

El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad penal

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Valencia

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo once del Código penal aparece dedicado a regular, en este capítulo independiente, la llamada circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad criminal. (Tras enumerar las atenuantes y agravantes, la ley configura una circunstancia, que, según los casos, disminuye o incrementa la responsabilidad penal.

El presupuesto del artículo 11 está integrado por una determinada relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo: el agraviado ha de ser cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor. El efecto que de dicho presupuesto se deriva, es el de la atenuación o la agravación, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito.

II. LA RELACIÓN DE PARENTESCO

1. La relación de parentesco debe mediar, dice la Ley, entre el «agraviado» y el «ofensor». Con estos términos el Código se refiere a los sujetos activo y pasivo del delito —cfr. la sentencia de 16 junio 1944—. El mantenimiento de esta exigencia debería, pues, conducir en rigor a desechar la estimación de la circunstancia mixta, no sólo, como es evidente, en aquellos casos en los que la relación parental une entre sí a los partícipes en el delito —cfr. la resolución de 16 de junio de 1944, ya citada—, sino además en aquellos otros supuestos en los que, por ser la comunidad el sujeto pasivo de la infracción, falta en absoluto la posibilidad de hablar de un vínculo de parentesco entre sujeto activo y pasivo.

Ello no obstante, la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de apreciar la presente circunstancia modificativa en delitos tales como la falsedad y el atentado —sentencias de 8 de julio de 1901 y 27 de octubre de 1964 respecto a aquélla, y de 24 de septiembre de 1926 en relación a éste—, en los que no es el individuo, sino la comunidad, el sujeto pasivo de la infracción.

La estimación de la referida circunstancia en las falsedades responde, al parecer, al hecho de haber sido el apoderamiento patrimonial la finalidad perseguida por el agente. En atención al bien jurídico tutelado por las falsedades y al sujeto pasivo de las mismas, no resulta, sin embargo, a nuestro juicio, correcta la apreciación de dicha circunstancia.

En el atentado, la razón que motivó la estimación de la indicada causa modificativa, fue la de que «la confianza en que venían conviviendo unos y otros les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba, merecía su cuñado» (sentencia de 24 de septiembre de 1926). En un tal caso la cuestión hubiera debido plantearse, no ya en el plano de la circunstancia mixta, sino en el del elemento subjetivo (I) de la figura de atentado: el menor desvalor de la conducta no radica en la relación de parentesco entre sujeto activo y pasivo, sino en la actitud de los agentes que «les hizo desconocer el respeto que, por las funciones de su cargo y la autoridad que representaba», merecía el objeto de su acción.

2. Los grados de parentesco a los que la circunstancia mixta se extiende, son los que el artículo 11 enumera: el agraviado ha de ser cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano legítimo, natural o adoptivo, o afín en los mismos grados del ofensor. Dado el carácter concluyente del texto legal, no cabrá extender el elenco del artículo 11 a otros grados distintos de parentesco; así lo reconoce la sentencia de 12 de diciembre de 1955.

La determinación de los grados de parentesco suscita varias cuestiones que seguidamente corresponde examinar:

A) En primer lugar se plantea la cuestión del significado de los términos «legítimo, natural o adoptivo», que el tenor legal refiere al hermano.

Hermanos *legítimos* lo son los hijos legítimos de un mismo ascendiente, entre sí, independientemente de lo que sean por vínculo sencillo o doble.

Hermanos *adoptivos* lo son los adoptados por una misma persona, así como éstos y los hijos consanguíneos de la misma. No existiendo en el texto legal una definición de aquéllos, y dado el sentido material, no formal, que ha regido la interpretación de la circunstancia mixta —tanto al exigirse un vínculo de afecto, como al condicionarse la atenuación y agravación a la mutación valorativa del hecho, por obra del parentesco—, creemos que no cabe adoptar una noción restrictiva en la determinación de los hermanos adoptivos.

La noción de hermanos *naturales* suscita a nuestro juicio mayores dificultades. De una tal categoría habla el Código civil en su artículo 945 al regular el orden de suceder; y, al parecer, por

(1) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte especial*, I, Barcelona, 1967, página 133; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial*, Valladolid, 1966, pág. 683.

«hermanos naturales» entiende, el ordenamiento civil, los hijos naturales reconocidos de un ascendiente común, así como éstos y los hijos legítimos del citado ascendiente común, todos ellos entre sí. El determinar si esta noción es vinculatoria para la expresión «hijos naturales» del artículo 11 del Código penal, no resulta fácil.

Los comentaristas se inclinaron a considerar que «entre los hermanos legítimos, naturales o adoptivos, y de consiguiente, entre ellos solos tiene que estimarse la circunstancia; no entre los otros hermanos a quienes no nombra el número y que tienen otra clase de ilegitimidad» (1).

A nuestro juicio existen importantes razones para entender que la interpretación de la referida expresión legal ha de ser otra; a saber, «hermanos naturales» lo son todos los hijos de un mismo ascendiente, que no merecen la consideración de «hermanos legítimos».

