

Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas*

Antonio Doval Pais

Universitat de València

I. Introducción

El régimen de la circunstancia mixta de *parentesco* recogida en el artículo 23 del Código Penal depende de un presupuesto (el vínculo parental, conyugal o análogo entre el agraviado y el ofensor) y unos criterios (la naturaleza, los motivos y los efectos del delito). El presupuesto es una condición elemental para plantear, siquiera, la posible concurrencia de la circunstancia.¹ Por su parte, los criterios configuran su ámbito de aplica-

bilidad; es decir, si, dándose el vínculo, la circunstancia resulta aplicable, o no, y, en caso afirmativo, en qué sentido (atenuante o agravante). Precisamente, con fundamento (aunque no sólo) en uno de los criterios (el de la *naturaleza* del delito), se ha venido considerando por la jurisprudencia que, como regla general, la circunstancia operará como agravante en los delitos *contra las personas* y como atenuante en los delitos contra el patrimonio cometidos sin violencia ni intimidación.²

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación sobre el tema «Los principios de legalidad y culpabilidad en el Código Penal de 1995», subvencionado por la Dirección General de Enseñanza Superior del Ministerio de Educación y Cultura (PB97-1370).

1. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias exigen para ello no sólo constatar la existencia formal del vínculo, sino también la de una efectiva vinculación material entre el agraviado y el ofensor. A esta última exigencia de un vínculo con auténtico contenido y significado (véase, así, MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona 1999, I. 26/54; y, refiriéndose a la necesidad de una «realidad subyacente» al vínculo formal, la S.T.S. 2 dic. 1997, fto. dcho 2.ª; en cambio, S.T.S. 9 jun. 1998, fto. dcho 5.ª), suele, no obstante, hacerse referencia mediante expresiones distintas, algunas de las cuales (en particular, las que aluden a un determinado entendimiento del «afecto» -como afectividad, a partir de la referencia del propio art. 23-), deben ser matizadas y orientadas más correctamente, en mi opinión, en aquél sentido. Sobre el criterio jurisprudencial a este respecto, véase MESTRE DELGADO, E.: *La atenuante y la agravante de parentesco*, Madrid 1995, pp. 15-18.

2. Para establecer el régimen de los delitos *contra las personas*, ha pesado siempre el significado agravatorio del parentesco en las viejas figuras legales del parricidio (por ejemplo, con toda contundencia, en la S.T.S. 29 may. 1982; aunque ya cuestionándose su aplicabilidad automática por el solo vínculo formal en la S.T.S. 25 feb. 1991) y las lesiones graves contra pariente (también contundente la S.T.S. 11 abr. 1979; en cambio, matizadamente, la S.T.S. 19 abr. 1990). Bajo el Código Penal de 1995, los supuestos en los que la relación personal basada en el parentesco -o en situaciones asimiladas- (a veces, entre otras) determina *per se* (cfr. nota 1) la agravación de la responsabilidad criminal, se hallan en los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, por lo que se refiere a la previsión de la pena en su mitad superior para los ascendientes que intervengan como autores o cómplices (art. 192.1.I), en los delitos de suposición de parto, ocultación o entrega de un hijo y sustitución de un niño por otro (art. 220.4, «ascendientes»), en el delito de abandono de un menor de edad o incapaz (art. 229.2, «padres») y en las faltas de los arts. 617.2.II («cónyuge» o *análogo*, «ascendiente» o «descendiente») y 620.III («cónyuge» o *análogo*, «ascendiente» o «descendiente»). En otros delitos, en los que también se alude al *parentesco* como causa de agravación (por ejemplo, entre los delitos sexuales, arts. 180.1.4.ª, 182.2 y 183.2), la relación personal no es la determinante de la agravación si no existe un prevalimiento (seguramente, próximo a un abuso de confianza). Más dudoso resulta el papel que posee la relación parental o asimilada entre los sujetos que requiere el art. 153, ya que, mientras algunos autores consideran que recoge un delito autónomo, otros lo ponen en relación con el delito del art. 173, del que se diferenciaría -entre otros motivos- por razón del *parentesco* (véase, sobre esta polémica, CAMPOS CRISTÓBAL, R.: «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva del bien jurídico», en *Revista Penal*, núm. 6, epígrafe 2). Con respecto al régimen de los delitos contra el patrimonio, se ha tenido siempre en cuenta, por razones también sistemáticas, el papel desempeñado por el vínculo parental a los efectos de la exclusión de la responsabilidad criminal en los delitos patrimoniales cometidos sin violencia ni intimidación (art. 268; véase, PACHECO, J.F.: *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo I, Madrid 1848, p. 230). No obstante, la jurisprudencia más moderna, pese a hacerse eco de tal «regla general» prácticamente en todos sus pronunciamientos a propósito de esta circunstancia, no la aplica automáticamente (salvo, al parecer, por ejemplo, en las S.T.S. de 22 abr. 1985; 25 nov. 1992; 26 may. 1993; 16 jul. 1993; 15 dic. 1994; 14 feb. 1995; 28 oct. 1996; y 13 jun. 1997), sino que, correctamente, admite numerosas excepciones basadas en diversos motivos, que

Desde luego, la búsqueda de alguna directriz que sirva de guía para la aplicación de esta circunstancia ha sido una preocupación constante de la doctrina y, sobre todo, de los jueces y tribunales. Prueba de ello es la inmediata y sólida adhesión que consiguió de nuestra jurisprudencia y —aunque menos incondicional— por parte de los autores la aludida «regla general». Sin embargo, no terminan aquí los intentos por explotar los recursos que la circunstancia mixta pueda ofrecer para ello, pues se ha sostenido, también con carácter general, que el *parentesco* no puede desempeñar ningún papel en los delitos cuyos bienes jurídicos sean colectivos, al igual que en aquellos cuyo contenido de injusto sea de peligro (general), configurándose, así, otras dos reglas generales complementarias.

Las razones para la exclusión de la aplicabilidad de la circunstancia mixta en estos casos, se basan en que la *naturaleza* de unos y otros delitos lleva necesariamente a negar la existencia del vínculo que requiere la Ley entre el «ofensor» y el «agraviado» ya que en ellos no existe, propiamente, un (único o determinado) «agraviado» al ser la colectividad el sujeto pasivo de la infracción y(o) porque para poder hablar de «agraviado» es preciso que el contenido de injusto del delito sea el daño, y no el peligro, como sucede con muchos de ellos.

Sin embargo, estas últimas *reglas*, que durante muchos años ha observado prácticamente sin fisuras la jurisprudencia, han encontrado alguna significativa excepción en la pasada década, al reconocer el Tribunal Supremo en algún caso aislado la eficacia atenuante del *parentesco*, pese a tratarse de delitos considerados de peligro y con un bien jurídico colectivo.

Ciertamente, no puede decirse que esta excepción a las directrices más tradicionales represente una dirección jurisprudencial consolidada, pero invita a reflexionar acerca de las premisas que hasta ahora han servido de base para sostener la conclusión tradicional (la identidad entre «agraviado» y sujeto pasivo del delito y la exigencia de un resultado típico de daño para poder hablar de

«agraviado») y sobre el modo en que últimamente han sido matizadas por el Tribunal Supremo.

Con este fin, en las páginas siguientes se examinará, primero, el significado de uno de los presupuestos del vínculo personal exigido para la aplicación de la circunstancia mixta, la existencia de «agraviado» (sin duda, uno de los más problemáticos) y, segundo, el campo de referencia del criterio de la «naturaleza» con el que el artículo 23 del Código ofrece un instrumento para orientar su aplicación, al que acompañan, también, los referidos a los «motivos» y los «efectos» del delito. La razón por la que limito el estudio a dichos aspectos obedece a que, de entre todos los que pueden condicionar los efectos de la circunstancia modificativa, son éstos los dos únicos que, al menos en apariencia, poseen rasgos que permitirían establecer algún criterio capaz de predeterminar —en abstracto y en general; y, en consecuencia, sólo provisionalmente— el sentido que quepa atribuir a la circunstancia. Esta aptitud se manifiesta en el carácter objetivo y limitado que poseen, a diferencia de otras circunstancias y criterios que también requiere tener en cuenta su aplicación, como, por ejemplo, el contenido material de la relación personal, entre los presupuestos, y los «motivos» y los «efectos» del delito, que integran los restantes criterios. Estos últimos, en efecto, dependerán más estrechamente de circunstancias fácticas concretas de los sujetos en el caso de que se trate, por lo que poseen un limitadísimo, o incluso nulo, rendimiento para establecer regla alguna en la materia. Finalmente, para contrastar los resultados del examen realizado, se analizarán las vías por las que el Tribunal Supremo atribuye efectos a la relación personal en determinadas conductas relacionadas con las drogas.

II. Los sujetos de la relación

El artículo 23 del Código Penal exige que en el momento de cometer el delito exista una relación de *parentesco*³ entre el «agraviado» y el «ofensor».

examina atentamente (aunque ya se observan algunas desde las SS. de 22 jun. 1877, 10 jul. 1877, 15 en. 1886, 19 dic. 1888, 22 nov. 1892, 30 jun. 1894, 20 mar. 1905, 22 mar. 1905, 8 en. 1910, 30 nov. 1917; véanse, sobre todo, entre las más recientes las de 10 oct. 1988; 24 abr. 1989; 27 dic. 1991; 13 oct. 1993; 12 jul. 1994; 11 mar. 1997; 6 may. 1997; 2 dic. 1997; 10 nov. 1998). Esto no significa, sin embargo, que su apreciación como agravante sea en la práctica algo excepcional en los delitos de homicidio y lesiones (de otro parecer, MESTRE DELGADO: *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit., pp. 14 y 37). Al contrario que la jurisprudencia, la doctrina se ha mostrado más reacia a hablar de «regla general» alguna, basándose en lo incondicional de los criterios que establece el art. 23 para apreciar la circunstancia o para hacerlo en uno u otro sentido (véase, por todos, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T.S.: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Valencia 1999, p. 916).

3. Como ya se ha solido advertir (véase, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., p. 916), la referencia de la rúbrica del Capítulo V a la circunstancia mixta «de parentesco» es insuficiente por las distintas relaciones que contempla el art. 23, no todas parentales.

Por un lado, ello excluye, inmediata y obviamente, la posibilidad de apreciar la circunstancia, en primer lugar, en los casos en que existe relación parental entre estos sujetos, pero que no es de las que poseen virtualidad en este contexto (por ejemplo, entre tío y sobrina),⁴ y, también, en segundo lugar, en los que, existiendo una relación de la clase que se requiere, no se da entre las personas del «agraviado» y el «ofensor» recíprocamente, sino entre dos sujetos pertenecientes al lado activo (del «ofensor»), por ejemplo, entre partícipes en el delito en sentido amplio,⁵ o pasivo (del «agraviado»).

Pero, por otro lado, ninguna de estas dos expresiones con las que se alude a los sujetos de la relación se corresponde con las acuñadas por la teoría jurídica del delito para aludir a los sujetos de la infracción, por lo que su interpretación, que posee un evidente alcance práctico, plantea algunas dificultades. En realidad, el problema se reduce a lo que haya de entenderse por «agraviado», pues, como acertadamente señaló Bajo Fernández, siendo el parentesco una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, el término «ofensor» solamente podrá aludir a quien pueda ser criminalmente responsable,⁶ cuestión que, conforme al artículo 27, se limita en el Código Penal a los autores (y a los que *se consideran autores*, según el art. 28.II: inductores y cooperadores necesarios) y a los cómplices.

Por lo que se refiere, pues, al «agraviado» y en relación con los supuestos de aplicabilidad de la circunstancia mixta, dos son las cuestiones fundamentales que cabe plantear: ¿qué características lo definen desde un punto de vista jurídico-penal? y ¿a qué sujetos, de todos los que se ven involucrados en la *vertiente pasiva* del delito, alude dicho término? De las respuestas a estas preguntas dependerá el que dicha circunstancia no sea suscep-

tible de ser aplicada a algunos supuestos delictivos por razones meramente conceptuales, bien porque ninguno de los sujetos pueda considerarse «agraviado» por no reunir las propiedades que requiere tal concepto, bien porque de los que, reuniendo tales características, algunos no deban considerarse abarcados por el mismo.

Partiendo del sentido gramatical de la expresión, debe entenderse que «agraviado» es quien resulta ofendido, dañado o perjudicado —en este contexto— por el delito llevado a cabo por el ofensor (art. 23).⁷ La ofensa, el daño o el perjuicio debe consistir, pues, en la afección que directa o indirectamente sufre un sujeto como consecuencia de un delito. Y, proviniendo ésta siempre del ataque que experimenta un bien jurídico con el que se encuentra vinculado o relacionado de algún modo el sujeto, tal afección podría consistir en la destrucción o en la puesta en peligro del mismo, o en la pérdida de bienes de diversa naturaleza, derechos o expectativas legítimas asociadas a dicho bien jurídico.

Sin embargo, algún autor y el Tribunal Supremo expresamente en algunas sentencias han opuesto una primera restricción jurídico-penal a tales *fuentes del agravio*, considerando que la expresión «agraviado» connota de manera necesaria el haber sufrido un daño o una lesión y que impide, en consecuencia, contemplar supuestos de peligro bajo dicha fórmula a los efectos del artículo 23.⁸ De ser así, habría que admitir que dicho artículo introduce una limitación relativa a la *naturaleza* de los delitos a los que se puede aplicar la circunstancia que procedería del presupuesto de que la relación exigida se dé entre el «agraviado» (es decir, el sujeto que ha sufrido un daño) y el ofensor, sin necesidad de esperar a examinar uno de los criterios (la *naturaleza* del delito) que incorpora el mismo artícu-

4. Así, en la S.T.S. 4 jul. 1989. Casos semejantes, también, en las SS.T.S. de 12 dic. 1883 y 29 feb. 1908. En la S.T.S. 3 abr. 1973 el Tribunal reconoció la circunstancia en un caso de «medio hermanas» (citado por RODRÍGUEZ DEVESA, J.M.^º, en *Derecho penal español. Parte general*, 12.^ª ed., revisada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid 1989, p. 766, nota 1). En el mismo sentido, con referencia a hijastras, las SS.T.S. de 21 en. 1924 y 5 ag. 1927. No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que la atenuante analógica de parentesco «podría tener relevancia jurídico-penal entre personas no unidas por vínculo de parentesco siempre que se acreditase una situación análoga a la predicable entre parientes, es decir, siempre que constase en los hechos probados una situación entre víctima y agresor en todo análoga a la que pudiera existir entre parientes en cuanto a una comunidad de afectos y vivencias de carácter estable» (S.T.S. 10 nov. 1998, fto. dcho. 3.^ª).

