

Algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación
de la atenuante de grave adicción (art. 21.2.^a del CP).
(A propósito de su relación con los delitos de
violencia contra la mujer) (1)

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

Profesor Titular de Derecho penal
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

El objetivo primordial de este trabajo es analizar la relación existente entre la atenuante de grave adicción y los delitos de violencia contra la mujer. Para ello se examinan las diversas interpretaciones seguidas por la doctrina y la jurisprudencia a propósito de la circunstancia y su ámbito de aplicación. En especial, son objeto de estudio su fundamento, el requisito de la grave adicción del sujeto, el elemento de la conexión causal con el delito perpetrado, sus diferencias con la eximente incompleta del artículo 21.1.^a (en conexión con el 20.2.^o) y la posibilidad de apreciarla como muy cualificada.

Palabras clave: *Violencia contra la mujer, atenuante de grave adicción, alcoholismo.*

ABSTRACT

The aim of this work is to analyze the relationship between the attenuating circumstance of the serious addiction of drug abuse and other substances and the crimes of violence against the woman. This is done by examining the diverse interpretations of the

(1) La elaboración de este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación 97/2012, del Instituto de la Mujer.

doctrine and jurisprudence regarding the circumstance and its scope of application. Particular attention is being paid to its legal basis, the serious addiction requirement, the causal connection with the commission of the offence, its differences with the incomplete extenuating circumstance of art. 21.1st (in connection with art. 20.2nd) and the possibility of applying it as a very qualified attenuating circumstance.

Key words: *Violence against women, attenuating circumstance of the serious addiction, alcohol abuse*

SUMARIO: I. Introducción.–II. Aproximación general a la atenuante de grave adicción. 1. Fundamento y naturaleza. 2. Análisis de sus elementos. 2.1 La grave adicción a determinadas sustancias. 2.2 La vinculación entre el estado del sujeto y la realización del hecho delictivo. 3. Grave adicción y *actio libera in causa*. 4. Delimitación de la atenuante frente a la eximente incompleta. 5. La apreciación de la atenuante muy cualificada. 6. La atenuante analógica.–III. Abuso de alcohol, atenuante de grave adicción y delitos de violencia contra la mujer. 1. Algunas precisiones sobre la relación entre el consumo de alcohol y el ejercicio de la violencia. 2. ¿Puede usarse la atenuante en los delitos de violencia contra la mujer?–IV. Conclusiones.–V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Colectivos de víctimas, asociaciones de mujeres y hasta una parte de la clase política han venido alzando la voz para que, en el ámbito de la violencia contra la mujer, el abuso de alcohol deje de apreciarse como circunstancia atenuante o eximente de la responsabilidad criminal. La propuesta formó parte, de hecho, tanto del borrador elaborado por la subcomisión del Congreso de los Diputados que estudió la posibilidad de mejorar la Ley Integral contra la Violencia de Género, en 2011, como del informe final aprobado por su Comisión de Igualdad, si bien este último no dejó de recomendar que se profundizase «en la valoración jurídica» de dichas circunstancias (2).

(2) Esa recomendación figura en el apartado V.III.3 del borrador («La Subcomisión considera que la exposición a los efectos de las bebidas alcohólicas o a las drogas no debe contemplarse como una circunstancia atenuante o eximente en los delitos relacionados con la violencia de género y, por el contrario, debe valorarse como agravante específica al igual que ocurre, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad vial»). *Vid. Boletín Oficial de las Cortes*, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, núm. 296, 23 de noviembre de 2009, p. 51. Por su parte, a tenor del informe, «la subcomisión considera que la exposición a los efectos de las bebidas alcohólicas o a las drogas no debe contemplarse como una circunstancia atenuante o eximente en los delitos relacionados con la violencia de género, y por tanto recomendamos profundizar en la valoración

La cuestión no es, por supuesto, baladí. Es bien sabido que sectores de la Judicatura y de la Fiscalía han valorado negativamente esas iniciativas, considerándolas, como poco, innecesarias –teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 20.2.º CP para los casos en que el sujeto podría prever los efectos violentos del abuso del alcohol– y criticándolas, con carácter general, por desconocer que la embriaguez conlleva una merma de las condiciones psíquicas, es decir, una disminución de la voluntad e inteligencia. Sin embargo, difícilmente podría tacharse de poco sugerente un debate en el que confluyen cuestiones nucleares tanto de política criminal general (la responsabilidad *social* de los jueces por sus decisiones en asuntos particularmente sensibles, la discutida función promocional del Derecho penal, la influencia de los medios de comunicación en la agenda del legislador penal...), como de la *de género* (la inversión en educación y prevención como alternativa a las estrategias meramente punitivas, el acierto o desacierto de trasladar a ese ámbito soluciones adoptadas para delitos de distinto perfil criminológico y/o victimológico...). Ello es lo que justifica, principalmente, mi decisión de examinar, en las páginas que siguen, los requisitos y el ámbito de aplicación de la atenuante de grave adicción y su compatibilidad con las características de los delitos de violencia contra la mujer.

Existen, naturalmente, otros motivos para detenerse en esa circunstancia y que deben ser explicados, también, en esta introducción. Una interpretación atenta al tenor literal del texto punitivo permite tratar los supuestos de abuso de alcohol con arreglo a diversas figuras de su Parte General: las eximentes completas de los números 1 y 2 del art. 20, la eximente incompleta del art. 21.1.^a –en relación con las anteriores–, la atenuante segunda del art. 21 e, incluso, la atenuante analógica (art. 21.7.^a). Pues bien, la realidad es que la interpretación doctrinal y jurisprudencial más extendida de ese sistema (la que lo alinea con las posibles variaciones en la intensidad de los efectos del alcohol) no ha logrado delimitar, con la precisión deseable, los ámbitos de aplicación de las tres últimas (3). De hecho, es esa misma inter-

jurídica de dicha circunstancia». De esta forma, continúa, «daríamos un paso importante en este tema porque... somos conscientes de que el endurecimiento de las penas no es la solución para este problema, ni mucho menos, pero tampoco vamos a disculpar la conducta del agresor, del maltratador». *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Igualdad*, sesión número 15 celebrada el martes 17 de noviembre de 2009, núm. 417, 17 de noviembre de 2009, p. 14.

(3) En esa idea abundan, entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 234; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2010, p. 825; PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes*,

pretación la que ha hecho de la drogadicción «la estrella... de las atenuantes por analogía», habiéndose apreciado, con ese título, como subraya Sánchez Yllera, tanto en situaciones de intoxicación semiplena, como en casos de síndrome de abstinencia no inhabilitante o de verdadera toxifrenia, esto es, de enfermedad mental que disminuye, sin eliminarla, la capacidad volitiva del sujeto (4).

En la elección del objeto de este trabajo ha pesado asimismo, finalmente, el que la configuración legal de la atenuante segunda siga dando pie a decisiones judiciales muy heterogéneas, sustentadas, a su vez, en planteamientos divergentes de sus presupuestos y elementos básicos (5). Me ha parecido especialmente oportuno, por ello, intentar elaborar una propuesta reinterpretativa que, respetando la letra y el espíritu del Código penal, y dando cuenta de las exigencias propias del principio de seguridad jurídica, les permita a los tribunales adaptar racionalmente la norma del artículo 21.2.^a a los supuestos concretos que se vayan planteando.

atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal, Madrid, 1997, pp. 361 y 362, concluyendo que los expedientes utilizables para «abrir hueco» entre la exigente completa de síndrome de abstinencia y la atenuante segunda se saldan, bien con la reconducción de aquella a «supuestos rigurosamente irreales», bien con la vulneración del tenor literal del art. 21.2.^a en lo relativo a la exigencia de «gravedad» de la adicción. Resultan también muy gráficas las palabras con que VALLE MUÑIZ y QUINTERO OLIVARES presentan ese sistema: «demasiadas respuestas legales posibles para un mismo problema –la adicción a drogas o a alcohol– por más que varíe su intensidad cuantitativa». Vid. VALLE MUÑIZ, J.M./QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 281. En otro lugar, el propio QUINTERO alude a las razones «un tanto incomprensibles» por las que el legislador ha querido completar el régimen general de las eximentes incompletas, en relación con la drogodependencia y el síndrome de abstinencia, con la incorporación de la atenuante segunda. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho penal*, 4.^a ed., Pamplona, 2014, p. 790.

(4) Cfr. SÁNCHEZ YLLERA, I., «Comentario al art. 21.2.^a», en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1995, p. 203. Sobre el extensísimo ámbito de aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10.^a del Código penal (reconducible al vigente art. 21.7.^a) en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo vid. CASTELLÓ NICÁS, N., *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997, pp. 272 y ss.; PADILLA ALBA, H. R., «Comentario al art. 21.2.^a del Código penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1999, p. 687 y nota 23.

(5) Vid. LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 29 de setembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.^a)», en *Revista Xurídica Galega*, n.º 25, 1999, pp. 153 y 154; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), pp. 825 y 826. Para QUINTERO OLIVARES la inclusión de la atenuante segunda obedece al temor del uso que el legislador pudiera hacer del juego entre las eximentes incompletas y la atenuante analógica de las situaciones de intoxicación semiplena no buscada de propósito. Vid. (n. 3), p. 790.

II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN

1. Fundamento y naturaleza

Uno de los puntos más discutidos en la interpretación de la atenuante de grave adicción es el de su fundamento. En líneas generales, todas las opiniones doctrinales y jurisprudenciales lo asocian a un déficit o menor grado de culpabilidad, derivado del hecho de que si se ha delinquido ha sido, precisamente, por consecuencia de la adicción. A tenor de ellas nos hallaríamos, pues, ante una circunstancia de naturaleza subjetiva, personal, no transmisible a los partícipes, aunque su actuación hubiese estado motivada por el ánimo de mitigar la situación del drogadicto (6). A partir de este planteamiento tan sencillo se han ido abriendo, no obstante, dos líneas diferenciadas de trabajo: la que pone en relación la grave adicción, exclusivamente, con una disminución de la imputabilidad del sujeto activo y la que, de forma complementaria o alternativa, da entrada a la idea de la menor exigibilidad de la conducta.

La tesis mayoritaria ubica su fundamento, en efecto, en el terreno de la disminución de la posibilidad de imputación personal del hecho y se sigue del siguiente razonamiento: si la atenuación se vincula a los trastornos que produce la dependencia en la psique del sujeto, su elemento teleológico habrá de examinarse sobre el plano de la reducción de sus capacidades de voluntad y entendimiento, esto es, en conexión con la capacidad de autodeterminación de la persona (7). El art. 21.2.^a

(6) *Vid.*, en este sentido, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, 2000, pp. 213 y 220; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., Valencia, 2004, p. 882.

