestión propia del sub-principio de culpabilidad, que exige la personalidad de las sanciones. En virtud de dicho enunciado, cada agente ha de responder por aquello que es propio suyo, sin que pueda extenderse a uno lo que hace otro. Sin embargo, esta materia no excluye que algunos elementos se extiendan a todos los intervinientes, siempre que se den ciertas garantías derivadas también del sub-

⁵¹ El art. 67 sería así una regla de *ne bis in idem*, al impedir que se tenga en cuenta doblemente – es decir, *desproporcionadamente*– una circunstancia (agravante). Téngase en cuenta sin embargo lo que se refiere a las circunstancias atenuantes.

⁵² Cfr. STS 10 de abril de 2003 (AP 494, pt. Soriano Soriano).

⁵³ Admite la compatibilidad de las circunstancias agravante de ensañamiento y atenuante analógica de intoxicación etílica, la STS 25 de marzo de 2003 (AP 403, pt. Martín Pallín).

principio de culpabilidad, en concreto, que sea conocida⁵⁴. Es lo que sucede cuando la circunstancia –sea atenuante, sea agravante– pertenece al hecho, se refiere a los medios de comisión, en cuyo caso se exige para que se comunique a todos el que sea por todos conocida (art. 65.2)⁵⁵.

En cambio, no admiten excepción a la personalidad de la responsabilidad las circunstancias que radican en disposiciones subjetivas (móviles bajos, por ejemplo), en relaciones subjetivas (parentesco, por ejemplo), o en general cualquier causa personal (reincidencia, por ejemplo). La responsabilidad se restringe entonces a la personalidad, es decir, sólo se aplica a aquellos en quienes concurre (art. 65.1).

⁵⁴ Curiosa resulta la jurisprudencia en materia de comunicabilidad o no de la circunstancia de disfraz: aunque algunas sentencias la consideran comunicable cuando ha sido previamente pactado, la STS 5 de marzo de 2003, AP 357, pt. Martín Pallín, entiende (FD 5.º) que no lo es.

⁵⁵ De nuevo el esquema regla-excepción que vimos en las lecciones 2 y 3: responsabilidad personal, salvo en algunos casos.