5. Véase CÓRDOBA RODA, J.: «El parentesco como circunstancia mixta de modificación de la responsabilidad criminal», en ADPCP, T. XX, 1967, p. 169 (también en CÓRDOBA RODA, J./RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona 1972, p. 781). Excluyendo un caso así véase, por ejemplo, con referencia a una relación de parentesco que unía a los coautores de un delito de tráfico de drogas, la S.T.S. 25 sept. 1987.

6. Véase BAJO FERNÁNDEZ, M.: *El parentesco en el Derecho penal*, Barcelona 1973, pp. 50-51.

7. Análogamente, desde una acepción común, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., p. 47.

8. Véase CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.): *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, 1.^ª ed., Madrid 1997, p. 887. También, PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/VALLE MUÑOZ, J.M. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pp. 283 y 284. En la misma línea, la S.T.S. 6 jul. 1992, al afirmar: «parece que el concepto de agraviado presupone la existencia de un delito de resultado dañoso, es decir, un delito que haya perjudicado a alguien» (fto. dcho. 2.^ª).

lo. Es decir, que la aplicabilidad de la circunstancia solamente a los delitos de daño o lesión –y no a los de peligro– vendría preconfigurada, por así decir, por la referencia al «agraviado».

Es posible, desde luego, que hablar de «agraviado» obligue a limitar la operatividad del artículo con respecto a ciertos delitos, pero es dudoso que tanto el sector doctrinal aludido como el Tribunal Supremo pretendan decir tanto como dicen al afirmar que la expresión «agraviado» presupone necesariamente la existencia de un daño. En primer lugar, porque no se ve la razón por la que se pueda negar la entidad ofensiva de determinadas creaciones de riesgo para dar lugar a la existencia de «agraviado». Y, en segundo lugar, porque a la conclusión que excepciona los delitos de peligro se suele llegar tras observar que en algunos de estos delitos existe una manifiesta indeterminación del sujeto pasivo, lo que impide, obviamente, identificar como «agraviado» a alguna persona en concreto. Esto sucede, en efecto, en los delitos de peligro general o común, en los que la nota de la pluralidad indeterminada de las personas *expuestas* al peligro constituye su elemento más característico. Pero no ocurre así con todos los delitos de peligro, como se afirma por aquel sector de opinión sin más matices que los que se puedan extraer del contexto en que se realizan tales consideraciones. No se observa, por ejemplo, en delitos de peligro individual (como el abandono de menores o incapaces) y tampoco en estructuras delictivas que poseen un contenido de injusto de peligro también individual (como la tentativa). En estos últimos casos, el Tribunal Supremo ha mantenido sin dificultad la aplicabilidad de la circunstancia de parentesco.⁹

En conclusión, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de peligro del delito no constituye un obstáculo que impida hablar de la existencia de «agraviado» en todos estos casos. Considero que el requerir que se trate de un delito de daño para poder plantearse la aplicación de la circunstancia del artículo 23, es consecuencia de una precipitada transposición de características que son propias de algunos delitos de peligro (¡pero no de todos!). Sobre la clase de delitos de peligro con respecto a los que, razonablemente, puede limitarse la aplicación de la circunstancia de parentesco me

ocuparé más adelante, por ser ésta una cuestión que corresponde tratar, más bien, al estudiar la naturaleza del delito, a cuyo examen se refiere también dicho artículo.

Por el momento, pues, sólo se puede afirmar que la referencia al «agraviado» comporta únicamente la exigencia de que haya, al menos, una persona física determinada que haya sufrido una ofensa, un daño o un perjuicio, con independencia de las situaciones de las que puede provenir tal agravio. El que exista una determinada persona física agraviada con respecto a la cual pueda predicarse la existencia del vínculo es una condición conceptual necesaria de la circunstancia que excluirá de su ámbito de aplicación ciertos supuestos en los que aquélla sea imposible de identificar en términos concretos, pero tal imposibilidad no depende necesariamente de la naturaleza del injusto (de lesión o peligro) ni del bien jurídico protegido (individual o colectivo) de los delitos.

La segunda cuestión planteada, relativa a qué sujetos de entre todos los involucrados en el lado pasivo del delito pueden considerarse «agraviados», viene sugerida por el propio sustantivo que emplea el Código, que gramaticalmente remite a la amplia noción de «afectado» por un delito. Bajo esta expresión se podría incluir tanto al sujeto pasivo del delito, como al sujeto pasivo de la acción y a los perjudicados por el delito; es decir, a todos quienes se encuentran situados en la vertiente pasiva de la infracción criminal. Se trata, pues, de determinar si es posible considerar aplicable la circunstancia siempre que se dé el vínculo *parental* legalmente exigido entre el ofensor y cualquiera de los «agraviados» en sentido amplio (desde el sujeto pasivo hasta un perjudicado) o entre aquél y sólo alguno (o algunos) de éstos.

De entre estas alternativas, se puede fundamentadamente excluir de inmediato la categoría de los sujetos perjudicados por el delito distintos del sujeto pasivo; es decir, todos los terceros a los que el delito haya producido cualquier clase de perjuicio.¹⁰ Ello es así porque, en primer lugar, la forma de aludir al «agraviado» en el artículo 23 (haciendo acompañar el sustantivo por un artículo determinado), parece que pretende destacar su singularidad (aunque no necesariamente exclusiva y única) o su protagonismo dentro del lado pasivo del

9. Véanse, admitiendo la aplicación de la circunstancia en casos de tentativa, las SS.T.S. de fechas 6 mar. 1890 (asesinato frustrado) y 27 mar. 1926 (homicidio frustrado); y, entre las más recientes, las de 15 jun. 1994 (homicidio frustrado); 7 abr. 1997 (prostitución), 10 feb. 1998 (homicidio), 8 abr. 1998 (asesinato) y 30 may. 1998 (asesinato).

10. La noción de perjudicado, en la que cabe incluir al sujeto pasivo del delito –y también, por supuesto, de la acción– es ampliamente compartida por la doctrina. Véase, por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., pp. 363-364; CERREZO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español II. Teoría jurídica del delito/1*, 5.ª ed., p. 72; MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., I 9/13; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general*, reimpr. de la 1.ª ed., Madrid 1988, pp. 195-196.

delito, posición singular de «agraviado» en la que, desde luego, no cabe situar a quien es mero «perjudicado» por el delito en el sentido antes apuntado. Pero, además, en segundo lugar, carecería de relevancia suficiente para desplegar efectos en la responsabilidad criminal del sujeto la relación entre el «ofensor» y un tercero no implicado de una forma inmediata y directa en el delito, tercero que, seguramente, en ningún caso resultará afectado por la infracción de un modo tan grave como el sujeto pasivo. La decisión de excluir al perjudicado del círculo de los posibles sujetos «agraviados» por el delito respondería a razones de política criminal, que aconsejaron limitar la operatividad del artículo 23 a los casos en que alguna de las referidas relaciones vinculase al ofensor con alguna de las personas más inmediata y directamente implicadas en el lado pasivo del delito.

Esta conclusión se confirma, además, mediante el argumento sistemático que puede sustentarse en el sentido que posee el mismo término empleado en el artículo 113. Dicho artículo, al referirse a los beneficiarios de la correspondiente indemnización de perjuicios derivada de la responsabilidad civil, distingue al «agraviado» de «sus familiares» y de «terceros», de donde se deduce que los perjudicados (aquí: los «familiares» y los «terceros») integran una categoría de sujetos aparte de la del «agraviado».

Sin embargo, el mismo artículo 113, a la vez que presta un apoyo para perfilar el significado de este término, se convierte en un argumento para excluir también de su campo de referencia al sujeto pasivo de la acción, que cabría considerarlo, desde luego, comprendido como un «tercero», teniendo en cuenta que, por el objeto que posee el precepto, el «agraviado» aquí no puede ser otro que el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídico protegido.

Y esta conclusión nos aboca y traslada al problema central que plantea la referencia al «agraviado» en el artículo 23: el de si comprende, o no, además de al sujeto pasivo del delito, al sujeto pasivo de la acción. La respuesta es, desde luego, negativa en el contexto del artículo 113, pero la cuestión es si resulta extrapolable al ámbito del artículo 23 o si, por el contrario, existe alguna razón para dotar de significados distintos al mismo término en estos dos diferentes lugares sistemáticos.

Con respecto al artículo 104 del Código Penal anterior, de igual tenor que el actual 113, Bajo Fernández reconoció que, efectivamente, se trataba del supuesto que más dudas planteaba para poder incluir como agraviado al sujeto pasivo de la acción, aunque con argumentos que proporcionaban entonces otros preceptos del Código dicha posibilidad quedaba, en su opinión, desmentida, por lo que concluyó con la ayuda de este argumento sistemático que en el viejo artículo 11 (equivalente al actual art. 23) la expresión «agraviado» había sido deliberadamente escogida para dar «cierta amplitud de operatividad al precepto».¹¹

En la actualidad, el artículo 113 opone un serio obstáculo sistemático para considerar que el sujeto pasivo de la acción pertenezca, sin embargo, a tal categoría en el ámbito del artículo 23.¹² Pero, pese a ello, algunos autores mantienen la misma conclusión de Bajo Fernández,¹³ en contra de la opinión seguida por un sector que, quizá, sea mayoritario en la doctrina española.¹⁴

También el Tribunal Supremo entiende que el par de términos «agraviado» y «ofensor» se corresponde en el marco de la circunstancia mixta, respectivamente, con las categorías de sujeto pasivo y sujeto activo del delito. Así lo señala abiertamente en la casi totalidad de las resoluciones en las que, a raíz de los sujetos o de la naturaleza del

11. Véase BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 46 a 48. Los otros preceptos que favorecerían la conclusión de este autor eran los arts. 443 («agraviado», en las disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad) y 466 («difunto agraviado», en los delitos contra el honor).

12. Véase, planteando la necesidad de interpretar restrictivamente el término «agraviado» de este artículo, TAMARIT SUMALLA, J.M.º: *La víctima en el Derecho penal. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Pamplona 1998, pp. 150-151.

13. Cfr. BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., p. 76. De su misma opinión, MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., L 26/55, y, siguiendo a este autor, PUENTE SEGURA, L.: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid 1997, p. 584.

14. Véase CÓRDOBA RODA: «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 169; CONDE-PUMPIDO FERREIRO: *Código penal*, cit., p. 887; MESTRE DELGADO: *La atenuante y la agravante de parentesco*, Madrid 1995, p. 23; PRATS CANUT, en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 284; GARCÍAS PLANAS, G.: «Rasgos de la circunstancia mixta de parentesco», en *Estudios Jurídicos en Memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia 1997, p. 8 (siguiendo a Córdoba Roda); GOYENA HUERTA, J., en MUÑOZ CUESTA, J. (Coord.): *Las circunstancias agravantes en el Código Penal de 1995*, Pamplona 1997, p. 206 (al parecer). En opinión de QUINTERO OLIVARES y TAMARIT SUMALLA, «la expresión "agraviado" así como la de "ofendido", es utilizada por el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal como equivalente al sujeto pasivo o titular del bien jurídico protegido, mientras que para referirse en sentido más amplio a todas aquellas personas que han sufrido las consecuencias del hecho delictivo suele servirse de la palabra "perjudicado"», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.)/VALLE MUÑOZ, J.M. (Coord.): *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, p. 568, afirmación hecha a propósito del comentario al art. 113.

delito, se discute su aplicación.¹⁵ Y la principal consecuencia que deriva de ello es la de excluir del ámbito de aplicabilidad de la circunstancia los delitos cuyo bien jurídico protegido es colectivo, puesto que en las infracciones en las que su titular es la colectividad resulta imposible de concebir la relación personal que requiere la circunstancia. Contestando esta regla solamente se encuentran algunas resoluciones que han entendido que la circunstancia es aplicable a delitos de disparo de arma de fuego, falsedades, incendio, atentado y, más recientemente, de donación de drogas.¹⁶

No obstante, desde un punto de vista material, no parece que haya razón alguna para excluir del ámbito de aplicabilidad de la circunstancia del artículo 23 las ofensas recaídas sobre el sujeto pasivo de la acción en ciertos supuestos; por ejemplo, en delitos de aborto consentido o de lesiones al feto cometidos por el marido de la embarazada, o en el delito de atentado, cuando la autoridad, su agente o el funcionario público se halle vinculado al ofensor en virtud de alguna de las relaciones a las que se refiere la circunstancia mixta.¹⁷ En ca-

sos como éstos, la especial relación con el sujeto pasivo de la acción podría justificar el que se castigara más severamente (por ejemplo, en el delito de lesiones al feto, por razones de culpabilidad) o menos (así, en los delitos de aborto¹⁸ y de atentado,¹⁹ en razón de una menor culpabilidad) que en otros en los que la relación del ofensor fuera con un extraño.²⁰ No obstante, hay que tener en cuenta que la admisión del sujeto pasivo de la acción como una clase de sujeto «agraviado» obligaría a alterar la *regla general* que rige en lo que se refiere a los delitos contra el patrimonio, pues carecería de sentido aplicar la circunstancia con efectos atenuantes en supuestos semejantes, en los que el sujeto pasivo de la acción no coincide con el sujeto pasivo del delito y resulta por completo ajeno al interés protegido en estos casos. Tal *especialidad* podría atenderse perfectamente, por lo demás, mediante los criterios que proporciona el mismo artículo 23 para determinar en el caso concreto la operatividad que se deba conceder a la circunstancia.

De modo que, hasta aquí, serían razones de individualización de la pena las que pugnarían con

15. Normalmente, tratando sobre delitos relativos a las drogas. Véanse, por ejemplo, las S.S.T.S. de 27 dic. 1991, 6 jul. 1992, 10 dic. 1992, 12 jul. 1994, 15 nov. 1996, 11 jun. 1997, 14 jul. 1997 y el A.T.S. de 29 nov. 1995.

16. Véanse las S.S.T.S. de 7 abr. 1874, 2 abr. 1886 y 12 abr. 1890 (disparo de arma de fuego, agravante: por su proximidad de contenido con los delitos contra las personas; considero, sin embargo, que por las características de su injusto, difícilmente podía hablarse de sujeto pasivo del delito con referencia al sujeto más inmediatamente puesto en peligro por los disparos), 8 jul. 1901 (falsedad documental, atenuante: la culpable pretendía con ello apoderarse de los bienes de su hermana política), 12 nov. 1902 (incendio, agravante: por participar del doble carácter contra la propiedad y contra las personas), 24 sept. 1926 (atentados, atenuante: la confianza entre los agresores y el juez les hizo desconocer el respeto que merecía su cuñado), 27 oct. 1964 (falsedades, atenuante: por tender al apoderamiento patrimonial) y 20 abr. 1993 (drogas, atenuante: basta que afecte a «personas concretas»). Confirmando, por el contrario, el criterio expuesto en el texto, entre otras, las S.S.T.S. de 10 abr. 1894 (uso público de nombre supuesto, inaplicable: por la naturaleza del delito) y de 14 dic. 1898 (usurpación de atribuciones, inaplicable: la parte agraviada es una entidad moral) y, entre otras recientes, la de 6 jul. 1992 (drogas, inaplicable: no puede conocerse quiénes van a ser los perjudicados [sic]) y los A.A.T.S. de 29 nov. 1995 (tenencia ilícita de armas y drogas, inaplicable: porque su destinatario [sic] es la seguridad general de los ciudadanos o la salud pública y no un concreto familiar del sujeto activo) y 9 jun. 1999 (drogas, inaplicable: la persona a quien iba destinada la droga no tiene la cualidad de sujeto pasivo de la acción delictiva [sic]).