(7) *Vid.*, entre otros, LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 53; GOYENA HUERTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J./GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997, pp. 92 y 93; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), 281; PADILLA ALBA, H. R., *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Granada, 2001, p. 202 y nota 47; mismo autor (n. 3), p. 686; ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007, pp. 213 y 214; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), pp. 880 y 881; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDRASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, p. 130; ROMÁN PINA-FUSTER, R., *Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal*,

desempeñaría, así, un papel relevante a la hora de graduar los efectos de los déficits de imputabilidad en el Código penal (8), situándose a medio camino entre la exigente incompleta de drogadicción o consumo de bebidas alcohólicas y la simple excitación, a la que se atribuye el único significado de producir una inteligencia más aguda y audaz y fortalecer la voluntad (9).

Podría parecer que esta lectura de la circunstancia obliga a valorar (siempre) el estado anímico del responsable de la infracción. En otros términos, puesto que se trata de ponderar los efectos de las drogas sobre su voluntad y entendimiento, lo lógico –cuando menos sobre el papel– sería comprobar si, en el caso concreto, teniendo en cuenta la intensidad y grado de la adicción, se ha producido una disminución anímica bastante como para que aquellos hubieran quedado verdade-

Barcelona, 2000, pp. 80 y 81; CEREZO MIR, J., *Derecho penal, Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, 1997, pp. 112 y 113; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 9.ª ed., Valencia, 2015, p. 486; LACRUZ LÓPEZ, J. M., en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2011, p. 595; CASANUEVA SANZ, I., «La atenuante de ‘grave adicción’ en la Jurisprudencia más reciente», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, p. 107; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 232; CASTELLÓ NICÁS, N., «Causas de inimputabilidad: drogadicción», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, p. 430; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona, 2015, p. 614; OBREGÓN GARCÍA, A., «La exigente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, p. 147; BACIGALUPO, E., «La protección de la mujer contra la violencia de género en España», en BIRGIN, H./GHERARDI, N. (coord.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, México, 2011, p. 161.

(8) *Vid.* VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 28; QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 790; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), pp. 880 y 881; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (n. 7), p. 130; CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; CASANUEVA SANZ (n. 7), p. 107; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2010, p. 136; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; GOYENA HUERTA (n. 7), pp. 93 y 94; MIR PUIG (n. 7), pp. 614 y 615.

(9) *Vid.*, por ejemplo, GOYENA HUERTA (n. 7), p. 80; ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7) p. 80. Como explica OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 145, «debido al carácter gradual o progresivo de los efectos del alcohol, el sujeto sigue conservando –hasta que alcanza una elevada perturbación– la facultad de idear acciones delictivas y la capacidad física para realizarlas». En la jurisprudencia pueden verse las siguientes resoluciones: SAP de Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP de Madrid de 12 de julio de 2012, SAP Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP de Almería de 22 de octubre de 2012, SAP de Guadalajara de 26 de noviembre de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, STS de 5 de febrero de 2013, STS de 15 de febrero de 2013, SAP de Barcelona de 15 de abril de 2013, STS de 15 de abril de 2013, SAP Alicante de 15 de mayo de 2013, STS de 28 de mayo de 2013, STS de 18 de junio de 2013, STS de 24 de junio de 2013, STS de 9 de julio de 2013.

ramente condicionados (10). Curiosamente una corriente jurisprudencial adopta, sin embargo, una perspectiva meramente formal, al considerar que el legislador se ha limitado a dar por sentado algo científicamente comprobado: que en los casos de grave adicción se produce una clara disminución de la imputabilidad del agente (11). Con arreglo a ella, y en especial cuando el objeto de la adicción es la heroína, el crack o la cocaína, la antigüedad de la adicción y la intensidad y prolongación en el tiempo del consumo permitirían inducir un cierto deterioro de las facultades intelectivo-volitivas, sin necesidad de acreditar el déficit psíquico con el que el sujeto hubiera cometido el delito (12). El texto punitivo sancionaría, por consiguiente, una presunción *iuris et de iure* de que toda drogodependencia intensa, que provoca la realización de un delito, lleva aparejada una merma de la capacidad de autodeterminación. Se soslayan así las (considerables) dificultades que plantearía acreditar la incidencia de la adicción en las facultades psíquicas del sujeto, en particular cuando no había sido objeto de un reconocimiento médico inmediato (13).

En cambio, para un segundo grupo de opiniones la atenuante guarda relación –como rasgo esencial– con las motivaciones del sujeto, con los impulsos, difícilmente controlables, que se esconden tras los delitos cometidos por causa de situaciones de dependencia intensa con relación a las drogas. Por lo que alcanzo a ver, el principal promotor de esta interpretación ha sido Rodríguez Morullo (14), a

(10) Tal y como defiende, por ejemplo, CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 430.

(11) *Vid.* SAP Alicante de 28 de mayo de 2013, SAP Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013, SAP Jaén de 26 de junio de 2013, STS de 18 de julio de 2002, STS de 19 de diciembre de 2002, STS de 29 de mayo de 2003, STS de 26 de julio de 2006 y STS de 1 de marzo de 2013. En la doctrina parecen recoger este punto de vista, por ejemplo, ARIAS EIBE (n. 7), p. 214 y CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 233. Esta última escribe que «de probarse en el juicio oral que el acusado era una persona que sufría grave adicción a la droga y que cometió el delito para obtenerla, se habrán probado dos hechos de los que lógicamente cabe inferir que concurre el efecto psicológico requerido de disminución de la imputabilidad, por afección de las facultades intelectuales o volitivas».

(12) *Vid.* la STS de 22 de julio de 2005, que extiende incluso dicho planteamiento a la apreciación de la eximente incompleta «cuando de aquellos datos reveladores de una grave, intensa y antigua adicción a sustancias particularmente nocivas se pueda deducir según los criterios de la razón, la experiencia y los conocimientos científicos un severo deterioro de la salud psíquica del sujeto». En esa misma línea pueden verse, también, STS de 16 de junio de 2001, STS de 2 de marzo de 2006, SAP Málaga de 17 de abril de 2012, SAP Cádiz de 15 de junio de 2012, SAP Barcelona de 3 de abril de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013.

(13) Incide en ello, entre otros, CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 424 y 430.

(14) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997, p. 112.

quien siguen, entre otros (15), Martínez Garay (16) y, ya con matices, quienes le atribuyen una suerte de doble fundamento: el consabido déficit de imputabilidad y una menor exigibilidad, debida a esa presión motivacional provocada por la dependencia o adicción (17).

(15) Vid. ROPERO CARRASCO, J./ZAMORANO MORENO, P., «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal», en *Studia Carande*, vol. 5, 2000, p. 16; LORENZO SALGADO, J. M., «Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena», en BECOÑA IGLESIAS, E./RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./SALAZAR BERNARD, I. (coord.), *Drogodependencias V. Avances 1999*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 35 y 36. Comentario aparte merece la postura de Martínez Galindo. Tras suscribir, expresamente, la interpretación de RODRÍGUEZ MORULLO, escribe que «parece exigirse la existencia de una influencia apreciable de la drogadicción en el psiquismo de quien la padece, que sea leve o poco acusada en el momento de cometer el delito, pues si la prolongada adicción ha producido un deterioro mental desembocando en anomalías y alteraciones psíquicas y menoscabando o eliminando la capacidad intelectual y volitiva del sujeto, estos casos se tratarían dentro de la eximente del artículo 20.1.º CP, no en la del 20.2.º». Vid. MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 494. Esta autora nos presenta, por lo tanto, un nuevo escenario, en el que la atenuante segunda aparece situada en línea de progresión, ya no con la eximente del art. 20.1.º, sino con la del 20.2.º A pesar de parecerme muy sugerente, y de reconocerle el mérito de descubrir otro de los flancos que deja abiertos la tesis de RODRÍGUEZ MORULLO, no creo, sin embargo, que su construcción contribuya a clarificar el confuso panorama de la drogadicción en el Código penal español. Bien al contrario, lo que se sigue de ella son los mismos problemas delimitación de la grave adicción (como atenuante ordinaria o/y muy cualificada) frente a la eximente incompleta del art. 21.1.ª en relación con el 20.1, cuando aquella se traduce en anomalías y alteraciones psíquicas que condicionan significativamente la capacidad volitiva e intelectual del sujeto, en la atenuante cualificada del 21.2.ª Todo ello, por supuesto, sin olvidar la necesidad de reservarle un espacio propio a la atenuante analógica en relación con ambas. En la jurisprudencia trasladan el centro de gravedad de la atenuante desde el terreno de la afección a la imputabilidad al de la compulsión a delinquir, esto es, al de la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal, como elemento desencadenante del delito, entre otras, las siguientes resoluciones: STS de 22 de mayo de 1998, STS de 4 de diciembre de 2002, STS de 17 de marzo de 2003, STS de 21 de abril de 2003, STS de 29 de mayo de 2003, STS de 5 de junio de 2003, STS de 24 de febrero de 2005, STS de 2 de marzo de 2006, STS de 20 de marzo de 2013, STS de 15 de abril de 2013, STS de 28 de junio de 2013 y STS de 22 de julio de 2013.

(16) Vid. MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005, pp. 440 y ss.

(17) Examinan también el fundamento de la circunstancia sobre el plano de la motivación para delinquir ALTÉS MARTÍ, M. A., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia, 1997, p. 84; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código penal» en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al*

Los argumentos con que se sostiene este planteamiento son dos: uno positivo y de orden literal –Rodríguez Mourullo subraya que lo que el legislador tiene en cuenta es que el delito «aparezca decidido y cometido “a causa” de la adicción» (18)–; y otro negativo, de carácter material, y que alude a lo «arriesgado» de apelar a la incidencia de la ingestión de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto poniendo por delante la mera condición de drogadicto, en una u otra escala (19). La idea sería, por lo tanto, la de que, aunque la dependencia puede colocar a una persona en situaciones verdaderamente angustiosas (generar la aparición de abstinencia, conducir al aislamiento o a la marginación social, requerir desembolsos económicos extraordinarios...), el presupuesto psiquiátrico-psicológico de la imputabilidad sólo resulta afectado cuando se alteran significativamente la capacidad cognitiva y la dimensión afectiva de la psique, produciéndose, como explica Martínez Garay, «una percepción errónea distorsionada o excesivamente parcial» de la realidad intersubjetiva (20).