En primer lugar, el Código penal en su artículo 11 no habla en absoluto de parientes, sino que inicia la enumeración de supuestos con la referencia a los «ascendientes y descendientes»; es decir, consigna, ante todo, unos supuestos que se dan por el simple vínculo de sangre (2). A este respecto se ha destacado siempre que «ascendiente y descendiente» lo son tanto los legítimos como los ilegítimos (3). En segundo lugar, la jurisprudencia, al interpretar el artículo 11, se ha inclinado claramente en favor de una concepción material de la circunstancia —pese a que a ello no obligaba el tenor de la ley—, al condicionar la estimación de la atenuante y agravante a la mutación valorativa que la relación de sangre, matrimonio o adopción, implica en el hecho criminal, y al exigir frecuentemente un vínculo de afecto entre los sujetos. Y obsérvese que esta mutación valorativa y dicho lazo de cariño, integrantes del aspecto material atribuido a la circunstancia mixta, pueden perfectamente concurrir en los hermanos ilegítimos. Tercero, el entender que son «hermanos naturales» los hermanos no legítimos, permite llegar a soluciones más justas, no ya tan sólo por poderse incluir en la esfera de la circunstancia a los hermanos ilegítimos, sino además porque, al interpretarse de este modo la expresión «hermano... natural», no existirá reparo alguno, desde el punto de vista material, para referir los términos de «legítimo, natural o adoptivo», tanto al «hermano», como a los «ascendientes» y «descendientes», conforme más adelante indicaremos.

En suma, dada la autonomía del Derecho penal en la configuración de sus presupuestos, el significado de la expresión «hermano... natural» no está en absoluto vinculado al sentido de dicha locución en el ordenamiento civil. Hermanos naturales lo serán, en la esfera

(1) CROIZARD, *El Código penal de 1870*, I, Salamanca, 1897, pág. 375.

(2) Cfr. KARL ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1964, págs. 12 y ss.

(3) CROIZARD, I, 375; LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, página 8.

criminal, todos los hijos de un mismo ascendiente, que no tengan la consideración de hijos legítimos.

La autonomía, pues, del Derecho penal conduce a atribuir tanto a dicha expresión, como a las restantes que aquí se estudian, aquel sentido que, con observancia de las fronteras impuestas por la interpretación, ofrece soluciones más justas.

B) Seguidamente se suscita el interrogante de si los términos «legítimo, natural o adoptivo», se refieren tan sólo al hermano, o también a los grados de ascendiente y descendiente primeramente enumerados en el texto legal. A dicha cuestión procede responder según el siguiente tenor. Desde el punto de vista literal y de la voluntad del legislador histórico, parece evidente que la citada expresión legal se construye al «hermano». La misma aparece, en efecto, redactada en singular y sin separación fonética alguna respecto a este último. Los comentaristas, a su vez, al ocuparse del correspondiente precepto de idéntico tenor de los Códigos del pasado siglo, llegan a idéntica conclusión (1).

Esta solución no resulta, sin embargo, plenamente satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material: mientras que la cualidad de hermano adoptivo de la víctima respecto al ofensor, originará una modulación de la responsabilidad penal, la de adoptante o adoptado de aquélla en relación a ésta, carecerá de relevancia para la circunstancia mixta.

Si se considera, en cambio, que los términos de «legítimo, natural o adoptivo» son referibles tanto al hermano, como al ascendiente y descendiente, se hace desaparecer la incongruencia últimamente expuesta, sin que, dado el sentido antes atribuido a la cualidad de «natural», se produzca, de rechazo, injusta limitación alguna (2) en la esfera de los ascendientes y descendientes.

En atención a las razones últimamente aducidas procede, a nuestro juicio, referir los términos de «legítimo, natural o adoptivo», no sólo al hermano, sino además al ascendiente y descendiente. La letra de la ley, al no obstar de modo concluyente a dicha interpretación, no puede prevalecer sobre las referidas consideraciones de índole material.

C) Por lo que al alcance de la noción de «ascendiente» y «descendiente» se refiere, resulta indudable el que la misma corresponde tanto a los legítimos como a los ilegítimos.

D) El nexo de afinidad surge en virtud del matrimonio (3), y subsiste, de morir uno de los cónyuges, entre el superviviente y los consanguíneos del fallecido. Así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 21 de enero de 1924 y 6 de junio de 1928, aduciendo aquélla la vigencia de la noción de afinidad, existente en las Partidas. En favor de dicho criterio ofrece, asimismo, una importante

(1) GROIZARD, I, pág. 376.

(2) Cfr. LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, II, pág. 8 y ss.

(3) JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, V, 1, Madrid, 1954, pág. 132.

base el tenor del artículo 84 del Código civil, que, al enumerar quiénes no pueden contraer matrimonio entre sí, consigna en el primer número a «los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad», haciendo asimismo referencia al vínculo de afinidad en los números tres y cuatro.

Por último, en atención al propio tenor legal —«ser el agraviado... afín en los mismos grados del ofensor»—, resulta indudable que el citado vínculo concurre, tanto cuando el sujeto pasivo es consanguíneo del cónyuge del sujeto activo, como cuando es cónyuge del consanguíneo de este último —sentencias de 18 de octubre de 1872, 26 de julio de 1877, 13 de noviembre de 1882, 21 de enero de 1924, 5 de agosto de 1927—.

3. En la averiguación del sentido correspondiente al parentesco, se suscita seguidamente la cuestión de si la ley exige aquí simplemente el nexo de consanguinidad, afinidad o adopción, o el que a dicho nexo se le suma una relación de afecto entre los sujetos.

