



# Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal

*Vicente Magro Servet*



■ LA LEY





# Manual práctico sobre agravantes y subtipos agravados en el Código Penal

*Vicente Magro Servet*

© Vicente Magro Servet, 2019  
© Wolters Kluwer España, S.A.

**Wolters Kluwer**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
**Tel:** 902 250 500 – Fax: 902 250 502  
**e-mail:** clientes@wolterskluwer.com  
<http://www.wolterskluwer.es>

**Primera edición:** octubre 2019

**Depósito Legal:** M-32723-2019  
**ISBN Impreso:** 978-84-9020-949-3  
**ISBN Electrónico:** 978-84-9020-950-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.  
*Printed in Spain*

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## 9. EL PARENTESCO DEL ART. 23 CP

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

Características
El afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante
Su fundamento reside en el mayor reproche penal que debe dispensarse a quién comete los hechos contra una persona a quien le une, o ha unido, alguna de las relaciones familiares que en dicho precepto se establecen, porque de las mismas se derivan unas mínimas obligaciones parentales que se ven especialmente violentadas al cometer el delito.
<p>Requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Relación de pareja dotada de estabilidad y con convivencia, al menos parcial.</li> <li>2. Los hechos estén relacionados de manera directa o indirecta con dicha convivencia.</li> </ol>
<p>No puede apreciarse en los delitos de comisión por omisión.</p> <p>La aplicación de la agravante de parentesco, derivada de esta misma relación parental, implicaría su doble valoración en perjuicio del reo, vulnerando así el principio non bis in ídem.</p>
Se exige el carácter estable de la relación.

### 127. ¿Es necesario que conste el afecto para apreciar esta agravante?

No es preciso que conste la existencia del afecto. Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 que:

«El Tribunal "a quo" fundamenta la agravante de parentesco como circunstancia objetivable basada en la convivencia, sin exigirse vínculo alguno de afectividad subjetiva en la relación de pareja, ya que ello haría ineficaz la aplicación de la misma si se exigiera la prueba del afecto entre autor del delito y su víctima por no formar parte de la esencia de la agravación por su naturaleza puramente objetiva basada exclusivamente en la relación entre las partes y en la convivencia.

El recurrente incide en su recurso en que al afecto no estaba presente entre las partes, pero olvida el recurrente que el afecto no es una característica rigurosamente exigida por la jurisprudencia para aplicar esta agravante.

En efecto, esta Sala Casacional del Tribunal Supremo ya ha declarado en reiterada doctrina que **el afecto no forma parte de los elementos o circunstancias exigidas para la aplicación de esta agravante**. El texto legal ni siquiera exige la presencia actual de la relación, sino que se expresa como "ser o haber sido".

Así, en nuestra STS 610/2016, de 7 de julio, afirmábamos que: "Ciertamente, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 147/2004, de 6 de febrero, que la circunstancia mixta de parentesco está fundada en la existencia de una relación de matrimonio a la que se asimila una relación de análoga afectividad dentro de los grados descritos en el artículo. En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio pietatis causa en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación".»

Lo propio en la STS 251/2018, de 24 de mayo:

«La STS 59/2013 de 1.2, recuerda que concurre dicha agravante cuando se da el elemento objetivo de la relación de pareja estable, actual o pasada, y el delito de que se trata tiene lugar como consecuencia del marco o círculo de dichas relaciones o comunidad de vida, aunque se haya roto. En efecto el artículo 23 CP en su actual redacción se refiere a "...ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad". Redacción actual que tiene su origen en la LO. 11/2003, que sustituyó la referencia a la "forma permanente" por "forma estable", respecto a la relación de afectividad.

La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que, por relación de afectividad, debe estimarse:

- a) Existencia de una relación matrimonial o asimilada a la matrimonial, y
- b) Que el delito cometido tenga relación directa o indirecta con el marco o vínculo de relaciones o comunidad de vida de ambas personas, por lo que el plus de punición se justifica por el plus de culpabilidad que supone que el autor desprecie con su acción la comunidad de convivencia que tiene con la víctima.

En consecuencia, no es exigible ese afecto entre las partes, y la relación en la pareja es asimilable a la matrimonial y con convivencia, constando debidamente reflejado en los hechos probados ambos elementos exigidos para aplicar la presente agravante del art. 23 CP. En consecuencia, está bien aplicada la circunstancia agravante de parentesco.»

## 128. Es la agravante más utilizada en los casos de violencia familiar

Como consta en el Informe del Observatorio de Violencia doméstica y de género del CGPJ «**Análisis aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo de 2018**», La circunstancia agravante más utilizada es el parentesco. En el estudio de las sentencias dictadas en el año 2016, en los supuestos de violencia de género se aplicó en el 92% de los casos, en los casos de violencia doméstica en el ámbito de la pareja se aplicó sólo en el 50% y en el 100% de las sentencias dictadas cuando la víctima era un o una menor.