La tesis que se defiende en este trabajo coincide, en esencia, con la formulada por Rodríguez Mourullo. Como explica este autor, con la claridad que le caracteriza, el legislador no toma en consideración, en absoluto, las posibles alteraciones que la adicción haya podido producir en la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a dicha comprensión (21). El presupuesto de la circunstancia es el padecimiento de una grave adicción –y no las anomalías o alteraciones psíquicas producidas por la administración continuada de la sustancia en cuestión, ni un síndrome de abstinencia o una situación de intoxicación por su ingesta (22)– y es ese padeci-

Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Granada, 1999, p. 320. Es partidario, en cambio, del doble fundamento de la circunstancia, en el sentido apuntado en el texto, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), pp. 213 y 214. BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002, pp. 122 y ss., habla de un fundamento único pero que «condensa razones político-criminales, una menor imputabilidad en el sujeto y una mayor o menor exigibilidad, según los casos y el punto de vista».

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 14), p. 112.

(19) *Vid.* MARTÍNEZ GARAY (n. 16), pp. 441 y 442.

(20) Cfr. MARTÍNEZ GARAY, *op. loc. cit.*

(21) *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO (n.14), p. 112.

(22) Cfr., en ese mismo sentido, ALTÉS MARTÍ (n.17), p. 84; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361, a cuyo juicio, y aunque resulte complicado fijar los límites entre uno y otra, «hay dependencia grave antes de que haya síndrome de abstinencia». En la Jurisprudencia, la STS de 23 de octubre de 1998, identifica el presupuesto del delito con «estados intermedios», en los que el adicto no se encuentra ni en situación de intoxicación por el consumo de drogas, ni en una

miento el que ha de condicionar al sujeto, desde el punto de vista de la motivación para delinquir (23). Así pues, lo determinante no es la situación de dependencia, sino la medida en que el sujeto se haya visto compelido, verdaderamente, por aquella a realizar el delito; medida que representa, por cierto, un elemento típico de la agravante y que, como tal, habrá de quedar suficientemente acreditada (24). Desarrollaré, a continuación, los elementos argumentativos que hablan en favor de esta interpretación.

El primero de ellos se centra en la propia descripción legal de la grave adicción. El hecho de que, a diferencia de lo que sucede con las dos primeras eximentes del art. 20, el acento se ponga en lo que motiva

situación de síndrome de abstinencia. Aciertan, por ello, MIR PUIG (n. 7), p. 615 y GOYENA HUERTA (n. 7), p. 94, cuando subrayan que la única embriaguez o intoxicación que podría atenuar la pena sería, en cualquier caso, la causada por una grave adicción. Ello no significa, naturalmente, que todos y cada uno de los supuestos en que el sujeto activo padece una grave adicción en el momento de cometer el delito deban subsumirse en el art. 21.2.^a Así lo asume el propio legislador, al reconocer efectos eximentes o semieximentes al síndrome de abstinencia, que define precisamente, como es bien sabido, la situación de sujetos que, padeciendo una grave adicción, no se hallan bajo los efectos de la ingestión de la droga de que dependen. Así las cosas, cualquier intento por distinguir los ámbitos de la eximente y de la atenuante segunda a partir del hecho de que el sujeto se hallase o no, en el momento de cometer la infracción, bajo los efectos de la ingestión próxima de las sustancias a las que es adicto debe tacharse de «incoherente» –tal y como hacen MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), pp. 485 y 486–. En realidad, a los ojos de aquel, lo que da sentido a ese juego de calificaciones jurídicas es que, mientras algunas adicciones se saldan con la anulación o la disminución significativa de la imputabilidad, otras –sin alcanzar a afectarla– determinan al drogodependiente a perpetrar cierta clase de delitos. Ese mismo dato deja entrever, sin embargo, los límites de la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO.

(23) El criterio que doy por bueno en este punto es muy distinto, entonces, del que acogen autores como MIR PUIG –(n. 7), p. 615–, QUINTERO OLIVARES –(n. 3), p. 790– y PADILLA ALBA –(n. 7), pp. 201 y 202 y (n. 4), p. 686–, que defienden expresamente la apreciación de la atenuante ordinaria en los casos en que el drogodependiente o toxicómano ya se halla, en el momento de delinquir, bajo los efectos de un síndrome de abstinencia que no haya dado lugar a la apreciación de la eximente completa o incompleta. PADILLA ALBA trae en su apoyo dos argumentos: el de que lo que origina dicho síndrome es, justamente, la dependencia física y/o psíquica y el de que, habitualmente, los drogodependientes delinquen buscando los recursos que les eviten «verse bajo los efectos del síndrome». A mi modo de ver, la concurrencia, junto con la grave adicción, de un síndrome de abstinencia con influencia, aunque sea menor, en la imputabilidad del sujeto excede de lo que, en puridad, procede valorar con ayuda de la atenuante segunda. Reconozco, con todo, que hacerla confluír con la atenuante analógica, apostando, en consecuencia, por su compatibilidad, no dejará de suscitar reparos de diversa índole. El argumento sugerido por PUENTE SEGURA me parece, empero, incontestable: el Código penal no requiere que el delito se cometa «exclusivamente» a causa de la adicción, debiendo ser interpretado, en consecuencia, en el sentido más favorable al reo. *Vid.* (n. 3), p. 363.

(24) *Vid.*, en este sentido, la SAP Bilbao de 10 de enero de 2001.

la atenuación («actuar a causa de»), y no en los efectos psicológicos que puedan o deban derivarse de la adicción, parece un obstáculo difícil de salvar por quienes se suman a la idea del déficit de imputabilidad. El Código penal apunta nítidamente a la drogadicción como estímulo inmediato para la comisión de un delito, abocando a orientar la atenuante a los casos de delincuencia funcional condicionada, justamente, por ella (25). Si no se hace mención alguna a sus efectos sobre las facultades de comprensión y autodeterminación del sujeto, lo más razonable –y respetuoso con el principio de legalidad (26)– será pensar que, de una u otra forma, su fundamento se orienta en otro sentido.

Por otra parte, la lectura de los artículos 20.2.º y 21.2.ª deja traslucir la voluntad de diversificar el tratamiento penal de los estados relacionados con la ingesta de drogas, bebidas alcohólicas y otras sustancias análogas, para incluir en el primero la intoxicación plena y el síndrome de abstinencia y reconducir al segundo las hipótesis en que el motivo de la actuación del sujeto es, precisamente, su grave dependencia. El legislador parece hacerse eco del criterio (científico) que considera que para identificar un estado de adicción no es necesario, ni mucho menos, que el sujeto se halle bajo el síndrome de abstinencia –ni en los momentos inmediatamente anteriores– o en estado de intoxicación, por mucho que la aparición de aquel sí vaya normalmente asociada a una situación patológica de fuerte dependencia (27). La no afectación de las facultades de comprensión y autodeterminación es, a mi modo de ver, claramente, uno de los ejes de la configuración legal de la atenuante (28). La situación del adicto que, en el momento de delinquir, acusa, además, otros efectos del consumo prolongado y que condicionan su imputabilidad –por ejemplo, además

(25) De esta misma opinión, aunque sin extraer de ello las consecuencias apuntadas en el texto, CASANUEVA SANZ (n. 7), p. 108; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 423, 445 y 446; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 685 y 686.

(26) Así lo reconocen, a pesar de sumarse a la construcción de la disminución de la imputabilidad, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 485.

(27) Cfr. PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361; OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144; LORENZO SALGADO (n. 15), p. 28.

(28) Eso es lo que sugieren declaraciones como la recogida en la STS de 24 de febrero de 2005: «A diferencia de la eximente completa o incompleta e, incluso, degradable hasta supuestos de atenuación analógica, derivada de la anomalía o alteración psíquica del autor del ilícito, que requiere el que se vean comprometidas las facultades psíquicas de este, para producir sus efectos de exención o atenuación de la responsabilidad criminal, la atenuante específica de drogadicción del artículo 21.2.ª del Código penal, dirigida no tanto a la referencia de la imputabilidad del sujeto sino a la de la motivación de su conducta, tan solo requiere la constancia de una grave dependencia de las sustancias psicoactivas y que sea esta la que se erige en móvil de la conducta delictiva».

del síndrome de abstinencia, determinadas psicosis, como la celotipia alcohólica (29)— no da pie, por consiguiente, a ningún concurso aparente de leyes penales: en el sistema del Código penal español el art. 21.2.^a no se abre a soluciones de compatibilidad, ni con la existente incompleta del art. 21.1.^a, en relación con el 20.2.^o, ni con la atenuante analógica. Por eso no resulta redundante y debe merecer, en líneas generales, una valoración positiva (30).

Por último, en tercer lugar, entiendo que si la esencia de la atenuante estribase en un problema de imputabilidad disminuida, carecería de sentido circunscribir su ámbito de aplicación a los delitos asociados a la obtención de las sustancias de que depende el sujeto, que es, como se verá, lo que propugna la jurisprudencia dominante (31). Ya que la alteración de las facultades psíquicas, por consecuencia de la drogadicción, puede incidir en la realización de cualquier delito, esa restricción del elemento causal de la circunstancia requerirá de una explicación distinta (32). También en este punto la construcción de Rodríguez Mourullo es, a mi juicio, más que convincente. La privación de la droga puede producirle al adicto sufrimientos (físicos y psíquicos) intensos, que únicamente podrá remediar volviendo a consumirla o sometién dose a un complicado y, en ocasiones, caro tratamiento de desintoxicación. Esa presión motivacional justificada, probablemente, una menor exigencia de cumplimiento de las normas (jurídico-penales) relacionadas, precisamente, con la obtención de las sustancias de que depende. Así entendida, la *ratio* de atenuante entronca, pues, con la existencia de un contramotivo que sirve

(29) Sobre ello *vid.* OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144.

(30) Cfr. ROPERO CARRASCO/ZAMORANO MORENO (n. 15), p. 16.

(31) Utiliza también este argumento MARTÍNEZ GARAY (n. 16), pp. 443 y 444. Efectivamente, la mayoría de las resoluciones judiciales identifican al destinatario de la atenuante con un sujeto que delinque buscando, por una parte, obtener los recursos que necesita para mantener el consumo a corto plazo de drogas y, por otra, conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus hábitos: *vid.* STS de 17 de febrero de 1997, STS de 31 de marzo de 1997, STS de 27 de febrero de 1998, STS de 5 de marzo de 1998, STS de 19 de octubre de 1999, STS de 1 de octubre de 2001, STS de 10 de diciembre de 2001, STS de 6 de octubre de 2004, STS de 26 de julio de 2006, STS de 27 de abril de 2007, STS de 20 de junio de 2007, STS de 5 de febrero de 2013, STS de 25 de abril de 2013 y STS de 2 de octubre de 2013.