La práctica judicial responde a dicha cuestión en el sentido de exigir ordinariamente la concurrencia de ambos vínculos: al lazo de la sangre, el matrimonio o la adopción, se le debe unir el del afecto entre las personas. Así lo declaran, entre otras muchas, las sentencias de 8 de junio de 1928, 16 de junio de 1944, 15 de octubre de 1957, 13 de marzo de 1958, 23 de febrero de 1966. En congruencia con esta actitud de entender que el parentesco presupone una relación de afecto entre los sujetos, la jurisprudencia se inclina a derivar, a modo de presunción, del vínculo de consanguinidad, matrimonio o adopción, aquel nexo de índole afectiva; claramente lo proclama así la sentencia de 2 de febrero de 1954.

La exigencia de este vínculo entre los parientes, no siempre ha sido, sin embargo, mantenida de modo riguroso por la jurisprudencia, pues si bien en los delitos contra las personas, integrantes de la mayor proporción de supuestos en los que se ha discutido la aplicación de la circunstancia, ha sido tal requisito casi siempre reclamado, en algunos supuestos de robo e injurias en los que la circunstancia mixta ha desplegado eficacia atenuante, se ha prescindido al parecer de esa exigencia —cfr. sentencias de 14 de abril de 1926, 18 de octubre de 1902—. Incluso en alguna ocasión, a saber, en los delitos contra la honestidad, el Tribunal Supremo ha declarado explícitamente que la ruptura de las relaciones familiares no obsta a la estimación de la circunstancia mixta como agravante —sentencia de 25 de marzo de 1964—.

El dar solución a la cuestión arriba planteada, no es a nuestro juicio fácil. Por un lado, aún admitiendo que históricamente se configurara la presente circunstancia en atención a la relación afectiva existente entre los parientes (1), el tenor de la ley no obliga hoy a condicionar la estimación de la circunstancia mixta a la presencia del referido nexo. Por otro lado, si bien en determinados casos la

(1) FACHECO, *El Código penal*, I, Madrid, 1870, pág. 215.

existencia de una relación de afecto o confianza entre los parientes resulta ciertamente imprescindible para que el autor *merezca* la atenuación de la responsabilidad penal —vgr., en el hurto entre hermanos que no viven juntos, efectuado bajo la creencia de que el agraviado toleraría la sustracción—, en otros casos puede la conducta presentarse como más desvaliosa en atención al parentesco, pese a la ausencia de todo vínculo sentimental; así, el homicidio o las lesiones causadas al hermano representan una acción más reprochable que la comisión del mismo hecho en relación a un extraño, aún cuando estén rotos los lazos de cariño entre ellos.

Obsérvese, por último, que el mantenimiento por la jurisprudencia del requisito del nexo afectivo entre los parientes, frecuentemente aparece vinculado a la exigencia de un elemento subjetivo, a saber, al requisito de que el agente motive su conducta en una vulneración de los lazos familiares —sentencias de 8 de enero de 1910 (1), 12 de febrero de 1919 (2), 27 de septiembre de 1944 (3), 2 de febrero de 1954 (4). El que también la circunstancia del artículo 11 exige la concurrencia de un elemento subjetivo, resulta a nuestro juicio, según más adelante se examina, indudable. Obsérvese, sin embargo, que si dicho elemento equivale al conocimiento y voluntad del hecho constitutivo de la circunstancia mixta, el mismo no presupondrá en modo alguno una relación de afecto entre los parientes: en cuanto se cometa el delito a conciencia del vínculo de parentesco, se cumplirá la referida exigencia subjetiva, y para ello no se apreciará en absoluto la existencia del indicado nexo sentimental.

En suma, la interpretación del artículo 11 no permite condicionar, de modo general, la estimación de la circunstancia mixta al mantenimiento de una relación de afecto entre los parientes. Ello no obstante, puede muy bien ocurrir que el mantenimiento, o la ruptura, del vínculo afectivo entre ellos, despliegue una significación decisiva en el supuesto particular; esto es, puede muy bien suceder que la mutación valorativa —el mayor o menor desvalor— que el parentesco supone respecto a la comisión de la misma conducta entre sujetos extraños, esté condicionado a la presencia, o ausencia, del nexo sentimental entre los parientes.

(1) «... el parentesco ... es, de modo general, un motivo de agravación, porque viola el mutuo respeto y afecto impuesto por los vínculos de familia.»

(2) «... el parentesco es circunstancia agravante en los delitos contra las personas en cuanto su realización no sólo menoscaba el respeto a la personalidad, sino que implica un olvido a las consideraciones naturales entre quienes unidos por vínculos familiares se deben una más grande estima y un mayor apoyo y protección: que dicha regla sólo admite la excepción determinada, por circunstancias y situaciones entre agresor y agredido, en que otros estímulos más poderosos que el respeto familiar suscitan los actos punibles.»

(3) «... es de apreciar como agravante ... salvo ... que estímulos más poderosos que el respeto familiar ... impulsen la conducta.»

(4) «... circunstancias que colocaban a ambos hermanos en la consideración, transitoria quizás, pero desde luego influyente en el ánimo del agresor para no apreciar como freno de su ímpetu doloso la condición del agredido ...»