## 129. Fundamento de la agravante

Destaca ESCARLATA GUTIÉRREZ que:

«En los casos en que esta circunstancia opera como agravante su fundamento reside en la mayor reproche penal que debe dispensarse a quién comete los hechos contra una persona a quien le une, o ha unido, alguna de las relaciones familiares que en dicho precepto se establecen, porque de las mismas se derivan unas mínimas obligaciones parentales que se ven especialmente violentadas al cometer el delito, no siendo necesario según reiterada jurisprudencia que existan lazos de cariño efectivos entre autor y víctima, o como establece la STS de 5 de mayo de 2009 el mayor desvalor de la conducta es consecuencia de la falta de respeto especial demostrada por el autor en relación a una persona con la que estuvo estrechamente ligado por vínculos afectivos o de sangre.»

En este mismo sentido establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018:

«La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales.

Podemos por tanto concluir que la circunstancia mixta de parentesco prevista en el artículo 23 del Código Penal tiene un fundamento objetivo de agravación que se aplica siempre que medie entre autor y víctima las relaciones previstas en el mismo, mientras que la agravante de género prevista en el artículo 22.4º CP tiene un fundamento subjetivo, necesitando que concurra en el autor del delito una ánimo de mostrar su superioridad frente a la víctima mujer y demostrarle que ésta es inferior por el mero hecho de serlo.»

Destaca el Tribunal Supremo en Sentencia 565/2018 de 19 Nov. 2018, Rec. 10279/2018 que:

«Esta agravante fue introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que «para estudiar su fundamento es interesante analizar lo expuesto en la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica, en donde se lee: "En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito. En primer lugar, se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.ª del artículo 22. La razón para ello es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres", puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo.

Por otra parte, el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, ratificado por España el 18 de marzo de 2014, en su art. 3 apartado d) Por "violencia contra la mujer por razones de género", "se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada".

Con ello, el Convenio se pronuncia sobre esta cuestión exigiendo el establecimiento de una agravación. Y este Convenio fue ratificado en España (BOE 6 de junio de 2014) en virtud del Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4º reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer. Esta es la verdadera significación de la agravante de género.

Recordemos que el Convenio de Estambul, que es el germen de la introducción de esta agravante, señala en su art. 2º que "El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada".»

### 130. Supuestos de apreciación y no apreciación

Señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 371/2018 de 19 Jul. 2018, Rec. 10067/2018 que:

«A la hora de excluir la aplicación de esta agravante, como postula el recurrente, esta Sala del Tribunal Supremo había señalado en Sentencia de 29 Sep. 1999, Rec. 198/1999 que "La circunstancia mixta de parentesco —relación a la que se equipara a estos efectos la de las personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad (art. 23 CP)—, es valorada ordinariamente como agravante, cuando de delitos contra las personas se trata, como es el caso. La jurisprudencia, al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que, para su apreciación, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón, media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante, el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños (v. SS 13 Oct. 1993, 12 Jul. 1994 y 30 Abr. y 6 May. 1997, entre otras)".

También **se ha excluido en la Sentencia de esta sala 79/2016 de 10 Feb. 2016, Rec. 627/2015**, al señalar que "no cabe extender por analogía el concepto de relaciones de análoga afectividad del art. 153, y concordantes, al art. 23, porque constituiría una aplicación analógica de la norma, en contra del reo, prohibida por el principio de legalidad. No tendría sentido que el Legislador ampliase expresamente la aplicación de la agravación de género a las relaciones "sin convivencia" en el art. 153, y por vía jurisprudencial extendiésemos esta amplitud, en perjuicio del reo, a la circunstancia mixta de parentesco en los supuestos de relaciones análogas a la matrimonial, cuando el Legislador, pudiendo hacerlo, no ha incluido expresamente la ausencia de convivencia en el art. 23 que regula esta circunstancia. Tampoco debemos desconocer que el Legislador ha prescindido de la exigencia de "estabilidad" de la relación análoga a la matrimonial en el art. 153, y en sus concordantes, pero la mantiene en el art. 23, al establecer los requisitos de aplicación de la circunstancia mixta de parentesco. En consecuencia, una relación de noviazgo de unos cuantos meses, sin convivencia, puede justificar la aplicación del art. 153, pero no es suficiente, legalmente, para aplicar con carácter genérico la agravante de parentesco".

**Se ha admitido, sin embargo, en la Sentencia 33/2010 de 3 Feb. 2010, Rec. 10408/2009**, al puntualizar que "Como hemos dicho en nuestra Sentencia 1197/2005 de 14 de octubre, a la que sigue la n.º 817/2007 de 4 de octubre, la jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 de la Constitución española : imperio de la Ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados



**A** lo largo de 211 preguntas y respuestas, el autor analiza toda la casuística que rodea el tratamiento de las agravantes del artículo 22 del Código Penal, así como los diferentes subtipos agravados que existen en cada tipo penal. La respuesta adecuada a cada duda planteada se fundamenta en base a la doctrina y la jurisprudencia más reciente.

La obra resulta extraordinariamente útil para abogados especializados en derecho penal por tratarse de una materia muy casuística y decisiva a la hora de conformar los escritos de acusación y defensa de los letrados. Resulta también especialmente útil para su consulta durante el desarrollo del juicio oral, gracias a una sistemática que permite una rápida localización de las dudas que se pueden suscitar en cada tema y a la sencilla identificación de la respuesta a través de un práctico índice.