17. Sobre este último ejemplo, MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., L 26/55.

18. Cfr. GARCÍA VITORIA, A.: *El tipo básico de aborto*, Pamplona 1981, p. 198, para el pariente-copartícipe, tal como estimó la S.T.S. 5 jul. 1978, en contra de la S.T.S. 29 abr. 1950.

19. Con respecto al delito de atentado, la posible eficacia atenuante de la circunstancia que se plantea en el texto (y que, probablemente con el mismo fundamento, cabría también ofrecer en algunos casos de resistencias y desobediencias a la autoridad) se refiere a aquellos supuestos en los que la conducta no ocasione la lesión de la vida, la integridad corporal o la salud (resultados perfectamente imaginables en la modalidad de «acometimiento» del delito de atentado). Pero, de ser así, no habría motivo alguno, en mi opinión, para atenuar la responsabilidad criminal, siendo más correcto proceder, en principio, conforme a la *regla general* y aplicar la circunstancia mixta como agravante en el correspondiente delito de homicidio o lesiones, con el que el delito de atentado debería concurrir. En todo caso, el problema de la eficacia que deba concederse a la relación personal en estos casos es difícil. Los supuestos en los que el agresor lleva a cabo su conducta porque se trata de un agente de la autoridad que es su pariente podrían llevar a pensar que obró con un error de prohibición acerca de la intensidad del respeto debido a la autoridad o a la orden recibida por tratarse de un pariente. Pero lo más normal será que su comportamiento haya obedecido a la creencia (o, lo que es más grave, a la pretensión) de que, precisamente, por acometer, resistirse o desobedecer a un agente de la autoridad que es su pariente, no se derivaría consecuencia penal alguna en consideración a su relación personal. De ser así, ello supondría ignorar por completo el significado funcional que posee el principio de autoridad (cfr. JUANATEY DORADO, C.: *El delito de desobediencia a la autoridad*, Valencia 1997, pp. 25 a 39) y presumir que lo adecuado en tales casos sería no propiciar por parte del pariente la persecución del delito (una creencia o una pretensión ilegítima que el Derecho penal entiendo que no debería amparar en ningún caso).

20. Considerando, por el contrario, que tanto en los delitos de aborto como en los de lesiones al feto el parentesco debería tener efecto agravatorio, GOYENA HUERTA: *Las circunstancias agravantes*, cit., p. 212.

el argumento sistemático que opone el artículo 113 del Código a la admisión del sujeto pasivo de la acción como «agraviado». Acaso, además, a tan incómodo argumento podría aún restársele alguna fuerza considerando, con Bajo Fernández, que la figura dogmática del sujeto pasivo tiende a fines muy distintos de los que pretende la Ley al recoger la circunstancia mixta, orientándose más bien a la diferenciación con el perjudicado a efectos de la responsabilidad civil, que sería precisamente por lo que se asimila, en el contexto del artículo 113, al sujeto pasivo del delito, exclusivamente.²¹

III. La naturaleza del delito

Una vez constatada la existencia de una relación de las que recoge el artículo 23 entre los sujetos «agraviado» y «ofensor» deberá decidirse la eficacia que, fundadamente, quepa conceder a la circunstancia mixta en el caso concreto de que se trate. Las posibilidades con las que, en principio, se cuenta son todas las que ofrece dicho artículo, que comprenden tanto su no aplicación como su aplicación con un sentido atenuante o agravante de la responsabilidad criminal.²² Todas estas alternativas hacen de la circunstancia mixta un singular supuesto de circunstancia *sui generis* en que se concede gran discrecionalidad al juez, pero ello resulta necesario para determinar en qué sentido debe operar a la vista de las características que presente el caso.²³

Precisamente, justificando tal amplitud, dijo Groizard que «el parentesco no tiene un círculo es-

trecho, un punto fijo, una sola regla para todos los casos, sino que, por el contrario, comprende en toda su extensión y en toda su inmensa variedad las distintas y múltiples situaciones en que los parientes suelen hallarse colocados y que a cada uno habrá que dedicar el orden de ideas que le es propio».²⁴ Y, en la misma línea, Bajo Fernández advertía que la diversidad de las variables que pueden concurrir en las relaciones parentales «cubren la conducta realizada entre parientes de una anécdota que impide la elaboración de juicios apriorísticos y generales».²⁵ En suma, las propias características de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad demandan unos amplios márgenes de operatividad que le permitan cobrar su sentido más conforme con las peculiaridades que presente el caso concreto.

Pero, ciertamente, semejante flexibilidad para adaptar la circunstancia al caso, que se debe a razones de justicia material individual, puede llegar a contradecir las exigencias de certeza y seguridad jurídica, por lo que, una vez más, vemos enfrentarse las necesidades de previsión con las garantías de la libertad de los ciudadanos. Aquéllas reclaman que la ley permanezca abierta a diversas posibilidades; y éstas, que la ley defina con la mayor precisión posible en qué sentido desplegará su eficacia llegado el caso.

Por eso, siendo consciente de las amplias facultades concedidas a los jueces y tribunales, el legislador penal siempre hizo acompañar la circunstancia mixta de unos criterios que debían orientar su tarea a la hora de decidir el carácter atenuante o agravante de la circunstancia y, de este modo, evitar en lo posible la arbitrariedad.²⁶ Así fue des-

21. BAJO FERNÁNDEZ: *El Parentesco*, cit., p. 46. Las dos únicas ocasiones en que el Código Penal utiliza el término «agraviado» son las ya señaladas en el texto (arts. 23 y 113). Pero en la misma Ley sustantiva se encuentran también referencias a la «persona agraviada», expresión que se emplea para aludir a una clase de los sujetos legitimados para perseguir determinados delitos o faltas (arts. 191.1, 201.1, 267, 620, 621.6 y 639). En estos últimos casos, indudablemente, dicha expresión tampoco comprende a los sujetos pasivos de la acción.

22. La Reforma penal de 1983 (L.O. 3/1983) cambió el sentido imperativo con que aparecía redactada la circunstancia en el art. 11 («es circunstancia que atenúa o agrava...»), en los Códigos Penales de 1870, 1932 y 1944) por el facultativo («es circunstancia que puede atenuar o agravar...»), posibilidad también prevista en el Código de 1928).

23. Las referencias a las particularidades y a las dificultades para la apreciación de esta circunstancia son abundantes en la jurisprudencia. El Tribunal Supremo, al destacarlo, incide, sobre todo, en que se requiere un examen especial de los factores que concurren en cada caso, conforme a los criterios que el propio art. 23 aporta y atento, en particular, a la naturaleza y las características del bien jurídico violado o contra el cual se atente. Véanse, por ejemplo, las SS.T.S. de fechas 24 abr. 1989 (fto. dcho. 3.º correspondiente al primer procesado); 12 feb. 1993 (fto. dcho. 2.º), 13 oct. 1993 (fto. dcho. 2.º), 12 jul. 1994 (fto. dcho. 2.º); 6 oct. 1995 (fto. dcho. 5.º) y 15 nov. 1996 (fto. dcho. 3.º).

24. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870*, Tomo I, Salamanca 1897, pp. 376-377. Téngase en cuenta que el Código Penal de 1870 solamente preveía la posibilidad de aplicar esta circunstancia como agravante o como atenuante.

25. BAJO FERNÁNDEZ: *El Parentesco*, cit., p. 37.

26. Véase, con respecto al margen de discrecionalidad con el que cuentan los órganos juzgadores para apreciar la circunstancia, CÓRDOBA RODA: «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 177 (también en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 788). Precisamente, éste es, quizá, su aspecto más discutido. Véase, por ejemplo, SÁNCHEZ-JUNCO MANS, F.J./SERRANO BUTRAGUENO, I.: «La posible inconstitucionalidad del art. 11 del Código Penal (art. 24 del Proyecto de Código Penal 1994)», en AJA, núm. 220, de 9 de noviembre de 1995 (denunciando su indeterminación); BOSCH FERRAGUT, M.: «Circunstancia mixta de parentesco y principio de legalidad», en LL, núm. 4526, de 23 de abril de 1998 (entendiéndola conciliable con tal principio), y MESTRE DELGADO: *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit., pp. 21-22 (considerándola compatible con las exigencias de seguridad jurídica).

de el Código de 1870, que inauguró la fase de eficacia mixta del parentesco (si bien sistemáticamente recogida bajo el catálogo de las «circunstancias que agravan la responsabilidad criminal»), remitiéndose a «la naturaleza y los efectos del delito» (art. 10.1^a); en el de 1928, a «la naturaleza, los accidentes y los efectos de la infracción» (art. 69); y, definitivamente, en el de 1932, a «la naturaleza, los motivos y los efectos de delito» (art. 11), expresión que se mantuvo en adelante hasta el actual artículo 23.

De estos tres criterios que han llegado hasta la Ley vigente, y de los que en definitiva depende el ámbito de aplicabilidad de la circunstancia, dos de ellos, los que llevan a atender a los motivos y a los efectos del delito, exigen decidir el carácter de la circunstancia tras examinar las respectivas particularidades del caso concreto (unas, subjetivas, relativas a los motivos y, otras, objetivas, atinentes a los efectos del delito), mientras que el que se refiere a la «naturaleza», por aludir a una *categoría* de delitos, y como ya señalé, parece que permitiría establecer algunas directrices —aunque todavía provisionales, sólo indiciarias— de un modo general y abstracto, sin necesidad de estar en ciertos casos a los accidentes particulares que pueda presentar el hecho. Esta característica que presenta la mención a la «naturaleza» hace que este criterio sea el más apto de los tres para garantizar alguna regularidad en la aplicación de la circunstancia mixta, como lo confirma, además, el que, desde la propuesta de Viada,²⁷ la «regla general» que se ha venido utilizando para orientar y decidir su efecto tenga que ver con la naturaleza de la infracción.²⁸

Efectivamente, a pesar de que, como advirtió Córdoba Roda, la alusión legal a la naturaleza «del delito» deba entenderse como una referencia al hecho concreto cometido,²⁹ dicha expresión exige comparar éste con una categoría más general de hechos cuyas propiedades puedan orientar la decisión acerca del efecto que deba otorgarse a la circunstancia. Considero que esto es así porque es un término que remite necesariamente a una clase caracterizada por un conjunto de propiedades; clase con la que habrá que comparar el hecho concreto para extraer las oportunas consecuencias. Y coincido, por eso, con Groizard, al afirmar que «naturaleza del delito quiere decir lo que le es propio, esencial, lo que constituye su especie, su género, su clase, lo que le determina y le clasifica en este o aquel grupo de hechos sancionados por la ley».³⁰ La «naturaleza» es, pues, una referencia de *clase*, que, como tal, sólo puede establecerse relacionando el hecho singular con una serie de características determinadas que la definen.

La cuestión estará, entonces, en averiguar de qué características puede tratarse. Y cabe pensar, al menos, en las dos siguientes posibilidades: en aquellas que dependan de los elementos que configuran la correspondiente figura típica abstractamente considerada (características que llamaré *típicas*) o en las que dependan del contexto fáctico que constituye el sustrato de hecho que requiere el delito (características que denominaré *situacionales*).³¹ En otras palabras: en el marco de la circunstancia mixta, la «naturaleza» del delito puede ser relacionada tanto con características del delito en abstracto (*típicas*) como con aspectos de hecho que concurren

27. Apud QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Vol. I, Madrid 1946, p. 260.

28. Véase, *supra*, epígrafe I y nota 2. Conviniendo, en el sentido apuntado en el texto, en que la naturaleza del delito «pudiera sentarse como regla de aplicación, basada en principios científicos (...)», ÁLVAREZ CID, J./ÁLVAREZ CID, T.: *El Código Penal de 1870*, Tomo I, Córdoba 1908, p. 220. Téngase en cuenta que la eficacia del criterio de la «naturaleza» debió cambiar al concederse a la circunstancia mixta la posibilidad de *dejar de tomarse en consideración* (así, en el Código Penal de 1928 y en el Código Penal, texto refundido de 1973, tras la Reforma de 1983). Mientras que el carácter imperativo de su aplicación en alguno de los dos sentidos (así, en los restantes Códigos) hacía que la «naturaleza» solamente pudiera contribuir a estimar la circunstancia como atenuante o agravante, una vez reconocida la posibilidad de que en ocasiones resultara indiferente, la «naturaleza» del delito podía determinar, incluso, su inaplicación. Esto no significa, sin embargo, que bajo la vigencia de tal mandato la circunstancia siempre fuese aplicada (la primera declaración del T.S. señalando la posibilidad de que, concurriendo todos sus presupuestos materiales, la circunstancia mixta no produjera ningún efecto se ha hallado en la S.T.S. 2 jul. 1930, apud QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Compendio de Derecho Penal*, Vol. I, Madrid 1958, p. 363). Además, fue común, excluir de su ámbito, por ejemplo, los delitos contra bienes jurídicos comunitarios, aunque no directamente a causa de su «naturaleza», sino por la imposibilidad de hallar en tales casos un «agraviado». El dotar de carácter facultativo a la circunstancia posibilitó, pues, el que en aquellos casos en los que por razones lógico-conceptuales no pudiese desecharse su aplicabilidad (por ejemplo, por poder hablar de «agraviado»), se pudiera, no obstante, decidir su inaplicación en consideración a razones de la «naturaleza» del delito.

29. Señalando que la referencia al «delito» no es una referencia a una figura legal, sino al particular hecho concreto cometido, y que «no constituye una realidad abstracta, sino concreta» (en «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 177; también en CORDOBA RODA/RODRIGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 788). Análogamente, entendiendo que el examen de la naturaleza del delito remite directamente al estudio del «hecho», la S.T.S. de 30 nov. 1942. En sentido parecido, las S.S.T.S. 24 abr. 1989, (fto. dcho. 3.º, correspondiente al primer procesado) y 6 jul. 1992 (fto. dcho. 2.º).

30. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA: *El Código Penal de 1870*, Tomo I, cit., p. 376.

31. Por más que dicha situación derive, también, de exigencias típicas que configuran el presupuesto de la aplicación del tipo correspondiente.

en una determinada infracción (*situacionales*). Las primeras pueden venir configuradas por la particular forma que adopte alguno de los diversos elementos de la estructura del delito: el bien jurídico protegido (*personal* o no; individual o supraindividual), el contenido de injusto (de lesión o de peligro), la conducta (activa u omisiva), el sujeto activo (*común* o especial), el objeto material (*personal* o no), etc. Las segundas, por circunstancias fácticas que determinan en la correspondiente infracción una posición especial de los sujetos; *especial*, en el sentido de que pueda (o deba) tener incidencia en la aplicabilidad de la circunstancia mixta.