III. EL ELEMENTO SUBJETIVO

Si la circunstancia mixta representa un hecho que, al concurrir en una acción criminal, motiva la atenuación o agravación de la pena, constituirá una exigencia impuesta por el sentido final que a la propia noción de acto corresponde, la del conocimiento de los elementos objetivos integrantes de la indicada circunstancia: quién comete el delito a conciencia del vínculo de parentesco que le une a la víctima, cumplirá el presupuesto del artículo 11. Esta exigencia ha sido recogida, y de un modo en ocasiones excesivamente radical, por las sentencias, entre otras, de 15 de enero de 1886 y 23 febrero de 1966.

Además, la inclusión de «los motivos» del delito entre los criterios a los que se debe atender para decidir si ha de atribuirse eficacia agravante o atenuante al parentesco, conduce asimismo a reclamar dicho requisito.

Ciertamente si el sujeto desconoce la mencionada relación familiar no cabrá estimar la circunstancia mixta. Con ello se suscita, sin embargo, la cuestión de qué debe regir en el supuesto inverso, de errónea representación de un vínculo familiar con la víctima, en realidad inexistente. Imagínese, v. gr. la conducta de quién sustrae una cosa bajo la equivocada creencia de que pertenece a un hermano —con el que no convive—; un supuesto de características parecidas es enjuiciado por la sentencia de 5 de julio de 1890 (1). A nuestro juicio, la cuestión debe resolverse en el sentido de la irrelevancia de dicha figuración. Si para la culpabilidad es suficiente el conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sin necesidad de representación de la punibilidad de la misma, y la concurrencia de la circunstancia mixta afecta tan sólo el grado de punibilidad de la acción, debe concluirse en que es irrelevante la errónea figuración sobre la presencia de una relación de parentesco con el agraviado.

IV. EL REQUISITO DE LA MODIFICACIÓN EN EL JUICIO DE DESVALOR

El parentesco deberá ser estimado como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, siempre que el hecho de mediar dicha relación entre agresor y agraviado, suponga un incremento o disminución del desvalor de la conducta. Así lo parece entender la jurisprudencia cuando toma en cuenta, para apreciar dicha circunstancia como agravante atenuante, la mayor o menor «perversidad»

(1) En dicha sentencia el error afectaba al presupuesto de la excusa absoluta del actual artículo 564. La cuestión se plantea en dicho precepto con características radicalmente distintas a las del artículo once: dado que la causa de la exoneración no afecta en absoluto al juicio desvalorativo que la conducta y el autor merecen, sino a razones de índole política, no se requerirá para la estimación del artículo 564 la representación del vínculo familiar por el agente. La errónea suposición sobre la concurrencia de un tal nexa carecerá, pues, de toda relevancia.

o «malicia», respectivamente, que la concurrencia del parentesco representa —sentencias de 24 de mayo de 1889, 27 de noviembre de 1839, 4 de julio de 1924, 6 de junio de 1928, 15 de octubre de 1957 (1)—.

Para determinar si el vínculo parental implica una mutación en el valor o gravedad de la conducta, deberá atenderse, según ordena el artículo 11, a «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito». La «naturaleza» viene definida por el ataque a los bienes jurídicos, propia de la respectiva infracción. Los «motivos», equivalentes a los móviles que impulsan al delito, fueron incluidos en el texto del presente artículo por el Código de 1932, con la idea, al parecer, de que determinados estímulos concurrentes en la acción punible, tales como la ruptura del vínculo afectivo o la provocación del agraviado, permitan atribuir eficacia atenuante al parentesco, según había declarado ya la jurisprudencia (2). Por último, «efectos del delito» lo serán las consecuencias derivadas de la manifestación volitiva integrante del respectivo hecho criminal. constituye, pues una noción más amplia que la de resultado (3).

De este modo se ha entendido que la relación de parentesco entre agresor y agraviado, despliega de ordinario eficacia: agravante en los delitos contra las personas —sentencias de 22 de octubre de 1923, 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942, 2 de febrero de 1954— y contra la honestidad, antes de la vigencia del texto revisado de 1963, cuyo artículo 452 bis, g), prevé, en forma de disposición general, una causa personal de agravación —sentencias de 27 de enero de 1908, 15 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1949, 17 de junio de 1950—; y atenuante en los delitos contra la propiedad —sentencias de 21 de abril de 1887, 22 de octubre de 1923, 14 de abril de 1926, 25 de abril de 1963—, de falsedad —sentencias de 8 de julio de 1901, 27 de octubre de 1964—, e injurias —sentencia de 18 de octubre de 1902—. En la formulación de esta agrupación de las infracciones a efectos de la estimación de la circunstancia mixta, se ha atendido a la configuración de las mismas en el libro II del Código penal, vgr., a la previsión del delito de parricidio del artículo 405 y de la excusa absolutoria del artículo 564: cfr. la sentencia de 4 de julio de 1921.

Téngase, sin embargo, en cuenta, que la concurrencia de la relación de parentesco en una infracción y, particularmente, en alguno de los delitos antes enumerados, no significa el que necesariamente deba atenuarse, o agravarse, la responsabilidad penal, pues la estimación de estos efectos se encuentra condicionada a que el hecho del parentesco suponga una mutación valorativa en el hecho criminal, y puede perfectamente suceder que la misma no se produzca. Resulta así encomiable el que la jurisprudencia haya supe-

(1) GROIZARD, I, pág. 448.