(32) El razonamiento de GOYENA HUERTA en este punto me parece extraordinariamente gráfico: «si la *ratio* final de esta atenuante es la de moderar la pena en atención a la pérdida de las facultades intelectivas y volitivas del agente, no parece razonable hacer depender tal atenuación de un requisito meramente temporal, cual es la previa adicción, ya que esa equivale a un hábito y, por tanto, exige una continuidad en el tiempo». *Vid.* (n. 7), p. 92.

para relajar, frente al drogadicto, la exigencia general de realización de comportamientos ajustados a Derecho (33).

Su fundamento presenta, entonces, una doble vertiente: una positiva, integrada por la consabida acción sobre la motivación que condujo al sujeto a delinquir; y otra negativa, constituida por la no incidencia en aquellas facultades cognitivas que permiten ajustar la voluntad a los requerimientos de la norma y por el no condicionamiento de la capacidad para motivarse con arreglo a ella. Ello es lo que nos descubre el verdadero significado de la circunstancia, orientada a las actuaciones incentivadas por la adicción y en que no concurren déficits de imputabilidad. Por esa razón debe excluirse cuando la relación entre la adicción y el delito cometido tiene otro alcance, tal y como hacen los pronunciamientos jurisprudenciales que se sitúan en esta línea interpretativa (34).

En todo caso, y al doble objeto de mejorar la factura técnica de la atenuante y de facilitar su intelección, me pronuncio a favor de incorporar al art. 21.2.^a –inalterado en todos sus términos tras la entrada en vigor de la LO 1/2015– la referencia «sin que dicha adicción afecte a su imputabilidad». A partir de ella resultaría mucho más sencillo, como se verá en un momento posterior, asignarles a la atenuante muy cualificada y a la analógica el espacio o campo de aplicación que legalmente les corresponden (ambas vienen previstas en relación con todas y cada una de las causas de atenuación ordinaria del art. 21).

2. Análisis de los elementos de la atenuante

A tenor del art. 21.2.^a, la atenuante se compone de dos elementos, que trataré por separado. En primer lugar me centraré en su presupuesto, circunscrito a una situación de grave adicción a cualquiera de las sustancias mencionadas en el art. 20.2.^o CP, y que, como ya he indicado, debe diferenciarse de otros conceptos como los de abuso de sustancias psicoactivas, intoxicación por sustancias psicoactivas o sín-

(33) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 214.

(34) Aludo a las resoluciones que dejan al margen de la circunstancia las dinámicas delictivas que no guardan relación con la necesidad de consumir droga con carácter inmediato (caso del homicidio, las lesiones graves, las falsedades documentales, el atentado y la resistencia a la autoridad...), así como, más en general, los hechos perpetrados a lo largo de varios meses y en punto a los cuales la adicción jugaría, a lo sumo, «como impulso organizado (racional y dominable)»: *vid.* STS de 23 de febrero de 2001, STS de 19 de octubre de 2001, STS de 11 de marzo de 2002, STS de 12 de noviembre de 2002, STS de 19 de noviembre de 2002, STS de 7 de octubre de 2005, STS de 25 de abril de 2013 y STS de 9 de octubre de 2013.

drome de abstinencia (35). Por otra parte, al emplear el término «causa», el legislador deja claro que no es suficiente con que el sujeto realice cualquier actividad delictiva: el delito cometido deberá ser, justamente, el resultado de la situación de dependencia. Al análisis de esa conexión causal dedicaré el segundo apartado de este epígrafe.

2.1 LA GRAVE ADICCIÓN A DETERMINADAS SUSTANCIAS

Existe un cierto consenso doctrinal y jurisprudencial a la hora de presentar a la drogadicción, genéricamente, como una realidad biopatológica integrada por la existencia de una intoxicación grave y de una cierta antigüedad, que deberá ser mayor o menor dependiendo de la sustancia ingerida o consumida (36). Ajustando esa definición, algunos autores son partidarios de hacer equivalente el término «adicción» al de dependencia hacia determinadas sustancias y de interpretarlo, tanto a la luz de las diversas relaciones de la OMS, como de otros criterios diagnósticos (entre ellos, los del DSM-V) formulados para la dependencia de sustancias (37).

Esta segunda solución es la que daré por buena en este trabajo, por aportar mayores dosis de seguridad jurídica. Conviene recordar, en este sentido, que la OMS la conceptúa como un estado psicológico y, a veces, también físico, que resulta de la interacción entre un organismo vivo y un fármaco y que se distingue por alteraciones en el comportamiento o reacciones que siempre incitan a su consumo continuado o periódico, ya para experimentar los efectos psíquicos, ya para evitar el malestar consiguiente a su privación (38). En esa misma línea, el DSM-V habla de un patrón desadaptativo de consumo de una sustancia que conlleva un deterioro o malestar clínicamente significativos, expresado por tres (o más) de los siguientes ítems, en algún momento de un período continuado de doce meses: tolerancia –identificada, a su vez, a partir de ítems específicos–; abstinencia –asimismo determinada por ciertos ítems–; toma de la sustancia con frecuencia en cantidades mayores o durante un período más largo de lo que inicialmente se pretendía; deseo persistente o esfuerzos infructuosos para controlar o interrumpir el consumo; empleo de mucho tiempo en actividades relacionadas con su obtención, en su consumo o en la

(35) Insiste en ello LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596.

(36) *Vid.*, por ejemplo, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 216, restringiendo el concepto, sin embargo, a los casos de dependencia física; ARIAS EIBE (n. 7), p. 214.

(37) *Vid.* PUENTE SEGURA (n. 3), p. 359; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 231; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 683 y ss.

(38) Recojo la definición de PADILLA ALBA (n. 4), p. 684, que aporta numerosas indicaciones bibliográficas al respecto.

recuperación de sus efectos; reducción de importantes actividades sociales, laborales o recreativas debido al consumo; y continuación en la toma de la sustancia a pesar de tener conciencia de sufrir problemas psicológicos o físicos recidivantes o persistentes, que parecen causados o exacerbados por su consumo.

En la descripción legal de la atenuante, la adicción –que de acuerdo con las referencias que acaban de traerse a colación lleva ya ínsita una nota de intensidad– viene acompañada del adjetivo «grave». Se trata, evidentemente, de un elemento sujeto a la valoración del juez o tribunal, que procederán con el correspondiente asesoramiento técnico. Dicho ello, lo cierto es que la identificación de los factores que permitirán su concreción es, de nuevo, objeto de debate. La doctrina, por ejemplo, hace acopio de una diversidad de criterios, entre los que se cuentan la habitualidad o prolongación en el tiempo del consumo, el número de síntomas que presenta el adicto, el grado de repercusión de la adicción en la vida social e interpersonal, la clase de sustancia de la que se depende y de delito cometido, el grado de debilitamiento de las facultades volitivas y hasta la importancia de las consecuencias experimentadas por quien sufre un síndrome de abstinencia (39). La toma en consideración de alguno o varios de ellos ha llevado a proponer, a su vez, una restricción de las sustancias que se hallan en la base de la atenuante, para radiar, entre otras, por su accesibilidad, el alcohol y las benzodiazepinas (40). Un sector de la jurisprudencia, por su parte, califica la gravedad de la adicción a partir de la intensidad de los efectos del consumo o de la intoxicación, insistiendo en que deben traer consigo una afectación significativa de la imputabilidad. Para constatarlo sigue dos procedimientos distintos. El primero pasa por establecer la gravedad caso por caso, examinando las consecuencias que la ingesta ha pro-

(39) *Vid.* PUENTE SEGURA (n. 3), p. 361; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), p. 881; LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596, alinea la gravedad con la «presencia de un gran número de síntomas» o con «una importante repercusión en la vida social e interpersonal del sujeto dependiente»; RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 14), p. 112, mencionando únicamente el grado de dependencia y la clase de droga; PADILLA ALBA (n. 4), p. 685, a cuyo juicio «el dato temporal del número de años de adicción puede ser uno de los criterios que permitan valorar la gravedad»; mismo autor (n. 7), p. 202, apuntando que en los casos de intoxicación crónica «el reconocimiento de la gravedad de la adicción debería hacerse de forma casi automática». Propone también que se valore que se trate de un hábito prolongado en el tiempo –aunque no como factor principal– GOYENA HUERTA (n. 7), p. 95.

(40) Menciona expresamente al alcohol, por el contrario, como una de las sustancias que pueden generar la situación de adicción que está en la base de la atenuante LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596.

ducido en el sujeto, en función de sus características personales (41). Otros pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, acuden, en cambio, a datos como la concentración del alcohol en la sangre, el tiempo de consumo, los antecedentes de la adicción o la cantidad de droga ingerida diariamente, sin necesidad de exigir una prueba exhaustiva y fehaciente del estado del sujeto en el momento de comisión de los hechos –que en un elevado número de casos no sería posible, lógicamente, recabar– (42).

Tal y como he indicado en un momento anterior, en mi opinión, la atenuante segunda no puede considerarse el *alter ego*, en términos de menor intensidad, de la eximente del art. 20.2.º El texto punitivo lo indica con una claridad meridiana: la gravedad no guarda relación con el deterioro de las facultades psíquicas del sujeto, sino con la adicción, es decir, con el detonante de la menor exigibilidad (del menor reproche penal) con que se examina su comportamiento. Al asumir ese punto de vista –convalidado por una emergente praxis que estima posible modificar la responsabilidad penal por adicciones desconectadas de alteraciones o afectaciones psíquicas (43)– no puedo compartir, evidentemente, la primera las propuestas jurisprudenciales reseñadas.

El adjetivo «grave» debe servir para perfilar mejor las situaciones en que observar la norma es menos exigible o, por mejor decir, en que el legislador ve razonable mitigar la responsabilidad de quien delinque para adquirir las sustancias de que depende. Siendo así, lo lógico será establecer su significado en función de los parámetros que se den por buenos a la hora de definir el propio concepto de adicción, en mi caso, principalmente los descritos –como graduables– en el DSM-V. Trabajar con esa referencia normativa permite conjurar, sobradamente, el riesgo de que los tribunales beneficien con la circunstancia a cualquier sujeto que sienta deseos (más o menos acusados) de consumir alguna clase de droga, al tiempo que dota de concreción al criterio de la duración del consumo, utilizado de manera recurrente por el Tribunal Supremo. Por lo demás, hay que convenir en que esa situación de menor exigibilidad sólo se verificará, por regla general, en relación con la llamada toxico-

(41) *Vid.*, por ejemplo, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, SAP Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP Guadalajara de 26 de noviembre de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, SAP Barcelona de 15 de enero de 2013 y SAP Barcelona de 15 de abril de 2013.