Pues bien, de entre estas posibilidades, el criterio de la «naturaleza» siempre ha sido relacionado por la doctrina con las características *típicas* y, en particular, preferentemente, con la clase de bien jurídico protegido del delito correspondiente. Así, por ejemplo, ya J. Álvarez Cid y T. Álvarez Cid aludían —conforme a la concepción del bien jurídico de la época— a la importancia de la *índole* de los derechos vulnerados por el delito, para dotar de una u otra eficacia al parentesco.³² En la misma línea incidieron Gómez de la Serna y Montalbán al advertir de la importancia del deber infringido para atribuir al parentesco unos u otros efectos.³³ Y, más modernamente, otros autores como Córdoba Roda, Bajo Fernández, Alonso Álamo, Conde-Pumpido Ferreiro o Puente Segura, también han vinculado con el bien jurídico dicha referencia.³⁴

Desde luego, la necesidad de prestar atención al bien jurídico para determinar el sentido del parentesco se apreció pronto. Latía ya en la crítica de Pacheco al sentido unidireccional que poseía el parentesco en el Código Penal de 1848 (siempre agravante) y en su firme propuesta de dotar a dicha circunstancia de una eficacia atenuante en algunos casos. Aun no advirtiendo de

ello expresamente, en su argumentación diferenciaba el carácter que debía concederse al parentesco según cuál fuera el bien jurídico atacado por el delito, distinguiendo los delitos «que hieren directamente a las personas» (en los que la circunstancia debía desplegar, a su entender, una eficacia agravante, eso sí: siempre que fuera sobre ascendientes), de los delitos de injurias o de los delitos que «se ejecutan de modo directo sobre las cosas» (como los hurtos, las defraudaciones o los daños, para los que reivindicaba su efecto atenuante).³⁵

Y, sobre los mismos argumentos utilizados por este autor, en los que tuvo muy presentes los efectos de los que se dotó al parentesco en la parte especial del Código de 1848 (sobre todo, en el parricidio, en las lesiones de pariente y en el caso de la exención de responsabilidad criminal para determinados delitos contra la propiedad), se fue edificando el criterio que se sintetiza en lo que he venido denominando la «regla general», y que regiría en lo sucesivo, también, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia: que el parentesco debe, en principio, agravar la responsabilidad derivada de los delitos contra las personas y atenuar la de los delitos contra la propiedad cometidos sin violencia ni intimidación.³⁶ También a esta regla se llegó, pues, conectando el delito en cuestión con la clase del bien jurídico atacado, que determinaba un aspecto relevante de su *naturaleza*.³⁷ E igual vinculación se mantiene explícitamente aún por la jurisprudencia y por la doctrina, aunque con matices diversos en torno a las excepciones que cabe oponer a tal regla por distintos motivos.³⁸

Ahora bien, ¿por qué puede depender —aunque sea provisionalmente— el efecto de la circunstancia en un delito concreto de la clase de bien jurídico atacado? Desde luego, existen razones valo-

32. ÁLVAREZ CID, J./ÁLVAREZ CID, T.: *El Código Penal de 1870*, Tomo I, cit., p. 220. Como también refería la S.T.S. de 15 en. 1885.

33. GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN, J.M.: *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 10.ª ed., Tomo III, Madrid 1872, p. 58.

34. Véase CÓRDOBA RODA: «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 176 (también en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 787); BAJO FERNÁNDEZ: *El Parentesco*, cit., p. 40; ALONSO ÁLAMO, M.: *El sistema de circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid 1981, p. 742; CONDE-PUMPIDO FERREIRO: *Código penal*, cit., p. 889; y PUENTE SEGURA: *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, cit., p. 592. Con referencia a ello, también, GOYENA HUERTA: *Las circunstancias agravantes*, cit., p. 214.

35. Cfr. PACHECO: *El Código penal*, Tomo I, cit., pp. 229-231. Precisamente, el fundamentado alegato de este autor en pro de la eficacia mixta de la circunstancia de parentesco fue determinante del cambio legislativo que, en este sentido, recogió el Código Penal de 1870. Sobre esto, véase BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 35-36, y QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Madrid 1966, p. 250.

36. Refiriéndose, sobre todo, a los delitos contra las personas, ya las S.T.S. de 17 may. 1877, 7 abr. 1880, 3 feb. 1884, 3 jul. 1890, 26 dic. 1894, 19 jun. 1903 y 23 jun. 1903, entre otras de este primer período. Acerca de cómo se entendía —y aplicaba— dicha regla general, véanse las S.T.S. de 16 en. 1886 y 8 jul. 1946, entre las más explícitas.

37. Véanse, reconociendo expresamente la relación entre la naturaleza y el bien jurídico atacado por el delito, las S.T.S. de 21 abr. 1887, 14 abr. 1926 y 15 sept. 1986; con referencias, las S.T.S. de 13 oct. 1993 y 6 oct. 1995.

38. Sobre las aludidas excepciones de la jurisprudencia, véase, por todos, MESTRE DELGADO: *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit., *passim*.

rativas que parece que pueden conducir a considerar más o menos grave el atentado a un mismo bien jurídico si existe una relación personal entre ofensor y agraviado que en otro caso. De hecho, de esta relación se ha encontrado tradicionalmente un refrendo en conocidas figuras típicas (como, por ejemplo, el parricidio) y disposiciones (como la que recoge la exención de pena en los delitos contra la propiedad) de la parte especial del Código Penal. Tal diferencia de gravedad se ha solido justificar acudiendo a consideraciones de injusto (entendiendo que es distinta la gravedad objetiva del hecho), de culpabilidad (considerando que el reproche debe ser, en tales casos, diferente) o, incluso, de naturaleza político-criminal (para adecuar la pena al supuesto concreto teniendo para ello en cuenta diversas razones).³⁹ No obstante, esta diversidad de posibles fundamentos (que, probablemente, sea consecuencia de que no haya uno único, a la vista de los muy distintos criterios que ofrece el artículo 23 para determinar el efecto de la circunstancia: además de la «naturaleza», los «motivos» y los «efectos» del delito) no desmentiría, en ninguna de las opciones que ofrece, la relación de la circunstancia con el bien jurídico pro-

tegido, porque cualquiera de estas razones podría ser relacionada de algún modo con el mismo.

Desde luego, de todos los elementos del delito que cabe relacionar con su «naturaleza», es el bien jurídico protegido el que más podría aportar para guiar la dirección de la circunstancia porque es el más *cargado de contenido* para ello. En efecto, este elemento permite ver una determinada *implicación* de los sujetos activo y pasivo entre sí en un delito concreto que puede llevar a inclinar la decisión hacia la irrelevancia (cuando la relevancia de la implicación sea menor), o la relevancia -y en qué sentido- (cuando sea mayor) de la circunstancia mixta. Dicha implicación puede ser fuente decisiva de responsabilidad, aunque, como es obvio, no siempre de una responsabilidad que operará en el mismo sentido -sólo agravante o sólo atenuante- sino de «distinta» responsabilidad en comparación con la que deba exigirse en el caso de una relación delictiva entre extraños. Con otras palabras, el bien jurídico es capaz de determinar materialmente la relevancia del vínculo y su incidencia en la responsabilidad criminal porque tiene capacidad para implicar a sujetos que intervienen en la infracción entre sí.⁴⁰ Ello es así porque la

39. Aunque las opiniones siguientes deben entenderse conforme a los presupuestos dogmáticos de los que parten sus autores, consideran que la circunstancia mixta responde a razones que se hallarían en torno al injusto: CÓRDOBA RODA (en «El parentesco como circunstancia mixta», cit., pp. 175-176; también en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 787-788), MIR PUIG (en *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., L 26/53), BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Manual de Derecho penal español. Parte general*, 1.ª ed., Barcelona 1984, p. 431; PUENTE SEGURA (en *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*, cit., p. 583) y MAQUEDA ABREU (en «El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código Penal», en CPC, núm. 21, 1983, p. 712, nota 58), entre otros autores. Por su parte, entienden que el efecto de la circunstancia obedece a razones de culpabilidad, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ (en *El Parentesco*, cit., pp. 39 y 42 a 44), ALONSO ÁLAMO (en *El sistema de circunstancias del delito*, cit., p. 746) y CONDE-PUMPIDO FERREIRO (en *Código penal*, cit., pp. 886-887). Frente a los fundamentos anteriores, que son los más comunes, véase, con referencia, en general, al sistema de las circunstancias, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., p. 880, y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia 1988, p. 177. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, han basado la razón del efecto de la circunstancia mixta en el «desvalor», por ejemplo, las SS.T.S. de 5 nov. 1982 (cdo. 4.ª), 2 nov. 1984 (cdo. 1.ª), 15 sept. 1986 (fto. dcho. 1.ª), 27 dic. 1991 (fto. dcho. 5.ª), 6 jul. 1992 (fto. dcho. 2.ª), 15 abr. 1997 (fto. dcho. 6.ª), 6 may. 1997 (fto. dcho. 4.ª), aunque no es seguro que con dicha expresión aluda el T.S. sólo al injusto del hecho -y no, de alguna manera, también, al reproche personal- (véase, al respecto, en particular, la S.T.S. de 15 sept. 1986). Hablando expresamente de la culpabilidad, véanse las SS.T.S. de 22 mar. 1988 (fto. dcho. 4.ª) y 27 jun. 1997 (fto. dcho. único). Más frecuentes han sido tradicionalmente las referencias al grado de «perversidad» del autor, que se encuentran ya en las SS.T.S. de fechas: 19 sept. 1876, 16 dic. 1884, 24 may. 1889, 29 nov. 1889, 25 jun. 1892, 25 feb. 1894, 30 jun. 1894, 29 feb. 1904, 7 jun. 1915, 6 jun. 1928, 30 nov. 1942, entre otras, y, aún, entre las más recientes de 31 en. 1981 (cdo. único), 15 sept. 1986 (fto. dcho. 1.ª), 15 jun. 1994 (fto. dcho. 2.ª) y 6 may. 1997 (fto. dcho. 4.ª), aunque tampoco debe extraerse automáticamente la conclusión de que ello deba equipararse directa y únicamente a la culpabilidad (además de la explicación que se halla en algunas de las sentencias citadas, en las que se relaciona dicha «perversidad» con la mayor ofensa que constituye el ataque; véase, a propósito de ello, Díez Ripollés, J.L.: «Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito y el artículo 60 del Código Penal español», en ADPCP, T. XXX, 1977, p. 600, y ALONSO ÁLAMO: *El sistema de circunstancias del delito*, cit., pp. 743-744).

40. La idea de la «implicación» trata de expresar una suerte de injerencia del ofensor en un ámbito de alguna manera común a él y a otro(s) sujeto(s) comprometidos por el delito. Es próxima a la de «comunidad de intereses» (o «condominio familiar» de ciertos bienes) que maneja un sector de la doctrina, desde PACHECO y GROIZARD (así, QUINTANO RIPOLLÉS, en *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., cit., p. 251, refiriéndose al honor; véase, sin embargo, denunciando la inexactitud de esta fórmula en el ámbito de los delitos contra la propiedad, CÓRDOBA RODA: «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 182), y el Tribunal Supremo en alguna resolución (expresamente, por ejemplo, en las SS.T.S. de 4 jul. 1924, 14 abr. 1926 y 25 abr. 1963), pero la considero más capaz de abarcar los diversos sustratos sobre los que se pueden plantear las relaciones a las que se refiere el art. 23 con eficacia de cara a la determinación de la responsabilidad criminal del ofensor.

agresión a un bien jurídico de esa *naturaleza* por parte de un *pariente* parece que podría constituir un ataque objetivamente más o menos grave. Más grave, bien porque se considere que –en tal contexto– afecta además a otros intereses jurídico-penales –próximos a las relaciones familiares– (lo que significa que, por realizar el comportamiento un *pariente*, se ocasiona un incremento del desvalor de resultado), bien porque tal ataque haya podido realizarse con mayor facilidad y seguridad por ser, precisamente, un *pariente* el afectado –mayor confianza en el agresor, menor protección del bien jurídico frente a las agresiones que puedan provenir de él en un determinado espacio– (lo que supone que la acción del *pariente* era objetivamente más peligrosa). Y menos grave porque se pueda estimar que –en tal contexto– el ataque al bien jurídico posee una entidad menor debido a la «comunidad» en la que participan, en relación con el bien jurídico, ambos sujetos;⁴¹ y esta diversa gravedad del injusto puede determinar un diverso merecimiento de pena.

Ahora bien, esta conexión de la «naturaleza» del delito con el bien jurídico en razón de que en ocasiones éste «implica» a los sujetos de una manera especial y apta para determinar una responsabilidad criminal diversa, no permite ser hallada, desde luego, en cualquier bien jurídico, porque los hay que no tienen *capacidad* alguna para ello. Así sucede con los bienes jurídicos más próximos a los llamados *intereses difusos*, que considero de titularidad propiamente colectiva, como el orden del territorio, el medio ambiente, etc.⁴² En los delitos que tienen por objeto la tutela de bienes jurídicos de esta clase, la relación personal entre los sujetos (al margen de la dificultad para ser establecida), no tiene por qué desempeñar papel alguno en la responsabilidad criminal del ofensor. Por consiguiente, si la «naturaleza» del delito alude a

una clase de delitos determinada por las propiedades de su bien jurídico protegido, debería considerarse que la clase de los delitos que protegen bienes jurídicos difusos ha de ser excluida del ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta.

Pero, ¿son solamente aptos para orientar el efecto de la relación personal en un determinado sentido los aspectos de la «naturaleza» del delito que tengan algo que ver con el objeto protegido? La respuesta parece que debería ser afirmativa si se observa lo que subyace a los efectos que se atribuyen al *parentesco* en algunas figuras delictivas del Código. Efectivamente, en algunas de ellas se pone de manifiesto que, precisamente, es la clase del bien jurídico lo que determina la relevancia del *parentesco*. Ocurre así en los delitos que adoptan una configuración especial, en sentido técnico, por la relación personal entre los sujetos (éste es el caso, desde luego, de determinadas modalidades de los delitos de abandono de familia, menores o incapaces –arts. 226 y ss.–). En estos supuestos, y otros análogos, y con independencia de que la circunstancia del artículo 23 no pueda tener ninguna eficacia siendo que la propia figura legal ya la ha tenido en cuenta para constituir el tipo delictivo o, en su caso, para agravar o atenuar la responsabilidad derivada del correspondiente delito (*inherencia*),⁴³ el sentido que posee la relación personal entre los sujetos, bien sea tomado como *constitutivo* o sólo como modificativo de la responsabilidad, se encuentra relacionado, sin duda, con la clase del bien jurídico de que se trata.