(2) MANUEL LÓPEZ-REY y FÉLIX ALVAREZ VALDÉS, *El nuevo Código penal*, Madrid, 1933, pág. 71 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 438 y ss.

(3) FERRER SAMA, *Comentarios*, I, pág. 440.

rado el antiguo criterio conforme al cual, de concurrir el parentesco en una infracción punible, *debe* el mismo ser estimado en uno u otro sentido —sentencia de 19 de noviembre de 1872, 2 de marzo de 1882, 20 de marzo de 1905 (1)—, por el de admitir que la relación parental *puede* carecer de toda relevancia modificativa de la responsabilidad criminal —sentencias de 10 de octubre de 1934, 29 de abril de 1950, 13 de octubre de 1962, 23 de febrero de 1966—.

Obsérvese asimismo que la clasificación de infracciones antes efectuada, no significa el que el parentesco en el primer grupo tenga siempre eficacia agravante, y en el segundo, siempre efecto atenuante, pues dicha clasificación sólo tiene un sentido indiciario que resulta desvirtuado en pluralidad de ocasiones: la relación parental ha dado lugar frecuentemente a la atenuación de la pena en los delitos contra las personas, y a la agravación en los contrarios a la propiedad. Lo decisivo en la indagación del significado correspondiente al parentesco viene, pues, dado por el caso particular: en cuanto a la concurrencia del parentesco origina un incremento, o disminución, del desvalor o gravedad del supuesto individual, deberá estimarse la circunstancia como agravante o atenuante, respectivamente. El «delito» de que habla el artículo 11, no equivale, pues, a la figura legal en la que la conducta realizada puede ser subsumida, sino al particular hecho cometido. El referido término legal de «delito» no constituye, pues, una realidad abstracta, sino concreta.

Por todo ello se infiere que la estimación del parentesco como causa de agravación o atenuación de la responsabilidad penal, no representa una facultad discrecional del tribunal sentenciador, como en alguna ocasión ha declarado el Supremo —sentencias de 10 de diciembre de 1874, 26 de abril de 1882, 2 de marzo de 1904 (2)—. La referida circunstancia modificativa debe, por el contrario, desplegar sus efectos en cuanto concurren los requisitos propios de ella, estando, pues, sometida su apreciación a la revisión en casación: cfr. v. gr., las sentencias de 15 de marzo de 1886, 16 de junio de 1944, 15 de octubre de 1957. El que lo decisivo en la indagación de la circunstancia mixta venga dado por las características del supuesto particular, según últimamente se ha indicado, no significa el que la apreciación de la circunstancia se ceda al arbitrio del juzgador. Cláusula legal necesitada de concreción, no significa cláusula de arbitrio.

V. EXAMEN DE DETERMINADOS GRUPOS DE DELITO EN PARTICULAR

A continuación procede examinar los principales grupos de infracciones en los que la presente circunstancia es estimada:

1. En los delitos contra las personas, el parentesco entre sujeto activo y pasivo despliega en principio eficacia agravante —senten-

(1) GROIZARD, I, pág. 445.

(2) Cfr. VIADA, *Código penal de 1870*, I, Madrid, 1890, pág. 250.

cias de 22 de octubre de 1923, 10 de febrero de 1925, 15 de abril de 1942, 2 de febrero de 1954—. La jurisprudencia condiciona, sin embargo, la atribución de esta eficacia al parentesco, a que la violación de los vínculos familiares represente el motivo o estímulo de la conducta criminal: «aún cuando por regla general la circunstancia mixta de parentesco se aprecie en los delitos contra las personas como agravante, puede y debe estimarse como atenuante cuando otros estímulos más poderosos que el respeto familiar impulsaron al reo a delinquir» (sentencia de 10 de febrero de 1925; de modo similar se pronuncian las resoluciones de 8 de enero de 1910, 12 de febrero de 1919, 27 septiembre de 1944, 2 de febrero de 1954).

La jurisprudencia declara además que la ruptura del vínculo familiar (1) o la concurrencia de estímulos distintos al de la consideración del nexo parental (2), tales como la provocación de la víctima (3), las ofensas de la misma al ofensor o a un pariente del mismo (4), o, por último, la infidelidad, incluso meramente supuesta, del cónyuge (5), dan lugar a que el parentesco deje de agravar

(1) «Que aún cuando por regla general en los delitos contra las personas se aprecie como agravante la circunstancia mixta de parentesco, los Tribunales pueden y deben estimarla como atenuante ... cuando vio éste quebrantado por la persona ofendida los lazos de respeto y afección que la familia impone» (sentencia de 10 febrero 1925); en sentido igual las de 15 octubre 1957, 13 marzo 1958, 23 febrero 1966.

(2) «... es de apreciar como agravante ... salvo ... que estímulos más poderosos que el respeto familiar ... impulsen la conducta» (sentencia de 27 septiembre 1944); en el mismo sentido se pronuncian las de 10 julio 1877, 26 junio 1918, 8 julio 1946.

(3) «... la actitud del procesado fue motivada por la conducta amenazadora de aquél, lo cual aleja toda idea en el culpable de faltar a los respetos debidos al parentesco de afinidad que a uno y otro les unía; que en consecuencia de esta doctrina, debe en el caso expuesto reputarse el parentesco como atenuante, en la necesidad de estimar tal circunstancia como motivo que agrava o atenúa la responsabilidad criminal» (sentencia de 20 marzo 1905); en el mismo sentido se pronuncian las de 6 junio 1928, 30 noviembre 1942, 15 octubre 1957.