(42) *Vid.* STS de 3 de septiembre de 1998, STS de 2 de diciembre de 1998, STS de 21 de enero de 2004, STS de 6 de octubre de 2004, STS de 26 de julio de 2006, STS de 27 de abril de 2007, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, SAP Burgos de 14 de diciembre de 2012, STS de 6 de febrero de 2013, STS de 12 de febrero de 2013, STS de 18 de junio de 2013 y STS de 8 de octubre de 2013.

(43) *Supra* nota 15.

dependencia (adicción a heroína, a barbitúricos, a benzodiacepinas...). La urgencia de procurarse alcohol no inducirá, en circunstancias normales, a delinquir (44). En el sistema que aquí presento, y que es deudor del esbozado por Rodríguez Mourullo, las posibles disminuciones de la capacidad de culpabilidad del sujeto, a resultas de una adicción intensa y de larga duración, tendrán mejor acomodo en la atenuante sexta en relación con la eximente incompleta prevista en el art. 21.1.^a

2.2 LA VINCULACIÓN ENTRE EL ESTADO DEL SUJETO Y LA COMISIÓN DEL HECHO: EL ELEMENTO CAUSAL Y SU INTERPRETACIÓN

Otro de los rasgos distintivos de la atenuante segunda es su vinculación directa con la conducta delictiva perpetrada. Tal y como enfatiza el legislador, lo que agrava no es la condición de drogadicto del sujeto activo, sino la relación causal existente entre su adicción y la realización del delito (45). En consonancia con lo indicado en materia de fundamento, dos son, de nuevo, las opciones interpretativas que se han ido abriendo paso a la hora de precisarla. El ámbito de aplicación de la circunstancia variará según se acoja una u otra.

En primer lugar, cabría alinear esa relación con la situación de déficit en que el sujeto ha cometido el delito (un hecho perpetrado «por causa», entonces, de una imputabilidad disminuida). La estructura de la circunstancia replicaría, así, la relación existente entre los elementos que fundamentan, en la concepción clásica, las alteraciones de la imputación: de la grave adicción –el presupuesto psiquiátrico– se seguirá una alteración de las facultades volitivas y/o intelectivas (46). De optarse por este planteamiento, lo lógico será proyectarla, además de sobre la delincuencia funcional en el sentido más estricto del término (los delitos contra la propiedad o la salud pública asociados a la autofinanciación del consumo de drogas), sobre cualquier actuación delictiva directa o indirectamente vinculada a la adicción, así como, y ya más en general, sobre todas las situaciones de intoxicación o síndrome de abstinencia concomitantes con la realización de un delito y que, al no cumplir todas las exigencias descritas en los artícu-

(44) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 216.

(45) Subrayan también ese dato, entre otros, VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (n. 7), p. 130; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; ARIAS EIBE (n. 7), p. 215; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 423 y 430; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; LORENZO SALGADO (n. 15), p. 33.

(46) *Vid.* LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 595; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 232; con matices, PADILLA ALBA (n. 4), p. 686, que considera «implícita», en los requisitos de la grave adicción y del nexo causal, «la afectación, aunque sea mínima, de la capacidad de obrar del individuo».

los 20.2.º ó 21.1.ª, no traen consigo una exención –ni total ni parcial– de la responsabilidad penal (pero que sí merecerían una atenuación de la pena, habida cuenta del déficit intelectual-volitivo que presenta el sujeto) (47). En los repertorios jurisprudenciales encontramos diversos ejemplos de este criterio, puesto en práctica en relación con delitos como los de violencia contra la mujer, contra la libertad sexual o contra la fe pública, entre otros (48).

La tesis de la menor exigibilidad del deber de observar un comportamiento acorde con el Derecho, por causa del temor que le produce al adicto el advenimiento de una situación de sufrimiento, redundante, en cambio, en una interpretación mucho más estricta del elemento causal. La atenuante se asociará, por esta vía, a los delitos cometidos, ya no en concomitancia con una situación de adicción, sino bajo su compulsión y con la finalidad de obtener nuevas dosis de la sustancia que la provoca (49). El perfil legal de su beneficiario

(47) No me parece muy congruente, por ello, la línea argumental seguida, entre otros, por MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (n. 6), p. 881; VALLE MUÑOZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; CORCOY BIDASOLO (n. 3), pp. 232 y 233; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 685 y 686. En rigor, si se afirma que la atenuante se circunscribe a los supuestos en que existe una alteración en la toma de decisión del sujeto en su actuación antijurídica, por estribar su fundamento en una afectación de su imputabilidad, su ámbito «normal» de aplicación debería ir mucho más allá de la delincuencia realizada bajo la compulsión de la adicción y con la finalidad de conseguir nuevas dosis. En los términos en que lo plantean estos autores, la grave adicción supondría un inaplicable beneficio para quienes perpetran delitos funcionales «al consumo», salvedad hecha de la posibilidad de cubrir todas las actuaciones delictivas en condiciones de imputabilidad disminuida y no incentivadas por la consecución de droga para la adicción con la atenuante analógica, tal y como defienden, entre otros, CASTELLÓ NICÁS (n. 4), pp. 445 y 446 o el propio PADILLA ALBA (n. 4), p. 686. La propuesta que aquí se hace permite cerrar el sistema sin necesidad de –ni arriesgarse a– hacer de la atenuante analógica, de nuevo, su piedra de toque.

(48) *Vid.*, entre otras, STS de 12 de enero de 1996, STS de 23 de marzo de 1999, STS de 16 de julio de 1999, SAP Sevilla de 23 de febrero de 2005, STS de 30 de junio de 2005, STS de 28 de abril de 2005 y STS de 4 de junio de 2013.

(49) Suscribe esta interpretación del elemento causal de la atenuante, si bien examinando su fundamento sobre el plano de los déficits en la capacidad de culpabilidad, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825. Trabajando con esa misma idea, para un sector de la jurisprudencia los únicos que permitirán inferir la presencia de esa relación causal, sin precisarse prueba específica alguna, serán los delitos patrimoniales de apoderamiento (esencialmente robo, en sus distintas modalidades, y hurtos para obtener dinero, pero también daños, receptación o estafa) y los delitos contra la salud pública (tráfico de drogas en pequeña escala, «al menudeo», únicamente para atender al autoconsumo, delitos episódicos o con un alcance cronológico puntual, alentados exclusivamente por el fuerte impulso de satisfacer la propia dependencia): *vid.* STS de 21 de abril de 1998, STS de 16 de julio de 1998, STS de 3 de septiembre de 1998, STS de 2 de diciembre de 1998, STS de 23 de febrero de 1999, STS de 10 de mayo de 1999, STS de 13 de mayo de 1999, STS de 14 de junio de 1999, STS de 17 de marzo de 20303, STS de 16 de marzo de 2007, STS de 27 de abril de 2007 y STS de 28 de junio de 2013.

será el de un drogadicto que roba o trafica, porque se le presenta la ocasión idónea, para financiarse el consumo de la droga y consumirla antes de que se manifiesten los primeros síntomas relevantes de la abstinencia.

En coherencia con la secuencia lógica descrita por el propio legislador en el art. 21.2.^a, en este trabajo se apuesta por la segunda solución, la de circunscribir la esfera de acción de la circunstancia a los delitos relacionados con el abastecimiento de la sustancia a la que el autor es adicto. A tenor de aquel la dependencia debe ser la causa impulsiva, el elemento detonante, de la comisión del hecho delictivo. La atenuante se enmarca, por consiguiente, en una determinada línea de intervención político-criminal (orientada a luchar contra la delincuencia de diagnóstico) que propugna, entre otras cosas, la implantación de medidas de deshabituación (50). Prueba de ello es el régimen especial de suspensión de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años previsto en el artículo 80.5 del CP (que hace también alusión a hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia «de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20») (51). Por lo demás, va de suyo que si el destinatario de la atenuante es quien delinque bajo la compulsión de la adicción, será preciso que la padezca, justamente, en el momento de la ejecución (52), y, tratándose de delitos basados en una reiteración de conductas, durante todo el período de tiempo en que se desarrollaron.

Parece claro, en definitiva, que con esa referencia causal el Código mira a los supuestos en que el delito se halla verdaderamente vinculado a la adicción y tiene sentido como forma de sufragarla. Lo que ha captado su atención, con razón, es la figura del drogodependiente que delinque para procurarse la droga y evitar, así, el síndrome de absti-

(50) Cfr. VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281, que vincula, sin embargo, el fundamento de la atenuante a la afectación de la imputabilidad del sujeto.

(51) Destacaba esta misma cuestión, en referencia al régimen especial de suspensión de las penas privativas de libertad previsto en el artículo 87 del CP de 1995, RODRÍGUEZ MOURULLO (n. 4), pp. 112 y 113. En cambio, la aplicación en estos casos de los artículos 104 y 105 sería contraria al principio de legalidad de las medidas de seguridad, por haberse contemplado únicamente en relación con «los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20». Cfr. GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, p. 777. Ese dato aboga por la necesidad de delimitar con la mayor claridad posible los ámbitos de aplicación de la eximente incompleta y de la atenuante muy cualificada.

(52) Cfr. ARIAS EIBE (n. 7), p. 215.

nencia, haciendo de aquel, con frecuencia, su medio de vida (53). Debe dársele la razón, entonces, a quienes desechan el empleo del art. 21.2.^a en supuestos de venta o, en general, de realización de actos de ejecución o promoción de tráfico ilegal por quienes poseen drogas y dinero para procurárselas, es decir, con la finalidad de obtener un lucro o una mejora de su situación económica (54). Siguiendo ese mismo esquema, tampoco deberían beneficiarse de él, en mi opinión, el controlador aéreo alcohólico que se ausenta de su puesto para beber, dando lugar a un grave accidente por no suministrar las pertinentes informaciones, ni el maltratador, asimismo, alcohólico que, tras entablar una discusión con su pareja, le lanza a la cara la olla de agua hirviendo en la que estaban preparando la comida (55). Los delitos que carecen de relación con la drogodependencia que sufre el sujeto (lesiones, homicidio, delitos contra la integridad moral, amenazas, delitos contra la libertad sexual, falsificación de moneda, falsedades documentales, tenencia ilícita de armas...) deben permanecer, pues, extramuros de esta causa de atenuación, a pesar del criterio extensivo aceptado por alguna jurisprudencia sobre el particular (56).