Sin embargo, no ocurre así en otros casos. Carece de relación con el bien jurídico protegido la eficacia de la que se dota a la relación personal que determina la atenuación de la responsabilidad en los delitos de cohecho de *pariente* en causa criminal (art. 424) y de evasión de presos (art. 470.3, modalidad en la que quien proporciona la evasión es un *pariente*) y su exención en el delito de encu-

41. La referencia hecha en el texto a la «comunidad» en la que participan el ofensor y el agraviado con respecto al bien jurídico trata de destacar circunstancias que resultan difíciles de precisar, pero que serían próximas a la confianza, el hábito, la costumbre, la *familiaridad*, etc, que se advierte en las situaciones de convivencia y(o) parentesco y que pueden determinar –por así decir– una relación de los sujetos «con el bien jurídico» en la que estén presentes ciertos matices dignos de ser tenidos en consideración (no obstante, me parece dudoso que estas *especiales circunstancias* derivadas de la convivencia o el *parentesco* mantengan su posible incidencia en el ámbito del injusto y no traspasen en el caso concreto de algún modo –por ejemplo, por la vía del error– al campo de la culpabilidad del ofensor que actúa en un contexto así, en el que dichas circunstancias forman parte del contexto –objetivo y subjetivo– en el que actuó). Aunque su solución no pueda generalizarse, véase, en esta línea, la S. Aud. P. de Barcelona de 31 en. 1997, que aplicó al autor de una *violación conyugal* la circunstancia atenuante de parentesco. Comentando esta Sentencia, OUMEDO CARDENETE, M.: «Matrimonio y libertad sexual (A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 31 de enero de 1997)», en *LL*, núm. 4470, de 2 de febrero de 1998, en particular, epígrafe V. Véase, además, advirtiendo de la posible diversidad de estas situaciones en comparación con aquellas en las que se ven involucrados dos extraños, ORTS BERENGUER, E.: *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, pp. 68-69.

42. Véase mi trabajo «Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios», en el volumen «Intereses difusos y Derecho penal», C.G.P.J.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994, pp. 33 a 42.

43. Sobre esto, véase BOIX REIG, J.: *El delito de estupro fraudulento*, Madrid 1979, pp. 398-399; asimismo, BORJA JIMÉNEZ, E.: «El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal», en *ADPCP*, Tomo XLV, 1992, pp. 195-196. También, la S.T.S. 8 feb. 1946.

brimiento (art. 454). En estas figuras delictivas la Ley ha determinado específicamente el efecto que debe poseer el parentesco, precisamente, porque, de no haberlo hecho, no habría sido posible aplicar la circunstancia del artículo 23, ya que en las situaciones a las que se refieren se da una relación entre el «ofensor»⁴⁴ y un sujeto que no resulta «agraviado» sino «favorecido» por la conducta de aquél.⁴⁵ En todos estos supuestos son, pues, otros los motivos que permiten encontrar algún fundamento a los efectos que produce la vinculación personal. Dichos motivos tienen que ver, más bien, con la *situación* en la que se encuentra el sujeto *pariente*, quien, por lo demás, no tiene por qué —o, sencillamente, no puede, en muchos casos— adscribirse a alguna de las categorías que maneja la teoría del delito en relación con las personas (sujeto pasivo del delito, sujeto pasivo de la acción o, incluso, objeto material), que reclama un trato especial para el comportamiento de quien, estando vinculado a él, actúa para favorecerle.

La eficacia atribuida al *parentesco* en los delitos a los que se acaba de hacer referencia entiendo que proporciona un argumento sistemático a tener en cuenta para aquellos casos en los que podrían presentarse las mismas razones para atender al influjo en el hecho o en el sujeto de la relación personal y que, sin embargo, por un lado, desde la perspectiva tradicional de la «regla general» presentan dificultades para admitir la aplicabilidad de la circunstancia, y, por otro, no se ha previsto expresamente en la Ley efecto alguno para cuando concurra dicha relación entre los sujetos. Así sucede, en efecto, en delitos como el aborto, las lesiones al feto, en determinados supuestos de delitos relacionados con las drogas, en delitos contra la Administración pública, en delitos contra la Administración de Justicia y, quizá, en determinadas figuras delictivas contra el orden público (atentados, resistencias y desobediencias). En estos casos, además de por otras razones a las que ya aludí,⁴⁶ el ataque puede revelar un mayor o menor aprecio del agresor por sus vínculos personales con el

agraviado. Mayor, si fueron determinantes para la comisión del delito y, revelan, por ese motivo, la excepcionalidad del mismo, lo que descartaría la probabilidad de su comisión en otras circunstancias contra un extraño. Y menor, en otro caso, por poner de manifiesto una resolución delictiva que ni siquiera se detuvo ante la consideración de la relación personal con el agraviado (lo que puede motivar, a diferencia de lo que ocurriría en el caso anterior, una mayor necesidad de pena desde consideraciones de prevención especial).

En resumen: existen aspectos diversos (hasta aquí, en cuanto a las características *típicas*, el bien jurídico, y, por lo que se refiere a las características de contexto, la determinada situación personal en que se halla un *pariente*) que pueden condicionar el régimen de la responsabilidad criminal del interviniente en un delito, y que, por ser característicos de algunas infracciones, puede considerarse que pertenecen a su respectiva «naturaleza». Siendo así, puede afirmarse que el criterio de la «naturaleza» del delito que el artículo 23 del Código Penal exige tener en cuenta para determinar la eficacia de la circunstancia mixta, no tiene por qué remitir exclusivamente a la clase de bien jurídico protegido, sino que, como se extrae del análisis sistemático, puede también aludir a otros aspectos característicos de la correspondiente figura delictiva, que asimismo habría que examinar. De este modo, las propiedades que caracterizan la clase de delitos a que se alude con la expresión «naturaleza» debe entenderse que las integran las circunstancias que razonablemente reclaman en el caso concreto, y por razones puramente valorativas, una u otra eficacia del *parentesco*, o, incluso, ninguna.

Esta conclusión resulta demasiado vaga como para poder contribuir a establecer regla general alguna, pero no existen motivos para dejar de considerar que se trata de una vaguedad deliberadamente pretendida por la Ley. El criterio de la «naturaleza» más que servir para proporcionar alguna fijeza abstracta y general con respecto al ámbito de aplicabilidad de la circunstancia,⁴⁷ vendría a introdu-

44. Que considero que debe entenderse en el sentido de «ofensor» del «agraviado» y no como «ofensor» del ordenamiento jurídico.

45. Esta afirmación no debe llevar a suponer que la relación personal en estos delitos posee el papel de una mera «circunstancia», pese a estar incorporada a una figura típica especial con carácter constitutivo. Sobre este problema, en general, véase ALONSO ÁLAMO: *El sistema de circunstancias del delito*, cit., pp. 280 a 285 y 287 a 290. También, MAQUEDA ABREU: «El error sobre las circunstancias», cit., pp. 704 a 709.

46. Me refiero a las relativas a la gravedad del injusto (véase *supra*), que podría considerarse que inciden en algunos de los delitos citados, como el aborto o las lesiones al feto. A propósito del fundamento del parentesco, véanse las reflexiones de MORALES PRATS en su trabajo «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación y cuestiones técnico-jurídicas» (en «Delitos contra la vida e integridad física», C.G.P.J.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXI, Madrid 1995, en particular, pp. 255 a 269), que comparto en su mayoría.

47. Véase, también en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 41 a 43. Breve e indirectamente, también, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ARROYO ZAPATERO, L./FERRÉ OLIVÉ, J.C./SERRANO PIEDECASAS, J.R./GARCÍA RIVAS, N.: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, 2.ª ed., Barcelona 1999, p. 322.

cir —en contra de lo que cabía prever— unas extraordinarias posibilidades de justicia individual en el caso concreto.

IV. El tratamiento jurisprudencial del *parentesco* en los delitos relativos a las drogas

De todos los delitos sobre los que la Ley no se pronuncia acerca de la eficacia concreta que deba poseer el *parentesco* y que escapan, además, del que tradicionalmente se ha considerado su ámbito «propio» (delitos *contra las personas* y *contra el patrimonio*), es en los relativos a las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los que en la práctica judicial se plantea con mayor frecuencia relativa el problema del efecto que deba concederse al vínculo personal de los sujetos.

Debido a las dificultades que ello ofrece, la moderna jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre estos delitos muestra el ensayo de diversas posibilidades para atender a su incidencia en la responsabilidad criminal del autor o del partícipe. Y, lejos de valerse de regla general alguna, pone de manifiesto un esfuerzo de fundamentación —muy notable, incluso, en ocasiones— de la vía por la que considera que debe darse entrada a la eficacia de la relación entre los sujetos en la individualización de la pena. De lo dicho hasta ahora se deduce que el papel que desempeña la relación parental, conyugal o *análoga* entre las personas involucradas en determinados delitos relativos a las drogas tóxicas viene recibiendo, pues, un tratamiento muy desigual en la jurisprudencia más reciente.⁴⁸

Efectivamente, partiendo de unos hechos semejantes (cuya estructura estándar sería la de intento de entrega —o entrega— de una pequeña cantidad de droga a una persona —a menudo, detenida o presa— con la que se mantiene alguno de los vínculos que exige la circunstancia mixta), en unos casos, el Tribunal Supremo declara el carácter *extraño* de la circunstancia en esta clase de delitos y estima, por eso, su inaplicación; en otros, la aplicación con ca-

rácter atenuante del *parentesco* o, precisamente debido a su inaplicación, de una circunstancia análoga a ésta (art. 21.6.ª; incluso, como muy cualificada); y, finalmente, en otros más, resuelve que se trata de una conducta impune, por diversas razones. Veamos, a continuación, con qué fundamentos llega a estas diversas conclusiones.

La opinión de que la circunstancia mixta a la que se refiere el artículo 23 carece de toda virtualidad en el ámbito de los delitos relativos a las drogas, puede considerarse que representa una dirección jurisprudencial consolidada. El Tribunal Supremo ha expuesto expresamente en varias de sus resoluciones que la razón para excluirlos se debe a que en dichos delitos no es posible hablar de «agraviado» y, en consecuencia, tampoco existe materia para contemplar vínculo *parental* alguno de los que requiere el artículo 23. La ausencia de «agraviado» la basa en que se trata de infracciones que atentan contra la colectividad (que sería el sujeto pasivo del delito), y no contra una persona determinada con la que se pueda contar para examinar el presupuesto de la relación personal con el «ofensor».⁴⁹ Alternativamente, en alguna ocasión se ha referido a que lo impide su carácter de delitos de peligro, y no de daño, pues esto imposibilita a juicio del Tribunal el que pueda conocerse «quién o quiénes en definitiva iban a ser los perjudicados en su salud al consumir la droga tóxica».⁵⁰ Pero la no adaptabilidad de la circunstancia mixta a estos supuestos no cierra, sin embargo, otras posibilidades de tener en cuenta la relación personal entre los sujetos, como después veremos.

En suma, el Tribunal Supremo considera que la imposibilidad de aislar a una persona física determinada como «agraviado» es lo que impide plantear, siquiera, la aplicabilidad de la circunstancia mixta del artículo 23. Naturalmente, a tal planteamiento subyace la idea de que es «agraviado» el sujeto pasivo del delito, categoría que en los delitos contra la salud pública entiende una jurisprudencia constante —y una doctrina mayoritaria— que está configurada por la colectividad.⁵¹

48. Constatándolo también, con cita de alguna de las sentencias que comentaré seguidamente, TAMARIT SUMALLA: *La víctima en el Derecho penal*, cit., p. 153 (nota 13).

49. En este sentido, véanse el A.T.S. de 29 nov. 1995, (fto. dcho. 2.ª, correspondiente al primero de los recurrentes) y las S.S.T.S. de 15 nov. 1996, (fto. dcho. 3.ª), 11 jun. 1997, (fto. dcho. 3.ª), y 14 jul. 1997, (fto. dcho. 3.ª).

50. Así, la S.T.S. de 6 jul. 1992, (fto. dcho. 2.ª).

51. Sobre ello puede consultarse mi trabajo: *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Pamplona 1996, pp. 186 a 217 y 231 a 237; manteniendo, por el contrario, una perspectiva individual del bien jurídico (pp. 241-245). El replanteamiento del bien jurídico en los delitos contra la salud pública no permitiría, sin embargo, salvar la dificultad esencial que resulta de la indeterminación del sujeto pasivo del delito, ya que —pese a que debiera desaparecer desde la configuración individual del bien jurídico— dicha indeterminación considero que permanece a causa del ataque característico de estos delitos, constituido por el peligro *general* o *común* que representan sus conductas (véanse, en particular, las pp. 246 a 249 del trabajo citado).

No obstante, podría llegarse a la solución contraria de seguirse las tesis que bajo la expresión «agraviado» dan cabida, también, al sujeto pasivo de la acción, y considerando que lo es la persona a quien está destinada la sustancia tóxica o a quien, efectivamente, ésta se hace llegar. Pero, dado que en muchos de estos supuestos la entrega de la droga va encaminada, precisamente, a aliviar al sujeto los previsibles padecimientos que le ocasionaría el cese de su consumo, en contra de esta última solución se podría cuestionar si tal sujeto poseería el carácter de «agraviado» en sentido gramatical (en su significado de «afectado» por el delito),⁵² que exige la circunstancia mixta, pues, tal vez, pudiera ser visto, más bien, como «favorecido» por la acción del «ofensor». Ahora bien, si se adopta esta perspectiva, por la misma razón -u o otras análogas- habría entonces que entender que tampoco con respecto a los demás sujetos, miembros de la colectividad, el delito supondría afección alguna, con lo cual sería puesto en cuestión el propio contenido del injusto típico. Como resulta obvio, este punto de vista no resulta sostenible desde la perspectiva de la tutela de que parte la Ley penal por lo que se refiere a los delitos contra la salud pública, que no se identifica con la protección del bienestar subjetivo instantáneo de un sujeto, sino que apunta, yendo más allá, a un estado que en este contexto se relacionaría teleológicamente con la abstinencia en el consumo de tales sustancias, que parte de considerar -con independencia de su coherencia material con el tráfico lícito de otras no menos dañinas- perjudiciales para la salud.⁵³ En conclusión, pues, desde la lógica desde la que se concibe el injusto por la Ley, no existe ningún obstáculo para entender que el sujeto pasivo de la acción en los delitos relacionados con las drogas resulta agraviado por las conductas de donación de estas sustancias.

Entendiéndolo así, y oponiéndose a la tendencia manifestada en la línea jurisprudencial anterior, partiendo, precisamente, de una concepción amplia del término bajo el que se acoge al sujeto pasivo de la acción como «agraviado», la Sentencia de 20 de abril de 1993 apreció la circunstancia mixta como atenuante en un caso de suministro de droga, por parte de su pareja de hecho, a una persona que padecía el síndrome de abstinencia.