(4) «... declarado por el juzgador haber delinquido el reo bajo la impresión de las ofensas de palabra inferidas por la víctima a la madre común de ambos, la circunstancia de parentesco entre agresor y agredido debe estimarse como atenuante, pues de otro modo resultaría dar virtualidad agravatoria a lo que, bajo otro concepto, se considera generador de un estímulo que atenúa la responsabilidad del culpable» (sentencia de 10 febrero 1925); en el mismo sentido se pronuncian las de 15 enero 1885, 15 enero 1886, 8 enero 1910.

(5) «... si aún erróneamente, llegó a creer el reo que con su hermano le era infiel la esposa y del mismo se hallaba ésta embarazada, imaginando también que las actitudes despectivas y de mofa mostradas siempre al cruzar con el supuesto adúltero eran consecuencia de tales relaciones íntimas, resulta explicable que luchando con el mismo llegase a herirle mortalmente, cegado por lo que juzgaba su deshonor, estimándose provocado por el causante de su deshonor, y con olvido de su relación familiar ... por lo cual debe reconocerse aquel vínculo familiar como constitutivo de la atenuante primera del artículo 10 del Código penal» (sentencia de 30 septiembre 1922); en sentido parecido se pronuncian las resoluciones de 23 marzo 1905, 30 noviembre 1917, 22 diciembre 1920, 30 septiembre 1922, 10 octubre 1934.

la responsabilidad, e incluso a que ejerza el mismo en ocasiones eficacia atenuante.

La consideración de toda esta jurisprudencia conduce a sentar las observaciones siguientes:

En primer lugar, el que se condicione la estimación de la circunstancia mixta a la presencia de un elemento subjetivo, resulta a nuestro juicio correcto.

Dicho requisito subjetivo requiere, sin embargo, tan sólo, según se indicó, el que el agente, al realizar la conducta, tenga conciencia del parentesco que le une con la víctima. Una ulterior exigencia, vgr., la voluntad de desatender la relación afectiva creada por la familia, o la exclusividad del móvil de vulnerar los vínculos creados por ésta, como en ocasiones ha reclamado aquí la jurisprudencia, no resulta, por el contrario, en modo alguno de la ley.

En inmediata relación a ello obsérvese, en segundo lugar, que el presupuesto del artículo 11 y, en particular, su requisito subjetivo, pueden perfectamente concurrir, en la realidad, con la situación de ruptura del vínculo familiar y con los estímulos, antes enumerados, de provocación de la víctima, ofensas o infidelidad de la misma. El que el delito, vgr., unas lesiones, haya sido causado tras haberse roto la relación afectiva con el pariente, o como consecuencia de provocación, ofensas o infidelidad del mismo, no obsta a la presencia de los requisitos integrantes de la circunstancia mixta, y, en particular, a que el agente efectúe su conducta criminal con la consciente vulneración del vínculo de la familia.

En atención a esta compatibilidad no resulta, a nuestro juicio, correcto el criterio, extendido en la jurisprudencia, de negar la estimación de la circunstancia mixta como agravante. Dada la referida compatibilidad, lo justo sería, no el desestimar dicha circunstancia del artículo 11 y apreciar la atenuante de provocación, arrebató u obcecación o vindicación de ofensa, sino proceder a la racional compensación de todas esas circunstancias concurrentes en la realidad, según preceptúa el número tres del artículo 61.

Más criticable resulta aún la jurisprudencia que en los supuestos considerados incompatibles con la eficacia agravante del parentesco, arriba enumerados, ha recurrido, no ya a negar toda eficacia al mismo, sino a atribuirle significación atenuante, en concurso incluso, de ordinario, a la circunstancia de provocación —sentencias de 22 de diciembre de 1920, 20 de marzo de 1905, 10 de febrero de 1925, 16 de junio de 1926—. Obsérvese, en efecto, que la razón de la estimación de la responsabilidad no radica en el parentesco, pues no cabe pensar en que se disminuya la pena en atención a que es un familiar el lesionado, sino en la concurrencia de provocación, vindicación de ofensa o arrebató u obcecación. En la estimación del parentesco como circunstancia atenuante, posiblemente haya, sin embargo, influido la idea, muy extendida en la antigua jurisprudencia, de que la circunstancia mixta, ya en uno ya en otro sentido, debe en todo caso ser apreciada —cfr. sentencias de 19 de noviembre de 1872, 2 de marzo de 1882, 20 de marzo de 1905—.

Por otro lado, la conjunta estimación de la circunstancia mixta como atenuante con las referidas de provocación, vindicación o arrebató, del artículo 9, representa una vulneración del principio *non bis in idem*. Cierito que la actualidad de pariente de la víctima, puede haber incrementado la perturbación emotiva o la ofensa, propias de las circunstancias últimamente referidas —cfr. sentencia de 30 de septiembre de 1922—; pero dado que la razón entonces de la atenuación estriba en el indicado aumento, el parentesco deberá desempeñar una significación atenuante sólo en los márgenes de las citadas circunstancias del artículo 9, posibilitando desde luego la estimación de las mismas como muy calificadas. Con mucho mejor criterio el Supremo ha apreciado, en otras ocasiones, la compatibilidad entre el parentesco como agravante y el arrebató u obcecación: «... tratándose de delitos contra las personas, el parentesco es, de modo general, causa de agravación de la responsabilidad criminal; circunstancia perfectamente compatible con la atenuante de obcecación y arrebató, pues ambas obedecen a distintos accidentes de hecho en la ejecución del acto punible» (sentencia de 21 de marzo de 1911; en el mismo sentido se pronuncia la de 13 de abril de 1918).