Mayores dudas ofrecen los ilícitos teóricamente desvinculados de la adicción padecida por el sujeto pero que forman parte, sin solución de continuidad, de la dinámica comisiva propia de la delincuencia funcional (un homicidio cometido en conexión con un robo o un tráfico de drogas). La jurisprudencia los adscribe, de nuevo, al campo de intervención de la atenuante, recurriendo al doble argumento de que componen, con el delito funcional de que se trate, una misma situación, sin fracturas temporales, y de que son interpretables a la luz de idéntica disminución de las facultades intelecto-volitivas (57). Por mi

(53) OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 147, no duda en presentar este supuesto como «el que produce mayor número de problemas en el ámbito jurídico-penal».

(54) Diversas sentencias excluyen la atenuante, en el ámbito del tráfico de drogas, en casos de incautación de cantidades de notoria importancia, de un instrumental importante para preparar la droga y, en general, en las operaciones cuyo nivel y monto económico habrían sobrepasado, con creces, las meras necesidades de consumo ocasional: *vid.* STS de 7 de marzo de 2003, STS de 21 de mayo de 2010, STS de 8 de mayo de 2013, STS de 23 de mayo de 2013, STS de 18 de junio de 2013 y STS de 10 de Julio de 2013.

(55) Idéntica valoración merecen dos de los supuestos citados por PUENTE SEGURA: la comisión de un delito de atentado para escapar de una detención que le impedirá consumir la droga a que es adicto durante un tiempo determinado y la incomparecencia voluntaria en un juicio, tras haber recibido la pertinente citación, para consumir droga en ese momento. *Vid.* (n. 2), p. 363.

(56) *Infra* notas 102 y 103.

(57) *Vid.*, por ejemplo, SSTS de 29 de julio de 2005 –apreciándola en relación con los delitos de homicidio, tráfico de drogas y robo, a pesar de que la sentencia de instancia únicamente la había hecho valer en los dos últimos– y de 13 de diciembre de 2005.

parte, y en conexión con la tesis que he defendido a propósito de su fundamento técnico, considero que la existencia de un vínculo temporal o contextual entre el delito funcional de que se trate y otros delitos no debería valorarse como un dato suficiente como para proyectarla sobre ellos, en tanto en cuanto no pueda acreditarse que su realización vino, asimismo, motivada por la obtención de recursos con que sufragar la drogodependencia. El único supuesto en que se da cumplimiento a su requisito causal es el de la delincuencia motivada por la necesidad de atender a la propia adicción, realizada para obtener dinero con el fin de conseguir droga para el autoconsumo. Su sentido no apunta, ni a considerar la importancia del consumo de drogas como factor criminógeno –de primer grado, por cierto–, ni a sopesar, siquiera de modo colateral, su incidencia en las facultades del sujeto a la hora de perpetrar delitos (58). La delincuencia asociada a los episodios de embriaguez o mera perturbación sin adicción cae fuera, por consiguiente, de su radio de acción.

Probablemente, la interpretación que acabo de exponer convierte en superflua la polémica sobre la aplicación de la circunstancia en los delitos omisivos, alimentada por los términos empleados por el legislador («actuar el culpable...»). Con independencia de que los delitos susceptibles de ser cometidos por causa de la drogadicción serán, fundamentalmente, de acción (hurtos, robos...), nada impide que las situaciones de menor exigibilidad a que alude puedan verificarse, asimismo, en relación con actuaciones omisivas. Un buen ejemplo de ello lo ofrece Suárez-Mira Rodríguez: el caso de un drogadicto que ha recibido indebidamente dinero en su cuenta bancaria y que, comprobado el error, no procede a su devolución, empleándolo, posteriormente, en adquirir la droga a la que es adicto (59).

(58) La delincuencia motivada por la grave adicción del sujeto presenta unos perfiles muy distintos de los de la asociada a los episodios de embriaguez o mera perturbación sin adicción. *Vid.*, en este sentido, OBREGÓN GARCÍA (n. 7), pp. 144 y 145, incluyendo en el campo de incidencia de la embriaguez, por ejemplo, los delitos contra la vida y la salud, la libertad sexual, el honor, la seguridad del tráfico, el orden público y el patrimonio (en especial las infracciones sin ánimo de lucro, como los daños). Si bien acogiendo un planteamiento diverso –en la medida en que asocia la atenuante segunda a un efecto de afectación psíquica–, CASTELLÓ NICÁS se hace también eco de la distinción reflejada en el texto, cuando escribe que «es obvio que se puede matar, agredir a la libertad sexual de otro, o atentar contra cualquier bien jurídico, pero no «a causa de su grave adicción», sino estando bajo los efectos de una «disminución de la imputabilidad» que condicione su estado psíquico». *Vid.* (n. 7), p. 446.

(59) *Vid.* SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 214

3. La cuestión de la *actio libera in causa*

Una corriente doctrinal excluye la apreciación de la atenuante cuando el responsable había podido prever la repercusión de la adicción en la comisión del hecho, trasladando, por consiguiente, al actual art. 21.2.^a los requisitos del art. 9.2.^a del CP Texto Refundido de 1973 (60). Ese es, por ejemplo, el planteamiento de Morales Prats, a cuyo juicio los supuestos de *actio libera in causa* dolosa o imprudente relacionados con situaciones de semiimputabilidad (art. 21 en relación con los números 1 y 2 del art. 20) o de atenuación por adicción a las drogas o al alcohol conllevan la exclusión de las eximentes incompletas y de la atenuante segunda, respectivamente, por ausencia de uno de sus elementos esenciales (61). En cambio, para García Arán y Córdoba Roda es el propio texto punitivo el que impone la interpretación contraria, al no venir condicionada la aplicación del art. 21.2.^a, en absoluto, a que el sujeto no hubiera buscado la drogadicción con el propósito de cometer la infracción o a que no hubiera previsto ni debido prever su realización (62). También un sector de la jurisprudencia parece defender la apreciación de la atenuante analógica a la de grave adicción –si bien excluyendo la imposición de la pena en la extensión mínima de la mitad inferior– cuando el sujeto era conocedor de los efectos del alcohol en su organismo y tenía, por lo tanto, el deber de prevenir las eventuales consecuencias del consumo (63).

En estas páginas se examina esa problemática con más distancia, y no porque no deba contemplarse la posibilidad de que, de una manera más o menos consciente, un sujeto consuma drogas para envalentonarse y perpetrar, de esa manera, actos delictivos del perfil de los que aquí consideramos o, sencillamente, de que al inicio de la drogadicción hubiera previsto o debido prever su realización. De hecho, con arreglo a la teoría de los «factores precipitantes directos», formulada en el contexto de los delitos de violencia contra la

(60) Vid. ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7) pp. 80 y 81; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 282; GOYENA HUERTA (n. 7), pp. 108 y 109.

(61) Vid. MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 198. Algunas sentencias insisten, asimismo, en que, para poder apreciarse la atenuante, la disminución de la imputabilidad no deberá haberse provocado con el propósito de delinquir, no pudiendo, tampoco, haberse previsto o debido prever la realización del delito: vid. SSTs de 26 de julio de 2006 y 6 de julio de 2010, SAP Almería de 22 de octubre de 2012, SAP Santander de 18 de febrero de 2013 y STS de 28 de junio de 2013.

(62) Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 486. Vid. también, en el mismo sentido, ARIAS EIBE (n. 7), p. 216; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 233.

(63) Vid. AP Madrid de 10 de enero de 1999.

mujer, la predisposición al descontrol o la permisividad con relación a las propias conductas se incrementa con el consumo de sustancias adictivas (64).

Lo que sucede es que la atenuante segunda no pondera, en absoluto, los efectos que la intoxicación «por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos» produce en la imputabilidad, que es el presupuesto fáctico al que el legislador vincula la cláusula relativa a la *actio libera in causa* (art. 20.2.º) (65). Apartándose de lo que ha sido una constante histórica en los textos punitivos españoles desde 1848, el actual art. 21.2.ª no considera la disminución de la imputabilidad por consecuencia del consumo simple, limitándose, por el contrario, a atenuar la responsabilidad penal del que «actúa a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior». No ha lugar, en consecuencia, a plantearse el rechazo de la circunstancia cuando la intoxicación fue buscada para delinquir o el agente previó o debió prever la repercusión del consumo en la comisión del hecho. Justamente está llamada a intervenir en los supuestos en que aquel no ha visto minoradas sus capacidades intelectivas o volitivas por la ingestión, la inhalación o la aplicación de drogas. Ese es su perfil (legal), como se ha indicado en los apartados anteriores.

Descartada su consideración para las atenuantes ordinaria y analógica (a la ordinaria), es evidente que la conducta de quien, de antemano, buscara provocarse un estado de intoxicación con el propósito de perpetrar un determinado delito en el ámbito que aquí nos ocupa (violencia contra la mujer), o hubiese previsto o debido prever su comisión, se saldará con las responsabilidades penales que correspondan, no pudiendo tenerse en cuenta aquel ni a título de eximente (completa o incompleta) ni de atenuante analógica (a la eximente).

4. La delimitación de la atenuante frente a la eximente incompleta

Además de su trascendencia práctica, la delimitación entre la atenuante de grave adicción y la eximente incompleta se implica con cuestiones relevantes de legalidad y tipicidad penales (como la exacta definición de sus respectivos ámbitos de aplicación), seguridad jurídica y, también, política criminal (pensando en el papel que debe asig-

(64) Cfr. MÚGICA SAN EMETERIO, E., «El perfil psicológico de la víctima y el agresor», en BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A. (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, p. 334.

(65) *Vid.* por todos LORENZO SALGADO (n. 15), p. 28.

nársele a una y otra en el sistema de las consecuencias jurídico-penales de la drogadicción).

Ya sabemos que, con arreglo a la tesis dominante, la intensidad de la adicción y su influencia en la imputabilidad del sujeto constituyen elementos normativos que determinarán, en su caso, la concurrencia de la causa de inimputabilidad completa (eximente) o incompleta (eximente incompleta), de la atenuante ordinaria, de la analógica o, incluso, de la muy cualificada. El ámbito de aplicación de la eximente incompleta se correspondería, de esta forma, con los casos en que la intoxicación no produce plenos efectos sobre la capacidad de conciencia y/o voluntad del adicto o drogodependiente o en que este actúa bajo un síndrome de abstinencia limitado, abarcando asimismo la drogodependencia grave asociada a otras causas deficitarias del psiquismo, como las oligofrenias, las psicopatías y los trastornos de la personalidad leves (66). La circunstancia del art. 21.2.^a se reservaría, en cambio, para las situaciones en que sus facultades volitivas y/o intelectivas se hallan (aunque sea mínimamente) afectadas o deterioradas por consecuencia de la adicción, dando también cobertura, en esa medida, a las actuaciones desarrolladas bajo la influencia de un síndrome de abstinencia pero de menor rango –todavía– (67).