Razona el Tribunal Supremo su decisión señalando que aunque por su naturaleza de peligro el delito de tráfico de drogas no requiere ningún resultado lesivo concreto, ello «no obsta a que las conductas individuales afecten a personas concretas».⁵⁴ En este sentido -continúa la Sentencia-, «no cabe discutir que la salud potencialmente afectada por la conducta del acusado era -en el presente caso- la de su compañera (...) con la que vivía habitualmente» y, por lo tanto, «podría considerarse agraviada a la misma por la conducta del acusado» (fto. dcho. 2.º). En este caso, el Tribunal se vio obligado a realizar, además, un considerable -e interesante- esfuerzo para deslindar las razones a las que respondía la compatibilidad de la circunstancia mixta y la circunstancia atenuante de estado pasional (art. 9.8.ª del Código Penal anterior), que aplicó la sentencia de la instancia. Al respecto, consideró que la concurrencia de la circunstancia mixta se basó en la relación de afectividad que unía al acusado y a su compañera que, «con independencia de la posible incidencia (...) en la perturbación anímica», fue la que dotó de contenido en este caso a la atenuante de estado pasional.

Con todo, esta resolución es absolutamente excepcional. Como ya señalé, se puede afirmar que si alguna regla hay en esta materia es la de que el *parentesco* no puede aplicarse en los casos referidos. Pero ello no impide que se reconozcan por otros medios ciertos efectos a la relación personal entre los sujetos. Así lo entiende el Tribunal Supremo, que en diversas sentencias ha admitido que puede servir de base para apreciar su incidencia atenuante bajo la cobertura formal de otras circunstancias. El expediente alternativo más próximo, pero no el único, es el que ofrece la circunstancia de análoga significación, 6.ª del artículo 21, al que se ha acudido en algunas ocasiones mediante una construcción de la analogía no siempre basada en el mismo criterio para determinar la semejanza de significación. Unas veces, se ha aplicado con base en la analogía de la situación con la que recoge la circunstancia de *parentesco* del artículo 23; y otras, relacionándola con un estado de necesidad incompleto, acudiendo al artículo 21.1.ª.

Por lo que se refiere al primer expediente, acogiendo la Sala a que, como ha declarado en otras ocasiones, «en cada caso habrá de valorarse si la circunstancia de parentesco determina un

52. Cfr. *supra*, epígrafe II.

53. Véase BOIX REIG, J., en VIVES ANTÓN, T.S./BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: *Derecho penal. Parte especial*, Valencia 1993, pp. 327 y 328.

54. Véase, sin embargo, el A.T.S. de 9 jun. 1999, señalando que el destinatario de las drogas no puede ser considerado el sujeto pasivo de la acción (*sic*) (fto. dcho. 1.º), como ya indiqué (cfr. nota 16).

mayor o menor reproche social (*sic*) o es irrelevante», ha considerado indudable que en determinados supuestos (intento de hacer llegar heroína a familiares ingresados en un centro penitenciario) «el acto de tráfico de drogas merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria –aunque mal entendida– de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar, y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un pariente».⁵⁵

Sin embargo, dos son, al menos, las preguntas que suscita esta solución. En primer lugar, la relativa a si la circunstancia de análoga significación resulta aplicable a supuestos que presentan analogía no con las circunstancias «anteriores» sino con una que, sistemáticamente, es «posterior». Y, en segundo lugar, qué se opone a la aplicación directa de la circunstancia mixta en tales casos. Esta última cuestión remite a los mismos argumentos a que se enfrenta la aplicabilidad de la circunstancia mixta en esta clase de delitos; y a ellos podría contestarse con los que fundamentan la posibilidad de considerar «agraviado» al sujeto pasivo de la acción. Ambos han sido ya expuestos con anterioridad, por lo que la respuesta queda en este momento remitida.

Volvamos, entonces, sobre el marco de referencia de la atenuante de análoga significación. La doctrina dominante advierte, por lo general, de lo limitado de la referencia de la Ley a las circunstancias «anteriores», pero, considerando que la atenuante *analógica* no debe (aunque, en ocasiones, pueda)⁵⁶ constituirse en una simple *atenuante incompleta*, sino que debe atender a la similitud de su fundamento con el de alguna de las demás circunstancias atenuantes, entiende que debe superarse la razón meramente formal de su ubicación sistemática y extenderse su efecto también sobre la mixta, situada en un artículo posterior.⁵⁷ En todo caso, como advierte Mir Puig,⁵⁸ esta posición exige partir de la admisibilidad de la analo-

gía *in bonam partem*, pues la razón para entender abarcada la circunstancia mixta pese a la referencia textual a las circunstancias «anteriores», pasa por estimar que la significación de la circunstancia del artículo 23 es análoga, a su vez, a la que posean las circunstancias recogidas en el artículo 21. (Aunque la doctrina mayoritaria acepta aquel presupuesto, ciertamente, los términos del artículo 4 del Código permiten razonablemente dudarle, como afirma Vives Antón.)⁵⁹

En verdad, y en general, la circunstancia de análoga significación sitúa al intérprete ante el dilema de optar, bien por considerar que alude a la *análoga significación atenuante a la que posee alguna de las circunstancias del artículo 21* (lo que supone una suerte de petición de principio, ya que teniendo en cuenta el tenor del art. 4, sólo tienen «significación atenuante» las expresamente previstas en el art. 21), bien por entender que la *análoga significación* se refiere a la coincidencia de (sólo) alguno(s) de los elementos que las componen en cada caso (lo que significa que deberían admitirse «atenuantes incompletas», y, en consecuencia, que se convertiría al art. 21.6.^a en una especie de art. 21.1.^a, pero con respecto a las atenuantes, configurándose, de este modo, un «segundo nivel» de atenuación de iguales efectos que el «primero» pero de menor entidad material para atenuar la pena). Y, si la primera opción resulta difícil de asumir por imperativo de la reserva de ley (pues téngase en cuenta que supondría enervarlo casi por completo), la segunda es inaceptable.⁶⁰ Así, pues, ninguna de las interpretaciones que, a mi modo de ver, pueden hacerse de la circunstancia 6.^a del artículo 21 permite encontrar una integración del todo satisfactoria de la *análoga significación* que requiere.

No obstante, teniendo que dotar de algún sentido a la circunstancia *analógica*, de entre las dos, la primera opción parece la más próxima al sentido gramatical del enunciado del artículo 21.6.^a. Como convienen tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias, la analogía debe referirse al similar fundamento, o a la cualidad o entidad

55. En este sentido, e idénticas, las SS.T.S. 11 jun. 1997 (fto dcho. 3.^o) y 14 jul. 1997 (fto dcho. 3.^o).

56. Cfr., VALLE MUÑIZ, J.M., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 213. Este carácter incompleto de la circunstancia en el caso concreto fundamentó su aplicación analógica en las sentencias citadas.

57. En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., p. 84; CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 534; GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, p. 285 (y nota 179); ORTS BERENGUER, E.: *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9, 10.^o del Código Penal)*, Valencia 1978, pp. 104-106; MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., cit., L. 25/53; TERRADILLOS BASOCO, J.: «Incidencia de la posición o situación personal, pública y privada, en la responsabilidad criminal», en «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», C.G.P.J.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1995, p. 80.

58. *Op. et. loc. ult. cit.*

59. Véase VIVES ANTÓN, T.S. en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.): *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. I, Valencia 1996, p. 58.

60. Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., cit., p. 169 y nota 49.

de la circunstancia en comparación con los de las demás circunstancias que recoge el artículo 21; y no a la similitud de sus elementos con los de alguna de las mismas.⁶¹

Pero, con ello, el problema aún no queda resuelto, porque, aceptado ésto, falta todavía determinar si dicha circunstancia *análoga* resulta, o no, extensible para dar cobertura a los supuestos análogos a los del artículo 23. Como antes avanzaba, la respuesta no puede ser afirmativa si se intenta ser, al mismo tiempo, riguroso con los términos de la Ley. Pero, si la analogía debe establecerse mediante la comprobación del fundamento de la correspondiente circunstancia, puede ocurrir que, siendo el fundamento de la circunstancia mixta análogo al de alguna de las recogidas en el artículo 21, sea, en efecto, apreciable una circunstancia atenuante *análoga* sobre la base del *parentesco*. Ahora bien, en tal caso, la circunstancia no sería análoga a la de *parentesco*, sino a alguna de las que el mismo artículo 21 señala; es decir, sería análoga a alguna de las «anteriores» tal como requiere la circunstancia 6.^a

Este planteamiento, en realidad, cuestiona la necesidad de plantear el problema de la aplicabilidad de la circunstancia 6.^a del artículo 21 a casos análogos a los contemplados en el artículo 23, pudiendo ser resueltos mediante la aplicación de la circunstancia *análoga* con referencia a alguna de las «anteriores», si compartieran un análogo fundamento. Y esta posibilidad, a mi juicio, se pone de manifiesto en el fondo de algunas de las diversas fórmulas empleadas por el Tribunal Supremo para individualizar la pena en los casos a los que me vengo refiriendo, pues, junto a la que ahora examinamos, y que supone forzar la dicción legal, se acude también a otras en casos en los que -pese a lo similar de los supuestos de hecho-, la analogía se articula, como veremos seguidamente, a partir de otras circunstancias, con

unos fundamentos que, sin embargo, son muy semejantes entre sí.

Precisamente, el segundo cauce de aplicación de la circunstancia de análoga significación discurre estableciendo la analogía de la situación, basada en la relación entre los sujetos, con un estado de necesidad incompleto (art. 21.6.^a, en relación con la 1.^a del mismo artículo y con la 5.^a del art. 20). En los casos en que el Tribunal Supremo ha optado por esta solución, se trató de unos hechos también muy similares: intento de hacer llegar droga (heroína) a un familiar interno en un centro penitenciario, sin que constara el padecimiento por éste de un síndrome de abstinencia. En ellos, habiendo resuelto la Audiencia Provincial absolver a las (siempre) procesadas, el Tribunal Supremo casa las correspondientes sentencias y dicta otras, condenándolas respectivamente como autoras de un delito de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, concurriendo la circunstancia atenuante *análoga* de eximente incompleta de estado de necesidad, que estima como muy cualificada.⁶²

Considera el Tribunal en estas resoluciones que la construcción de la circunstancia de análoga significación «es viable en cuanto cabe deducir que, pese a la no previsión específica legal, a la falta de expresión literal, el supuesto se halla inmerso en la voluntad legislativa (*sic*)». Y que su estimación posibilita «alcanzar la mejor y más acertada individualización de la pena» en casos como éstos, en los que no cabe duda que la actuación tuvo una motivación humanitaria dirigida a la evitación de un mal ajeno que «si bien podía ser paliado de otros modos, para la inculpada se ofreció éste como más expeditivo, aun a costa de lesionar un bien jurídico digno de apreciación». Por todo lo cual concluye declarando que «es de apreciar la atenuante *análoga* de que se ha hecho mención, que se aplicará como muy

61. Véase, por todos, ORTS BERENGUER: *Atenuante de análoga significación*, cit., p. 73; también, del mismo autor, «Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código Penal de 1980», en *CPC*, núm. 14, 1981, p. 260, donde, a propósito de la supresión de la referencia a «las anteriores» en el Proyecto de 1980, afirma: «Tanto da que se consideren atenuantes cualesquiera otras de análoga significación que las anteriores, como cualquiera otra de análoga significación a secas. No se ensanchan, en principio, las posibilidades de prohiar nuevas atenuantes. Es obvio que las que se invoquen habrán de poseer un significado análogo al de las anteriores, lo que no es intercambiable por afinidad con una circunstancia en particular en su morfología propia», aunque reconociendo la mejor adaptación del texto del Proyecto para dar cabida a la circunstancia análoga de parentesco, que también figuraba como «posterior» (p. 261). Véase, por último, con referencia a otras resoluciones en el mismo sentido, la S.T.S. 10 nov. 1998. Debe tenerse en cuenta, pese a todo, que la necesidad de la aplicación análoga de una circunstancia proviene, precisamente, del hecho de que en una situación dada falta alguno de los elementos que exige la Ley para atenuar la responsabilidad por aplicación directa de alguna de las que se recogen en el artículo 21.

62. Esta posibilidad de apreciarla como muy cualificada se acepta sin discusión en la actualidad. Sin embargo, coherente con el entendimiento de la atenuante *análoga* como una atenuante morfológicamente incompleta, el Tribunal Supremo la rechazó durante mucho tiempo, pues no veía de qué modo podía llegarse a considerar privilegiada una atenuante que, en realidad, se concebía como «disminuida». En particular, sobre esta polémica jurisprudencial, véase RÍO FERNÁNDEZ, L. del: «Atenuantes por analogía», en «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», C.G.P.J.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1995, pp. 355 y ss.

cualificada en atención a las circunstancias del hecho y de la inculpada». ⁶³

La Sala estima que en los casos planteados «no existen los datos precisos para apreciar, siquiera en grado de incompleta, la eximente de estado de necesidad». Ciertamente, reconoce que no consta la existencia «de una situación de sufrimiento o angustia derivada de la carencia y sí tan sólo la vaga alusión a la condición de toxicómano del destinatario», ⁶⁴ lo que significa negar la necesidad abstracta (la mera necesidad de acción salvadora) que requiere la circunstancia eximente (art. 20.5.ª), e, incluso, como se afirma en estas Sentencias, la eximente incompleta (art. 21.1.ª). ⁶⁵ Igualmente, se niega la necesidad concreta (la imposibilidad de resolver la situación por otros medios menos lesivos), al decirse «si bien podía ser paliado de otros modos» (¡aludiendo a los tratamientos médicos para lograr la deshabituación del adicto!).

¿Podía aplicarse, entonces, una atenuante *analógica* a la del artículo 21.1.ª? Desde luego, en estas resoluciones el Tribunal Supremo muestra suficientemente la falta de los elementos que requiere la eximente incompleta, pero, según vimos ya, la atenuante *analógica* no puede fundarse, sin más, en tal carencia de requisitos, sino en la existencia en un caso concreto de razones análogas a las que se observan en alguna de las circunstancias atenuantes del artículo 21. Pues bien, una vez repasadas las carencias de los supuestos a los que se refieren con respecto a lo que exige el estado de necesidad eximente o atenuante, el Tribunal Supremo basa la aplicación de la circunstancia *analógica* en el hecho de que la acusada «obró movida ante la situación de angustia de su marido, que era toxicómano por aquellos tiempos, y a fin de calmar los síndromes de abstinencia que pudiera sufrir» ⁶⁶ o «tuvo una motivación humanitaria dirigiendo su acción —en su sentir y pensar— hacia la evitación de un mal ajeno que si bien podía ser paliado de otros modos, para la inculpada se ofreció éste como más expeditivo, aun a costa de lesionar un bien jurídico digno de apreciación». ⁶⁷

La semejanza de este argumento (que es el que se ofrece como el definitivo para la conclusión) con el empleado en las Sentencias de fechas 11 de junio y 14 de julio de 1997 para sustentar la aplicación de la circunstancia analógica a la de parentesco, es evidente. En estas últimas se decía: «por mover a la primera (*sc.* donante) una motivación altruista o humanitaria —aunque mal entendida— de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar [en ambos casos, toxicómano], y por haberse arriesgado la donante a ser detenida y sometida a proceso, sólo por proporcionar un alivio momentáneo a la drogadicción de un paciente».