Téngase además en cuenta que la jurisprudencia desestimatoria del parentesco como agravante, en los casos de ruptura del vínculo afectivo, provocación, ofensas o infidelidad, trasluce con frecuencia una concepción compensatoria, inadmisibile en la esfera jurídico-penal: puesto que la víctima quebrantó el respeto a la relación parental, el delito cometido contra aquélla no debe resultar agravado por el vínculo de la familia. A nuestro juicio, la referida conducta del sujeto pasivo no obsta necesariamente a que la acción criminal efectuada contra el pariente, se presente como más grave o desvaliosa que la realizada contra un extraño.

Por último, la jurisprudencia estimatoria del parentesco como atenuante en los delitos realizados en atención a la infidelidad de la esposa, real o supuesta, por el marido en contra de ella o del amante —cfr. sentencia de 23 de marzo de 1905, 30 de noviembre de 1917, 22 de diciembre de 1920, 30 de septiembre de 1922, 10 de octubre de 1934—, merece aquí una breve consideración particular. Frente a dicha práctica, ante todo, no cabe sino observar que la razón de que se atenúe la pena no puede estribar en el hecho del parentesco entre agresor y víctima, sino en la perturbación afectiva sufrida por aquél; el entender que el nexó parental integra una atenuante, resulta, pues, recusable. Posiblemente el deseo del juzgador — un tal deseo, aparece declarado en la sentencia de 22 de diciembre de 1920— de mitigar aquí la responsabilidad penal, explica en parte la referida actitud de la jurisprudencia. Por otro lado, la atribución de significación atenuante al vínculo matrimonial por las sentencias arriba enumeradas, origina, dada la configuración de dicho nexó como circunstancia cualificativa en los artículos 405 y 420, penúltimo párrafo, una notable incongruencia

punitiva, según reconoce la citada sentencia de 22 de diciembre de 1920: si el ataque al cónyuge integra un homicidio o unas lesiones graves, no cabrá sino estimar el lazo conyugal como circunstancia cualificativa, conforme al tenor de los indicados artículos 405 y 420, mientras que si el resultado lesivo producido no alcanza la entidad de las lesiones graves, ese mismo vínculo será apreciado como causa de atenuación.

En suma, el parentesco entre sujeto activo y pasivo origina de ordinario en los delitos contra las personas un incremento en el desvalor o gravedad de la conducta, sin que la concurrencia de estímulos, tales como la provocación, ofensa o infidelidad, obstene de ordinario a la estimación de la circunstancia de parentesco como agravante. Dichos estímulos desplegarán, por supuesto, eficacia atenuante, en la medida en que constituyen circunstancias modificativas reguladas en otros preceptos legales, con la posibilidad, por tanto, de ser apreciadas como muy calificadas, y la consiguiente necesidad de su compensación racional conforme a la regla tercera del artículo 61. Además, importa observar que en algunas de las situaciones creadas por la concurrencia de los citados estímulos, podrá resultar excluida la circunstancia de parentesco como agravante, por falta de alguno de sus requisitos. Imagínese, vgr., el supuesto del marido que, en un estado de ofuscación motivado por el conocimiento de las relaciones íntimas que su esposa mantiene con el hermano de aquél, causa a éste unas lesiones. En un tal caso el parentesco entre sujeto activo y pasivo no añadirá mayor gravedad al hecho; no cabrá afirmar que la cualidad de pariente concurrente en la víctima, modifica el juicio desvalorativo de la conducta realizada. La consecuencia será la irrelevancia del nexo parental para la determinación de la pena.

2. En los delitos contra el honor, el parentesco, como ya destacaban los comentaristas (1), puede desempeñar una muy diversa significación: mientras que en los supuestos de injurias a los descendientes, debe el lazo familiar ordinariamente apreciarse como atenuante, en otros casos, vgr., en las injurias dirigidas a los padres, debe el parentesco ejercer eficacia agravante —cfr., sentencias de 24 de febrero de 1835, 9 de abril de 1892, 18 de octubre de 1902—.

Lo decisivo ha de venir dado, a nuestro juicio, por la consideración del caso particular.

En atención a la configuración de la cuarta modalidad de injurias graves en el artículo 458 —«las que racionalmente merezcan la calificación de graves atendido el estado, *dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor*»—, debe entenderse que si la relación de parentesco ha sido tomada en cuenta para calificar la conducta conforme al referido número cuatro, no cabrá a la vez, por imperativo del artículo 59, apreciar la circunstancia mixta —sen-

(1) FACHECO, I, pág. 215; GROIZARD, I, pág. 448.

tencia de 10 de marzo de 1929—. Por el contrario, si las injurias han sido calificadas según algún otro precepto, de forma que para dicho juicio el nexo familiar no ha ejercido influencia alguna, no existirá reparo para apreciar la circunstancia del artículo 11 como agravante —sentencias de 24 de febrero de 1885, 9 de abril de 1892—.