Por mi parte, me sumo a la postura minoritaria que apuesta por reconocerles plena autonomía de contenidos, al situar el centro de gravedad de la segunda en la motivación del sujeto para delinquir, y no en la concurrencia de causas de alteración de la imputabilidad. Las alteraciones o anomalías psíquicas provocadas por el consumo prolongado de alcohol (cuadros depresivos, alucinatorios o delirantes, deterioros cerebrales orgánicos, problemas de memoria y de desorien-

(66) *Vid.* ARIAS EIBE (n. 7), p. 215 y nota 470; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 790; GOYENA HUERTA (n. 7), p. 95; ROMÁN PINA-FUSTER (n. 7), pp. 80 y 81; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En cambio, para PUENTE SEGURA la admisión de una eximente incompleta relacionada con el síndrome de abstinencia daría pie a situaciones dudosamente coherentes con el principio de seguridad jurídica, al resultar difícil de concebir una situación intermedia entre aquel y la dependencia grave. *Vid.* (n. 3), p. 361.

(67) De esta opinión, entre otros, SUÁREZ MIRA-RODRÍGUEZ (n. 6), pp. 213 y 219, nota 192; PADILLA ALBA (n. 7), p. 202; mismo autor (n. 4), p. 686; VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES (n. 3), p. 281; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (n. 3), p. 825; MIR PUIG (n. 7), pp. 614 y 615; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN (n. 7), p. 486. En la jurisprudencia pueden verse, entre muchas otras, las siguientes resoluciones: SAP Madrid 15 de marzo de 2012, SAP Madrid 12 de julio de 2012, SAP Santa Cruz de Tenerife 15 de noviembre de 2012, SAP Madrid 12 de marzo de 2013, SAP Alicante de 15 de mayo de 2013, STS de 31 de enero de 2013, STS 26 de febrero de 2013, STS de 28 de junio de 2013, STS de 22 de Julio de 2013, STS 17 de octubre de 2013 y STS de 5 de noviembre de 2013.

tación temporal y/o espacial, demencia progresiva...) deben calificarse, entonces, con arreglo a la eximente incompleta del art. 21.1.^a en relación con la eximente primera o a la atenuante analógica, dependiendo de su intensidad. Por el contrario, un diagnóstico de abuso o de dependencia de sustancias que no haya degenerado en otro tipo de trastornos mentales adicionales abre la puerta a la apreciación de la atenuante ordinaria, siempre y cuando el sujeto no se halle, en el momento de los hechos, bajo la influencia de una ingesta ni sufriendo los síntomas de la falta de administración de la sustancia y la toxicomanía o dependencia se erija en la causa impulsiva del delito.

De la mano de esta interpretación, los grados superiores e inferiores de afectación de la imputabilidad se incorporarán al ámbito de aplicación de la eximente incompleta y de la atenuante analógica, respectivamente, llevándose a buen término, así, las pretensiones del legislador de reorganizar la regulación de la drogadicción y poner coto a la concepción –jurisprudencial y doctrinal– de aquella como un «cajón de sastre». Debe ponerse en valor, además, su rendimiento en el terreno de la prueba. De acuerdo con la tesis mayoritaria, anteriormente reflejada, la atenuación debería operar cuando la dependencia provoca una merma de las facultades mentales y volitivas que, sin ser plena, reviste la suficiente intensidad como para condicionar la capacidad de discernimiento y la libertad de acción del sujeto. En la práctica la acreditación de estos extremos supone, como se ha escrito, un verdadero acertijo (68). Si se acoge la idea de que arrancan de presupuestos y describen situaciones completamente diversos, la decisión sobre la aplicación de la atenuante o de la eximente incompleta dejará de pivotar sobre presunciones sobre el grado e intensidad de disminución de la imputabilidad o, en el mejor de los casos, sobre imprecisas pruebas testificales. Lo decisivo en relación con la grave adicción será probar que ha determinado el delito.

5. La apreciación de la grave adicción como atenuante muy cualificada

Vigente el Código penal Texto Refundido de 1973, el Tribunal Supremo había aplicado, en diversas ocasiones, la atenuante muy cualificada de embriaguez (art. 9.2.^a), exigiendo para ello una disminución intensa o notable de las facultades intelectivas y de la capacidad de inhibición del sujeto o una perturbación parcial de su inteligencia.

(68) Cfr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA (n. 8), p. 137. CASTELLÓ NICÁS se hace eco de las dificultades de prueba inherentes al hecho de que, con frecuencia, el autor no es sometido a un reconocimiento médico inmediato. *Vid.* (n. 7), p. 424.

Tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, un sector doctrinal, respaldado por una cierta praxis jurisprudencial, les atribuye los efectos del art. 66.1.2.^a a los supuestos en que a la grave adicción se une, en el momento de la comisión del delito, una situación de intoxicación efectiva, un «severísimo» síndrome de abstinencia o una alteración (69). Por el contrario, una segunda corriente de opinión rechaza la posibilidad de apreciarla como muy cualificada, argumentando que la comprobación de la gravedad de la adicción conlleva, por definición, o bien la aplicación de la eximente incompleta, o, y a tenor del artículo 21.2.^a, la de la atenuante ordinaria (70). En esa línea, algún autor ha llegado a apostar, incluso, por una reforma que elimine el adjetivo «grave» y ancle la circunstancia, exclusivamente, a la concurrencia de dos requisitos: el del vínculo funcional con el delito perpetrado y el del efecto psíquico imprescindible «para la estimación de una atenuante ordinaria» (71).

El hecho que el texto punitivo contemple la aplicación de los artículos 102, 104 y 105 únicamente en relación con los supuestos en que concurren los presupuestos materiales de la eximente completa o incompleta de drogadicción hace necesario distinguir, con claridad, los ámbitos de aplicación de la atenuante muy cualificada y de la eximente incompleta (72). Dicho ello, es evidente que si se asocia la atenuante ordinaria a una perturbación intensa de las facultades

(69) Ese parece ser el criterio de ARIAS EIBE (n. 7), p. 216. Sin reconducirlas expresamente a la figura cualificada, tanto GOYENA HUERTA –(n. 7), p. 94– como MIR PUIG –(n. 7), p. 615– califican con arreglo a la atenuante segunda las intoxicaciones por consumo de drogas que vayan precedidas de una grave adicción. Sin abordar la cuestión de su definición, ven posible la apreciación de la atenuante como muy cualificada PÉREZ CURIEL CECCHINI, J., *Tratamiento penal del drogodependiente*, Barcelona, 1999, pp. 203, 204 y 219 y ss.; PUENTE SEGURA (n. 3), p. 362; CEREZO MIR (n. 7), p. 104; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 218. En la jurisprudencia pueden verse las siguientes resoluciones: STS de 18 de julio de 2002, STS de 20 de marzo de 2003, STS de 20 de octubre de 2003, STS de 24 de febrero de 2005, STS de 2 de marzo de 2006, SAP Madrid de 23 de abril de 2012, SAP Almería de 22 de octubre de 2012, STS de 20 de marzo de 2013 y STS de 30 de abril de 2013.

(70) *Vid.* CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; misma autora (n. 7), p. 449; PADILLA ALBA (n. 7), pp. 210 y 211; mismo autor (n. 4), p. 688; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En la jurisprudencia *vid.* STS de 28 de enero de 2005, STS de 22 de noviembre de 2005, SAP Madrid de 15 de marzo de 2012, STS de 31 de enero de 2013 y STS de 21 de febrero de 2013.

(71) *Cfr.* CASTELLÓ NICÁS (n. 4), p. 304; misma autora (n. 7), p. 449.

(72) *Cfr.* GRACIA MARTÍN (n. 51), p. 777. Algún autor ha relativizado, en cambio, la importancia de la distinción, insistiendo en el dato de que, tanto en un caso como en el otro, se producen idénticos efectos de rebaja facultativa de la pena en uno (obligatoria) o dos grados (facultativa), como se sigue de los artículos 68 y 66.4.º CP. *Cfr.* BORJA JIMÉNEZ (n. 17), p. 133.

intelectivas o volitivas, la delimitación entre la muy cualificada y la eximente incompleta devendrá prácticamente imposible, ya no sólo porque, como explica González Rus, la tarea de cuantificar, con precisión, el grado de alteración de la psique humana resulta difícil de afrontar (73), sino, y sobre todo, teniendo en cuenta que la cualificación presupondría, justamente, que la perturbación de dichas facultades habrá alcanzado una intensidad superior a la normal.

En cambio, ese mismo criterio diferencial (el de la intensidad) ofrece mayor y mejor rendimiento si se parte de la base de que la atenuante y la eximente incompleta no se hallan ni en línea de continuidad ni, mucho menos, de progresión. Es esa otra perspectiva la que nos deja ver el espacio propio de la atenuante muy cualificada: las situaciones en que es la adicción misma la que reviste especial intensidad, con arreglo a las pautas normativas descritas en el DSM-V que el propio Tribunal Supremo ha ido haciendo suyas en algunos pronunciamientos (tiempo de consumo, tolerancia, abstinencia, esfuerzos para interrumpir el consumo...) (74).

6. La atenuante analógica

A resultas del sistema aquí descrito, descarto la posibilidad de construir una atenuante analógica a la ordinaria del art. 21.2.^a utilizando como criterio su –pretendida– equivalencia en cuanto a los efectos sobre el psiquismo o sobre las facultades intelectivas y volitivas del sujeto y reduciendo su presupuesto a estados de dependencia que no presenten los parámetros objetivos de gravedad que caracterizan a aquella (75). Mantenerlo hasta el final, con todas sus consecuen-

(73) Cfr. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de la violencia sobre las personas sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio», en *Revista Jurídica de Andalucía*, 2000, núm. 30, p. 22.

(74) No se trata, entonces, de atender, meramente, a la intensidad del deseo de consumir droga –como sugiere, en cambio, SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ (n. 6), p. 218.