Ello aproxima, por un lado, la razón de la atenuación en ambos casos al mismo tiempo que, por otro, alude a las motivaciones que llevaron a actuar de ese modo a las procesadas. Se reconoce así lo *natural* de la tendencia en casos semejantes a *auxiliar* a las personas con las que se tiene una estrecha relación de parentesco, conyugal o análoga, con lo que la razón última de la atenuación se acerca a consideraciones orientadas preferentemente al ámbito de la culpabilidad.

También participan de este fundamento las razones que se encuentran en la base de otra de las soluciones dadas por el Tribunal Supremo a estos supuestos-tipo. Me refiero a la circunstancia atenuante de *motivo pasional* (art. 9.8.ª C.P. 1973; art. 21.3.ª C.P. 1995), que se estima en algunas sentencias en las que los hechos consistieron en el intento de entrega de droga (heroína) a un familiar o a una compañera sentimental que, en algunos de los casos, padecían el síndrome de abstinencia. ⁶⁸

Esta solución se razona por el Tribunal, en uno de los casos, con base en la «grave afectación psíquica» de la procesada «ante la angustiada situación de su hijo» (S.T.S. 13 jul. 1993, fto. dcho. 2.º), que constituyó un estímulo poderoso para producir «una alteración de su normalidad en cuanto a la capacidad de comprender el alcance de su conducta y que movió su voluntad a buscar aquello que aparecía como el remedio inmediato». La motivación impulsora y, lo que es más importante,

63. Se trata de las SS.T.S. de fechas 18 sept. 1997 (fto. dcho. 2.ª) y 3 nov. 1997 (fto. dcho. 4.ª), también, con idénticas palabras. Además, véase la S.T.S. de 4 jul. 1997, llegando a la misma conclusión.

64. Tal situación de síndrome carencial ha reconocido el T.S. (S. 13 jul. 1993, fto. dcho. 2.ª) que podría integrar el «mal que amenaza» del estado de necesidad al encerrar un peligro para el propio sujeto afectado (riesgo de suicidio) o para terceros (riesgo de agresiones).

65. Véase MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., L 17/60.

66. En la S.T.S. 4 jul. 1997 (fto. dcho. 4.ª de la segunda sentencia).

67. Así, en las SS.T.S. 18 sept. y 3 nov. 1997 con idénticos términos (respectivamente, ftos. dcho. 2.ª y 4.ª).

68. Véanse las SS.T.S. 6 nov. 1992, 20 abr. 1993 y 13 jul. 1993. En la primera Sentencia y en la tercera se apreció la circunstancia como muy cualificada. En ninguno de los tres casos el destinatario de la sustancia tóxica se encontraba detenido o preso y en los dos últimos consta que sufría ya el síndrome de abstinencia.

perturbadora de la acción del autor también se constató en los otros casos. Y, en particular, en una de las restantes sentencias se hizo recaer el desencadenante del estado de perturbación anímica en el «lamentable estado» en que se hallaba la destinataria de la droga y en el hecho de que ésta hubiera solicitado una dosis (S.T.S. 20 abr. 1993, fto. dcho. 2.º).

Como ya indiqué, en esta última resolución el Tribunal hubo de conciliar los argumentos para aplicar, además de la circunstancia *de estado pasional*, la atenuante de parentesco.⁶⁹ Dicha compatibilidad es admitida, en general, por un sector doctrinal,⁷⁰ aunque suele advertirse que en el caso concreto se habrá de examinar si valoran un mismo accidente y en el mismo sentido. Naturalmente, el examen deberá extremarse si se estima que ambas circunstancias poseen igual fundamento, pues en este caso solamente podrán considerarse ambas aplicables si inciden de un modo distinto en el hecho, en el autor o en otras razones a las que se considere que pueda responder.

En el caso de esta Sentencia, el Tribunal parte –conforme al repetido entendimiento jurisprudencial de esta circunstancia– de que «se fundamenta en el incremento o disminución del desvalor de la conducta del acusado, en atención a la relación personal existente entre el mismo y la persona agraviada» y, considerando que «la relación existente (entre el acusado y la destinataria de la droga) implica un menor desvalor de la conducta del primero, que si la misma hubiera tenido lugar con personas extrañas», concluye que no se produjo una doble valoración de un mismo sustrato fáctico al estimar aplicables las dos circunstancias atenuantes. Por una parte, afirma que el parentesco tiene en cuenta sustancialmente la relación de afectividad que unía al acusado y a su compañera, en tanto que, por otra, considera que la Audiencia tuvo en cuenta fundamentalmente «el estado en que el acusado vio (a su compañera), encerrada en casa de sus padres, tratando de deshacerse del

consumo de drogas, bajo el síndrome de abstinencia y solicitando una dosis, lo que –según se reconoce en el relato de hechos probados– perturbó gravemente el ánimo del acusado», argumentación que considera correcta ya que se trata de «dos hechos distintos (la relación personal que les unía, en el primer caso, y el lamentable estado en que se encontraba la mujer bajo el síndrome de abstinencia, en el segundo)».

Con respecto a los argumentos que añade el Tribunal Supremo a los de la Audiencia Provincial para confirmar su posición, debe repararse en dos aspectos. En primer lugar, en las dificultades para apreciar que la conducta del sujeto poseyera, a diferencia de lo que afirma el Tribunal, un «menor desvalor». Todo parece indicar que esta idea obedece a que, como recoge la sentencia de la Audiencia, la relación personal «operó como un elemento éticamente positivo», lo que, de ser así, resultaría rechazable como determinante de un menor injusto objetivo por basarse únicamente en los contenidos éticos de las acciones u omisiones punibles.⁷¹ En segundo lugar, como advertí anteriormente al tratar de esta misma resolución a propósito de la aplicación de la circunstancia mixta, el Tribunal no se resiste a reconocer la posibilidad de que la relación personal de afectividad pudo haber influido en este caso en la perturbación anímica del acusado; algo que no empecería, según entiende, alcanzar dicha conclusión.⁷² Sin embargo, de ser efectivamente así, las dificultades para no ver una doble valoración de un mismo hecho accidental son, en mi opinión, notorias. Precisamente, si la vinculación de los sujetos –en este caso, con un reconocido contenido material de afecto e interés por la otra persona– hubiese sido el estímulo determinante (a diferencia de lo que hubiera ocurrido de tratarse de un extraño) del estado pasional, la relación personal debería haberse considerado únicamente el sustrato material de dicho estado y, por lo tanto, lo correcto habría sido apreciar únicamente la concurrencia de la

69. Véase *supra*. También en las SS. 6 nov. y 25 nov. 1992, admitió la compatibilidad entre ambas circunstancias. En el mismo sentido, las SS.T.S. 21 mar. 1878 (parentesco agravante) y 15 en. 1886 (parentesco atenuante). Véanse otras referencias jurisprudenciales en BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 80 a 82.

70. Así, CÓRDOBA RODA: «El parentesco como circunstancia mixta», cit., p. 183 (también en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, cit., p. 794); BAJO FERNÁNDEZ: *El Parentesco*, cit., pp. 79 y 81-82; MATAJÚN EVANGELIO, A.: *La circunstancia atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*, Valencia 1999, p. 382.

71. No obstante, reconociéndolo así, la S.T.S. 11 jun. 1997 (fto. dcho. 3.º), al decir: «merece menor reproche social por la relación de parentesco entre la donante y el donatario, por mover a la primera una motivación altruista o humanitaria (...) de satisfacer el deseo de consumo de droga de su familiar» (fto. dcho. 3.º). Véase, también con el argumento del menor desvalor de la conducta basado en el mismo dato, la S.T.S. 20 abr. 1993 (fto. dcho. 2.º).

72. Al afirmar: «Todo ello, con independencia de la posible incidencia de la relación personal de afectividad en la perturbación anímica del acusado, que, en modo alguno, puede confundirse con la causa principal de ésta que, como se ha dicho, fue la contemplación del lamentable estado en que se encontraba (la destinataria de la droga)» (fto. dcho. 2.º).

circunstancia 8.^a del artículo 9.⁷³ El Tribunal Supremo reconoce que, sin embargo, debe llegarse a esta última solución si los estímulos que impulsaron el hecho fueron poderosos y determinaron la apreciación de la circunstancia como muy cualificada, pues en tales casos el parentesco debería considerarse irrelevante.⁷⁴

Hasta aquí, se han analizado algunas de las soluciones que aplica el Tribunal Supremo con respecto a la especialidad que la relación personal entre los sujetos puede considerarse que aporta a unos hechos muy similares entre sí. Como hemos visto, en estos casos se opta por dotar de una eficacia atenuante a las circunstancias presentes, entre las que el *parentesco* se ve que desempeña, efectivamente, un singular papel, por conferir a los comportamientos de donación de drogas –en el contexto de todos los demás accidentes del hecho– un «especial sentido» que se valora de este modo. Sin embargo, en otros casos muy semejantes a éstos –prácticamente idénticos–, ha habido pronunciamientos más absolutos, declarando bien la impunidad de las conductas, bien su carácter perfectamente delictivo, sin paliativo alguno. A estas resoluciones me referiré a continuación.

Efectivamente, un considerable número de sentencias del Tribunal Supremo aprecia en los casos de entrega de drogas a familiares, cónyuges y *compañeros sentimentales*, la impunidad de la conducta; aunque no sólo debido a la relación personal, pues ésta no excluye por sí sola –ha dicho el Tribunal– la tipicidad de la conducta.⁷⁵ Dicha posición es, por el contrario, una manifestación más del meritorio esfuerzo de la jurisprudencia

de estos últimos años –destacado, en particular, por Maqueda Abreu y Joshi Jubert–,⁷⁶ para paliar las deficiencias más graves y las torpezadas más alarmantes que presentan las figuras legales que recogen los delitos de tráfico de drogas, concebidas para castigar severa e indiscriminadamente cualquier conducta que, de uno u otro modo, promueva, favorezca o facilite el consumo de estas sustancias.⁷⁷ El Tribunal Supremo ha intentado con un notable éxito llevar a cabo una interpretación teleológica-valorativa de los tipos penales, prestando una especial atención a las exigencias materiales que impone su injusto punible.

Los presupuestos de esta dirección pueden resumirse en las siguientes premisas, que se dirigen fundamentalmente a recalcar la necesidad de que exista la posibilidad de difusión de las sustancias: la finalidad del delito es la tutela eficaz del bien jurídico colectivo constituido por la salud pública; la orientación de los preceptos penales a la protección de los bienes jurídicos ha de corresponderse con la clase de ataques que se quiere reprimir (S.T.S. 12 sept. 1994); la acción, como requiere el tipo, debe ser adecuada para la producción de determinados resultados sobre la salud pública (S.T.S. 22 feb. 1993) y deberá llevarse a cabo con el propósito de difundir la sustancia (S.T.S. 27 sept. 1993; 17 jun. 1994; 12 sept. 1994); este tipo penal contra la salud pública exige la posibilidad del peligro abstracto (S.T.S. 17 jun. 1994) y *común*, que constituye la *ratio legis* del mismo (S.T.S. 25 mar. 1993), de lo que se deduce que se debe excluir la tipicidad de aquellos casos en que no exista el peligro que debe caracterizar la acción

73. Cfr., también en este sentido, MATAJÚN EVANGELIO, *ibidem*. Este carácter *motriz* que puede poseer la relación personal sobre el sujeto ha sido visto también por algunos autores como un importante aspecto del fundamento de la exención de pena debida a la relación personal en los delitos patrimoniales y el encubrimiento. Con respecto a la exención de pena en los delitos contra el patrimonio, véase BAJO FERNÁNDEZ: *El Parentesco*, cit., p. 102, donde afirma: «Presume el legislador que el autor delinque movido por su vinculación familiar», aunque reconociendo (p. 104) la dificultad de que ello explique *exhaustivamente el efecto* (a propósito, pero incidiendo en la imposibilidad de explotar la categoría de la culpabilidad para fundamentar dicha exención, GARCÍA PÉREZ, O.: *La punibilidad en el Derecho Penal*, Pamplona 1997, pp. 115-116; explicándola por razones de subsidiariedad en pp. 117-119). Por lo que se refiere a la relación personal como determinante de la inculpabilidad en el encubrimiento de parientes, véase –aunque sin compartirlo, porque, debido a su carácter objetivo, prescinde del juicio individualizado que requeriría–, BAJO FERNÁNDEZ: *El parentesco*, cit., pp. 212-213 y 218 (y nota 40)-219. Véase, además, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: «Encubrimiento de parientes», en COBO DEL ROSAL, M.(Dir.)/BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Vol. 1.º, Madrid 1985, pp. 345 a 347. Sobre tal posible base común para la atenuación por parentesco y la exención de pena en el encubrimiento y los delitos patrimoniales, por lo que se refiere a la jurisprudencia, véase MESTRE DELGADO: *La atenuante y la agravante de parentesco*, cit., p. 35.

74. Cfr. la S.T.S. 27 jun. 1997 (fto. dcho. único).

75. En esos términos, la S.T.S. 9 oct. 1996 (fto. dcho. 3.º).

76. MAQUEDA ABREU, M.º L.: «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», en LL, núm. 4624, 9 de septiembre de 1998, pp. 1 a 8, *passim*; JOSHI JUBERT, U.: *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 C.P.*, Barcelona 1999, p. 155. (En ambos trabajos, desarrollando con mayor extensión y detalle argumentos y grupos de casos semejantes a los que sintetizo a continuación.)

77. Coincidiendo con lo afirmado en este sentido por URQUÍA GÓMEZ, F. de: «Donación o entrega de drogas al familiar consumidor», (comunicación) en «Delitos contra la salud pública», C.G.P.J.: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1992, p. 341.

de estos delitos (interesantes, las SS.T.S. de 28 oct. 1996, y 22 en. 1997, a propósito de la insignificancia cuantitativa –y cualitativa– de la sustancia), ya que en tal caso faltaría el sustrato de antijuridicidad del acto (S.T.S. 27 may. 1994) y castigar el hecho sería producto de un exagerado formalismo o automatismo inadecuado en la aplicación del Derecho penal (S.T.S. 12 sept. 1994).