3. En los delitos contra la honestidad el parentesco ha sido estimado, antes de la vigencia del texto revisado de 1963, como circunstancia de agravación. Así lo establecieron las sentencias de 27 de enero de 1908, 15 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1949, 17 junio de 1950, 25 de marzo de 1964. La especial consideración que al parentesco dedican, como hecho que aumenta la gravedad de la conducta, ciertos preceptos del título de los delitos contra la honestidad —artículos 435 y 445—, es un dato legal que posiblemente haya contribuido de modo decisivo en la formación de la referida jurisprudencia.

Desde la entrada en vigencia del texto revisado de 1963, la disposición general del artículo 452 bis, g), da lugar a que en el título de los delitos contra la honestidad no pueda ser apreciada la circunstancia mixta.

4. En los delitos contra la propiedad el parentesco desempeña de ordinario significación atenuante —sentencias de 14 de abril de 1926, 25 de abril de 1963—.

Las razones que tradicionalmente se han esgrimido a tal efecto, no están, sin embargo, exentas de reparos: por un lado se invoca la excusa absolutoria del artículo 564, recurriéndose incluso en ocasiones a una argumentación inspirada en la regulación del artículo 9, número uno, para entender que, al faltar alguno de los requisitos de la exención prevista en el citado artículo 564, debe atenuarse la pena (1); por otro, se arguye la existencia de «cierta especie de condominio» entre los familiares —sentencia de 14 de abril de 1926 (2)—. Respecto al primer argumento observemos que no existe base alguna para extender la regulación de las eximentes incompletas a la disposición del artículo 564; además, este último precepto confiere una exoneración de responsabilidad penal, por consideraciones de política criminal (3), no por entender que la conducta realizada deja de motivar un juicio de desvalor. Por lo que a la segunda razón se refiere, no resulta ciertamente muy correcta la afirmación de la existencia de una «especie de condominio» entre los familiares —cfr. la sentencia de 25 de abril de 1963—. Ahora bien, obsérvese que, tras esta consideración realmente poco exacta, se agita una idea significativa para estimar el parentesco como circunstancia atenuante: el agente puede sustraer una cosa, vgr., a su hermano, del que vive separado, en la creencia de

(1) GROIZARD, I, pág. 445.

(2) PACHECO, I, pág. 215; GROIZARD, I, pág. 445.

(3) ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1949, pág. 316.

que el mismo tolerará posteriormente el hurto realizado, en atención a la necesidad del primero.

Por otro lado, téngase en cuenta que la comisión de un delito contra la propiedad entre personas unidas por el vínculo de familia, puede traslucir un abuso de la confianza resultante de dicho vínculo; en un tal caso el parentesco no puede ser considerado como un hecho cuya concurrencia origina una menor gravedad de la conducta delictiva: cfr. la sentencia de 25 de abril de 1963.

Finalmente téngase en cuenta que en los delitos contra la propiedad caracterizados por la concurrencia de un ataque a la persona de la víctima, el parentesco desempeñará significación agravante; así lo ha destacado la jurisprudencia en relación a los robos con violencia o intimidación en la persona —sentencias de 20 de junio de 1887, 14 de abril de 1926— y el delito de incendio —sentencia de 22 de noviembre de 1902—.

5. En las falsedades el parentesco ha sido estimado como circunstancia de atenuación —sentencias de 8 de julio de 1901, 27 de octubre de 1964—, en atención al apoderamiento patrimonial, perjudicial para un familiar, perseguido por la comisión del hecho falsario. El requisito legal de que el parentesco una a «agresor» y «agraviado», obsta en rigor, sin embargo, a la apreciación de la circunstancia mixta.

VI. RELACIÓN CON LAS RESTANTES CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y CIERTAS FIGURAS DE DELITO EN PARTICULAR

1. Ninguna dificultad suscita a nuestro juicio la compatibilidad de la circunstancia mixta con las atenuantes del artículo 9. La posibilidad de estimar conjuntamente la citada circunstancia y el arrebato u obcecación, es reconocida por las sentencias de 21 de marzo de 1911 y 13 de abril de 1918.

Respecto a las agravantes, la cuestión tan sólo se suscita, a nuestro juicio, en relación al «abuso de confianza», debiendo resolverse el problema en el sentido de la incompatibilidad entre una y otra circunstancia (1). Como la confianza que se vulnera, estará basada en la relación de familia, no cabrá estimar a la vez ambas causas modificativas de la personalidad penal.

2. Por otro lado, importa observar que en todos aquellos supuestos en los que la ley penal ha tomado en consideración el parentesco como elemento de un determinado tipo o como causa específica de un privilegio o cualificación, deberá excluirse la estimación de la circunstancia mixta. Así, no cabrá apreciar dicha circunstancia en las figuras siguientes: encubrimiento de parientes

(1) GROIZARD, I, pág. 228.

del artículo 18; parricidio del artículo 405 y lesiones graves del artículo 420; infanticidio del artículo 410; lesiones menos graves del artículo 423; mutilación o inutilidad del artículo 426, segundo párrafo; estupro del artículo 435; complicidad en los delitos contra la honestidad, del artículo 445; delitos contra la honestidad, conforme a la disposición general del artículo 452 bis, g); excusa absolutoria del artículo 564 (1).

(1) Cfr. FERRER SAMA, 1, pag. 439 y ss.