Por todo lo cual, el Tribunal Supremo ha concluido la impunidad del hecho en los siguientes grupos de casos:

a) consumo compartido entre adictos (supuestos que a menudo denomina como «cooperativas de consumo»), bien previa adquisición conjunta de la droga (S.T.S. 11 nov. 1992; S.T.S. 4 feb. 1993), bien poniéndola a disposición de los demás miembros de un reducido círculo (S.T.S. 25 mar. 1993; S.T.S. 27 sept. 1993, sintetizando la doctrina jurisprudencial acerca del consumo compartido), o compartiéndola en el domicilio de uno de los consumidores (S.T.S. 3 jun. 1993; o en un recinto cerrado, S.T.S. 17 jun. 1994, citando otras), siempre que las cantidades no rebasen el límite exigible a un consumo inmediato y que no medie contraprestación alguna de carácter remuneratorio (S.T.S. 6 oct. 1993; «que se haga por móviles altruistas y humanitarios», S.T.S. 11 jun. 1997);

b) entrega (que exige que sea directa la S.T.S. 18 sept. 1997) de una cantidad mínima de droga («dosis terapéutica», S.T.S. 12 dic. 1998; no obstante, S.T.S. 16 sept. 1996) a un consumidor crónico con el propósito de evitar el síndrome de abstinencia (SS.T.S. 27 may. 1994 y 12 sept. 1994 –interesante–), cuando exista una relación estrecha de parentesco o convivencia (S.T.S. 11 jun. 1997), se constate que no existe contraprestación alguna y el destinatario consuma la droga inmediatamente y en presencia del suministrador (SS.T.S. 27 may. 1994, 3 jun. 1994 y 12 sept. 1994; 12 en. 1995; 16 en. 1996, y 28 oct. 1996; 22 en. 1997, 22 dic. 1998, entre otras); y

c) tenencia de droga, sin riesgo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de las sustancias, por estar destinada al consumo de una persona concreta, consumidora *inveterada* de las drogas, para evitarle el síndrome de absti-

nencia, sin contraprestación alguna (S.T.S. 12 en. 1995).

En particular, los casos objeto de este estudio pertenecerían al segundo grupo y han encontrado en varias ocasiones un pronunciamiento del Tribunal favorable a la impunidad tras comprobarse que, efectivamente, concurren los requisitos a que se ha hecho referencia. La solución de la impunidad halla su razón de ser en los casos-tipo a que he venido aludiendo en aspectos de carácter objetivo (cantidad mínima, síndrome de abstinencia, falta de contraprestación, dosis destinada a su consumo inmediato, etc.) y subjetivo (falta de propósito de difundir la droga). Precisamente, la relación personal entre los sujetos contribuye frecuentemente a valorar este último elemento, sirviendo para orientar acerca de la motivación con la que pudo actuar el sujeto y determinar, en su caso, la ausencia de intención de destinar la droga a otras personas distintas del destinatario *pariente*. La valoración indiciaria de la relación personal se pone expresamente de manifiesto, por ejemplo, en la S.T.S. de 16 sept. 1993, al decir: «El Derecho penal no puede vivir de espaldas a la motivación cuando ésta, como en este caso, desvirtúa la posible incriminación de conductas. Con la pretensión que el acusado tenía (impedir los riesgos que el síndrome de abstinencia origina), no hay tráfico ilegal, no hay cambio de posesión criminal, propiciatorio del consumo ilegal de las drogas» (fto. dcho. 2.º). Igualmente se observa en la S.T.S. de 14 jun. 1997: «Este ánimo tendencial (*sc.* de difusión de la droga) está ausente en aquellas conductas en las que el móvil del autor viene determinado por la especial relación personal y afectiva que le une con la persona a la que entrega la droga» (fto. dcho. único).⁷⁸

A pesar de la enorme similitud de otros casos con los anteriores, el Tribunal Supremo ha resuelto, sin embargo, en sentido contrario, que la conducta debía ser considerada delictiva. El argumento decisivo para llegar a esta conclusión es el riesgo de difusión de la droga, que –con más o, quizá, con menos motivo– aprecia en hechos muy semejantes entre sí y, en ocasiones, en lo sustancial, en nada diferentes con respecto a aquellos en los que, corrigiendo al tribunal de instancia, se ab-

78. Véanse, también en esta línea, las SS. de 27 may. 1994 (destino de la «pequeña cantidad» de droga a compañera con la que convive, con síndrome de abstinencia, fto. dcho. único) y 12 sept. 1994 (0,09 g. de heroína a compañero sentimental, detenido, con síndrome de abstinencia, fto. dcho. único). Asimismo, declarando la impunidad de la conducta en casos afines, las de: 12 en. 1995 («pequeña cantidad» de heroína a cónyuge drogodependiente, detenido), 25 en. 1996 (0,06 g. de heroína, 0,15 g. de hachís y 0,16 g. de cocaína a novia, interna en centro penitenciario), 16 sept. 1996 (5 comprimidos de *Tranxilium*, 5 g. de hachís y 0,15 g. de heroína a compañero sentimental, detenido) y 22 en. 1997 (0,002 g. «supuestamente» de heroína a hermanos, internos en centro penitenciario).

solvió al acusado.⁷⁹ Aunque, en alguna sentencia, la Sala considera que «en todo caso, constituye exigencia notoria en esta materia (dada la extraordinaria gravedad del fenómeno social del tráfico de drogas) el criterio sumamente restrictivo con que deben apreciarse los supuestos en que las conductas típicamente previstas (entre ellas, la donación de drogas) se estime que no lesionan el bien jurídico protegido por la norma penal» (S.T.S. 22 dic. 1998, fto. dcho. 2.º). Esta observación, sin embargo, no es admisible ni en su formulación lógica ni en los fundamentos que revela que entiende suficientes para la intervención penal. En primer lugar, porque incorrectamente considera que pueden estar «típicamente previstas» conductas que no lesionan bienes jurídicos protegidos;⁸⁰ y, en segundo lugar, porque si en efecto se constata que la conducta no atenta contra el bien jurídico protegido (y, por lo tanto, no es típica), no cabe apelar al argumento de la «gravedad social» para concluir que debe castigarse. Creo que tales consideraciones para proceder tan restrictivamente como se pretende en esta materia, encubren, en realidad, la finalidad de evitar, como ha descrito Maqueda Abreu, «la pérdida de certeza en la aplicación de las graves penas previstas legalmente y la temida pérdida de los sentimientos de confianza y seguridad colectivos que tan necesarios se consideran para garantizar el consenso en torno al funcionamiento del sistema».⁸¹ Y, probablemente, la ausencia de una línea uniforme en las resoluciones de los tribunales responde, en muy buena parte, a esta razón.

V. Conclusiones

Los presupuestos que establece el artículo 23 del Código Penal para apreciar la circunstancia mixta de *parentesco* se satisfacen con la existencia *material* de uno de los vínculos personales que refiere entre el «ofensor» y una persona física deter-

minada que haya resultado directa e inmediatamente afectada por el delito, bien como sujeto pasivo del delito, bien de la acción («agraviado»).

Dicha afección no sólo puede venir integrada por la lesión o el daño producido a un bien jurídico protegido, sino también por la creación de un peligro en los términos que requiera un determinado tipo de injusto. Y, tratándose de la creación de un peligro, no debe limitarse sólo a los casos de peligro individual (por ejemplo, a las tentativas de un delito de daño), sino que, desde un punto de vista formal, nada se opone a que se comprendan también delitos de peligro general o común (como, por ejemplo, los delitos contra la salud pública). En estos últimos, aunque el sujeto pasivo del delito sea imposible de determinar —por razones del injusto que caracteriza a estos delitos—, si fuera posible hallar un determinado sujeto pasivo *de la acción* con el que se encuentre vinculado el «ofensor», sería posible, en principio, estimar que concurren los presupuestos para la aplicabilidad de la circunstancia mixta.

Ante estas posibilidades, de los criterios que aporta el mismo artículo 23, en particular, el de la «naturaleza» del delito, si se relaciona con la clase de bien jurídico atacado por el delito, no permite establecer ninguna regla fija acerca de la eficacia que deba poseer la circunstancia mixta con respecto a un determinado grupo de delitos. Sin embargo, sí permite advertir, por un lado, de la necesidad de examinar cuidadosamente su posible efecto cuando se trate de delitos en los que el bien jurídico protegido posea la capacidad de *implicar* entre sí, de un modo especial a los sujetos (como sucede en determinadas modalidades de los delitos de aborto o de lesiones al feto; pese a que, desde una perspectiva jurisprudencial tradicional y a juicio de un sector de la doctrina, no reunirían las condiciones exigidas por la Ley para ello). Y, por otro lado, permite, también en razón del bien jurídico protegido —y la forma que adopta su injusto típico—, excluir ciertos delitos de su ámbito de

79. Véanse las SS. 15 jul. 1987 (destino de 0,044 g. de heroína a cónyuge, interno en centro penitenciario), 13 jul. 1992 (0,4 g. de resina de cannabis a cónyuge, detenido), 6 oct. 1993 (0,26 g. de heroína a cónyuge, interno en centro penitenciario), 16 en. 1996 (0,95 g. de heroína a cónyuge, interno en centro penitenciario), 29 en. 1996 (0,14 g. de heroína a hijo, interno en centro penitenciario), 9 oct. 1996 (cantidad que no se precisa de heroína a hermano, interno en centro penitenciario), 11 jun. 1997 (0,57 g. de heroína a hermano, ingresado en centro penitenciario, habiendo otro hermano ingresado en el mismo centro), 14 jul. 1997 (0,29 g. de heroína a cónyuge, interno en centro penitenciario), 18 sept. 1997 (0,20 g. de heroína a cónyuge, interno en centro penitenciario), 3 nov. 1997 (1,19 g. de heroína a hijo, interno en centro penitenciario); 15 abr. 1998 (0,85 g. de heroína a hijo, interno en centro penitenciario) y 22 dic. 1998 (0,69 g. de heroína a hermano, interno en centro penitenciario).

80. Cfr. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., cit., p. 326.

81. En «Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas», cit., p. 5. Críticamente, ya, DIEZ RIPOLLÉS (en *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 1/1988, de 24 de marzo)*, Madrid 1989, p. 54 y *passim* y también URQUÍA GÓMEZ: «Donación o entrega de drogas al familiar consumidor», cit., *passim*).

aplicabilidad: los que atentan contra bienes jurídicos supraindividuales de carácter *difuso*, por tratarse de figuras delictivas que impiden aislar en concreto a un sujeto pasivo de la acción con el cual establecer el vínculo que requiere la circunstancia; aparte de que, además, abstractamente, tales bienes jurídicos no *implican* al ofensor con el agraviado-*pariente* de un modo distinto a como le *implicaría* con un extraño.

Pero, desde un planteamiento coherente con la sistemática del Código Penal, también es posible relacionar la referencia legal a la «naturaleza» con otras propiedades características del delito que pueden configurar una determinada *situación* para el sujeto-*pariente* con entidad suficiente para que se extiendan sobre ella los efectos de la circunstancia mixta. Por razones análogas a aquellas por las que en otros casos la Ley reconoce eficacia al *parentesco* (como en el cohecho procesal de *pariente* o en el delito que consiste en proporcionar la evasión al *pariente* condenado, preso o detenido), considero que la circunstancia mixta podría aplicarse a algunos supuestos tradicionalmente excluidos de su ámbito, como los delitos relativos a las drogas.

En esta dirección, y con respecto a los delitos de tráfico de drogas, el Tribunal Supremo ha admitido en una ocasión la aplicabilidad de la circunstancia mixta con efecto atenuante. Esta solución —como exige una moderna línea jurisprudencial de orientación teleológica— pasa por considerar que el comportamiento era apto para crear un peligro para la salud de indeterminadas personas, afirmado lo cual, la eficacia de la circunstancia obedece a que la motivación directa y principal de la conducta no fue la de traficar, sino la de aliviar al *pariente* drogodependiente —sujeto pasivo de la acción— las crisis de abstinencia (dolo

eventual o dolo directo de segundo grado de tráfico).

Considero que este criterio resulta correcto. Pese a la diversidad de las soluciones jurisprudenciales dadas en casos semejantes (circunstancia mixta con eficacia atenuante, atenuante analógica a ésta, atenuante analógica a una eximente incompleta de estado de necesidad y atenuante de estado pasional), entiendo que el *parentesco* tiene una capacidad de rendimiento suficiente para ello, sobre todo si se tienen en cuenta, además, los restantes criterios que aporta el artículo 23 para determinar su eficacia (además del relativo a la naturaleza del delito, los «motivos» y los «efectos» del delito).⁸²

Pero, al mismo tiempo, tal diversidad de soluciones que ensaya el Tribunal Supremo en estos casos para prestar atención a la relación personal existente entre los sujetos, y tan amplias posibilidades de operatividad de la circunstancia mixta, llevan a preguntar acerca de la necesidad de su previsión en el Código Penal. Porque las innegables dificultades que, pese a todo, sigue planteando la circunstancia de *parentesco* y, sobre todo, el que existan vías alternativas suficientes para individualizar la pena cuando el *parentesco* posea una auténtica relevancia (las circunstancias atenuantes y las agravantes, que pueden expresar mejor las razones para dotar de eficacia a la relación personal), conducen, en mi opinión, a dudarle razonablemente. Naturalmente, siempre que se despoje al *parentesco* de contenidos y significados impropios de un Derecho penal democrático y poco acordes con la menor significación que en la sociedad actual se atribuye al vínculo parental *per se*, por más que en otras épocas llegara a posibilitar, incluso, el castigo del parricidio por imprudencia.⁸³

82. Sin embargo, no podría aplicarse la misma circunstancia mixta como agravante con base en un criterio inverso; es decir, habiendo sido el *pariente* el sujeto deliberadamente escogido para fines de tráfico de drogas, iniciándole en el consumo. En tal caso, siendo coherentes con la perspectiva que adopta el Código en la materia —y, al margen pues, de que se comparta, o no, el delito derivaría hacia una modalidad de daño en forma de tentativa, integrando una tentativa de un delito (o falta) de lesiones (al menos, con dolo eventual), que, en su caso, concurriría con el delito con la salud pública (al igual que si se tratara de iniciar en el consumo con los mismos fines a un extraño). Considerando también que, aunque nada obsta a apreciar la circunstancia como atenuante en estos delitos, no se podría sostener en ningún caso su eficacia agravante, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: «Operatividad de las circunstancias modificativas en el marco del artículo 344 del Código Penal», en BOIX REIG, J./RODRÍGUEZ MARÍN, J./VIVES ANTÓN, T.S.: *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Valencia 1987, pp. 234 y 235. Téngase en cuenta que, en su caso, la conducta atentatoria contra la salud del *pariente* sería la que se vería agravada por la circunstancia mixta, pero no el delito contra la salud pública.

83. Cfr. DEL ROSAL, J.: *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Madrid 1961, pp. 145-155. Véase, más recientemente, la S.T.S. 6 abr. 1993, y otras resoluciones que recoge en el mismo sentido.