(75) De esa misma opinión LACRUZ LÓPEZ (n. 7), p. 596; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), pp. 431, 444 y 445; GOYENA HUERTA –(n. 7), pp. 95 y 103– reserva, asimismo, la atenuante analógica a la segunda para los casos en que el sujeto sufre una adicción «leve», pero exige que vaya acompañada de una «menor afectación de la psique del sujeto». Aunque sin apuntar ningún criterio aplicativo en concreto, no ven, tampoco, mayor obstáculo para admitir una atenuante analógica a la de grave adicción SÁNCHEZ YLLERA (n. 4), p. 204 –en cuya opinión el sentido último de la agravante segunda es, precisamente, el de llamar la atención de los operadores jurídicos para que acudan a la atenuante analógica mucho más restrictivamente de lo que solían hacerlo hasta ese momento–; GOYENA HUERTA (n. 7), p. 104; PADILLA ALBA (n. 4), pp. 686 y 687; CORCOY BIDASOLO (n. 3), p. 234. En contra se manifiesta, en cambio, BORJA JIMÉNEZ (n. 17), p.133.

cias, obliga a optar por una de las siguientes soluciones: a) reconocer que el legislador no deja margen para apreciar una atenuante analógica a la atenuante segunda; ó b) ponerla en relación con adicciones en las que estén presentes los parámetros objetivos y subjetivos que determinan un diagnóstico de menor gravedad y que empujan al sujeto a realizar delitos funcionales, sin afectar, al propio tiempo, a su capacidad para comprender lo ilícito del comportamiento y actuar conforme a esa comprensión. *Tertium non datur*.

Por la primera opción se decanta un sector de la jurisprudencia, que entiende que abrir la puerta a una atenuante analógica de «leve adicción» sería tanto como configurar una atenuante incompleta, en la que estaría ausente el presupuesto esencial de la atenuante segunda (la «grave adicción»). La idea sería, por lo tanto, la de que el legislador sólo se decidió a atenuar la responsabilidad de quienes padecen una adicción «grave», no la de quienes se hallan en un estado de ansiedad inherente a una adicción que no pueda considerarse grave, conforme a lo previsto en el DSM-V, o sucumben a deseos fácilmente vencibles (76). En esa misma línea se alude, también, a que someter al mismo tratamiento penológico casos tan diversos (los de adicciones serias y aquellos otros en que solamente existe la costumbre o el deseo controlable de consumir droga), además de ser injusto, redundaría en una especie de fraude de ley (77).

Pero podría entenderse, también, que el límite mínimo para que pueda aminorarse la responsabilidad penal por concurrencia de una atenuante analógica (a la del art. 21.2.^a) es la incidencia de la adicción en el terreno de la exigibilidad; y siendo así, siempre cabría ponerla en relación con las adicciones menos graves que impulsen al sujeto a realizar un delito funcional (78).

(76) *Vid.*, entre otras resoluciones, STS de 5 de mayo de 2000, ATS de 25 de noviembre de 2010, ATS de 24 de febrero de 2011, STS de 4 de febrero de 2013, STS de 13 de febrero de 2013, STS de 21 de febrero de 2013 y SAP Barcelona de 3 de abril de 2013.

(77) Cfr. LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 17 de decembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a)», en *Revista Xurídica Galega*, 2000, n.º 26, p. 154. Diversas sentencias insisten en que extender la atenuante de análoga significación a los supuestos en que no esté presente una adicción grave e instrumental con respecto al delito equivaldría a crear atenuantes incompletas: *vid.* STS de 20 de julio de 1998, STS de 1 de septiembre de 1999, STS de 19 de febrero de 1999, SAP Barcelona de 15 de enero de 2013 y STS de 8 de mayo de 2013.

(78) En la jurisprudencia pueden encontrarse pronunciamientos que, tras desechar la atenuante ordinaria por no haberse acreditado una adicción de la suficiente entidad como para poder ser calificada de grave, recurren a la analógica en relación con aquella, atribuyéndoles a ambas idéntico fundamento (STS de 11 de

Este segundo punto de vista se corresponde con la concepción de la atenuante que he defendido en este trabajo (79). La posibilidad de modular la intensidad de la adicción aporta un criterio que ni suscita agravios insoportables, ni se salda con la atribución de los mismos efectos penológicos a situaciones desiguales, desde el momento en que la aplicación de la atenuante analógica se seguirá del (mismo) principio esencial que fundamenta la ordinaria (80). Por el contrario, aunque haya funcionado también como estímulo incentivador de la comisión de un delito, una adicción, más o menos grave, que vaya acompañada de una afectación de las facultades intelectivas o volitivas de menor intensidad que la que se requiere para dar vida a una eximente incompleta (art. 21.1.^a en relación con el 20.1.^o, 2.^o o 3.^o), determinará la aplicación de la atenuante analógica en relación con aquella, al igual, por ejemplo, que una afectación sensible de la impu-

febrero de 2013, STS de 20 de marzo de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013). Algunos de ellos apelan, expresamente, a una adicción que incide de forma leve o escasa en el conocimiento y la voluntad del agente, ya sea porque se trate de sustancias de efectos menos devastadores, ya por su menor antigüedad o intensidad (STS de 28 de enero de 2002, STS de 13 de noviembre de 2008, STS de 4 de marzo de 2010, SAP de 4 de mayo de 2012, SAP Madrid de 12 de julio de 2012, SAP Madrid de 28 de noviembre de 2012, SAP Barcelona de 18 de febrero de 2013, STS de 28 de junio de 2013, STS de 19 de Julio de 2013 y SAP Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013). Otras, sin precisar la circunstancia que toman como referencia para la construcción de la analógica (la ordinaria o la eximente incompleta), dan cobertura, por esta vía, a casos en que, sin quedar acreditada la anulación o afectación grave de las facultades intelectivas y/o volitivas, sí consta en autos prueba testifical o incluso pericial suficiente sobre la embriaguez del acusado y su estado de alteración o su carácter de consumidor de droga durante un largo período de tiempo (STS de 27 de enero de 2005, STS de 11 de mayo de 2005, SAP Madrid de 17 de noviembre de 2012 y SAP Sevilla de 3 de diciembre de 2012). Pueden hallarse también, por último, sentencias que hacen uso de ella en relación con casos de ludopatía, es decir, de dependencia psíquica grave y determinante, de modo directo e inmediato, de la realización de delitos dirigidos a obtener fondos para satisfacer la compulsión al juego, considerados análogos a otras adicciones graves incluidas en el art. 21.2.^a (STS de 4 de febrero de 2013).

(79) También LORENZO SALGADO, *op. loc. cit.*, considera que la consecuencia lógica de la tesis de RODRÍGUEZ MOURULLO es que «solo sería posible acudir a la atenuante analógica si se acredita una influencia relevante en la imputabilidad derivada de una intoxicación o de un síndrome de abstinencia, pero insuficiente para la aplicación de la eximente o de la eximente incompleta correspondientes».

(80) Atar la suerte de la atenuante analógica a la constatación de que las facultades volitivas del sujeto se han visto afectadas supone radiar de su ámbito los casos de menor exigibilidad, sin alteración de aquellas, que, a mi modo de ver, sí deben ser atendidos por el Derecho penal.

tabilidad provocada por causas diferentes de la adicción a las drogas (81).

III. ABUSO DE ALCOHOL, ATENUANTE DE GRAVE ADICCIÓN Y DELITOS DE VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

1. Algunas precisiones sobre la relación entre el consumo de alcohol y el ejercicio de la violencia

La literatura especializada ha venido abundando, desde hace aproximadamente tres décadas, en la relación existente entre el abuso de

(81) En ello coincido con CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 445. Parece inevitable, pues, seguir haciendo uso de la atenuante analógica con cierta generosidad –*vid.* MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en MORALES PRATS, F./QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), 2001, p. 496; CASTELLÓ NICÁS, N., «Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995: problemas prácticos derivados de la nueva regulación», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 60, 1996, p. 584; misma autora (n. 7), p. 446; PADILLA ALBA (n. 7), pp. 206 y 207, si bien evitando incurrir, nuevamente, en el exceso de proyectarla sobre cualesquiera supuestos de intoxicación situados más allá del terreno de la semiimputabilidad. Comparten esta última preocupación, entre otros, PADILLA ALBA (n. 4), pp. 686 y 687 y nota 23; MORALES PRATS (n. 61), p. 141; CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 431. Como explica LORENZO SALGADO (n. 15), pp. 34 y 45 y nota 26, si se entendiera que la circunstancia analógica carece, en el nuevo Código penal, de toda eficacia en los casos de influencia de las drogas en el comportamiento humano, la embriaguez únicamente podría dar lugar a la eximente completa o a la incompleta –cuando fue plena o muy intensa–, pero nunca a una atenuante, cuando alcanzase una relevancia inferior a las requeridas por la eximente completa o la incompleta, salvo que el sujeto padeciese una grave adicción. A mi modo de ver el criterio de la intensidad de la alteración de las capacidades volitivas y/o intelectivas del sujeto resulta más operativo y practicable (también en términos de seguridad jurídica) cuando se emplea únicamente para delimitar los ámbitos de la eximente incompleta y de la atenuante analógica). La situación no cambia por el hecho de que el sujeto pudiera beneficiarse también, teóricamente, de la atenuante segunda, por tratarse de alguien que ha perpetrado un delito «funcional» por consecuencia de su adicción grave a las drogas. Como ya se ha explicado, el legislador, por razones de política criminal, ha establecido un baremo objetivo-subjetivo, conforme al cual la concurrencia entre la atenuante segunda y la analógica a la eximente incompleta del art. 21.1.ª no debería resultar posible, por los diversos fundamentos de una y otra. Un sector jurisprudencial subraya, de hecho, que la diferencia entre la atenuante analógica (a la eximente incompleta del art. 21.1.ª en relación con el 20.2.º) y la segunda estriba en que, mientras esta última se asienta sobre los requisitos de la adicción grave y su causalidad con relación al delito perpetrado, aquella se apoya en una afectación leve de las facultades del sujeto: *vid.* STS de 19 de enero de 2005, STS de 11 de mayo de 2005 y STS de 16 de junio de 2005. Bien al contrario, sancionar dicha concurrencia resultaría criticable en el marco de un Derecho penal orientado a las consecuencias.

alcohol y la violencia contra la mujer (82). Según el Documento de la OMS *Violencia interpersonal y alcohol*, de 2006, en los Estados Unidos, de entre las víctimas de violencia interpersonal que pudieron declarar si su atacante había consumido alcohol, el 35% afirmó que así había sido, coincidiendo en esa apreciación con el 50% de las entrevistadas en Inglaterra y Gales (83). Ese mismo año Anderson y Baumberg prepararon para la Comisión Europea un informe que indica que, en España, el 25 por ciento de las agresiones e incidentes violentos en el ámbito doméstico se hallan relacionados con los efectos del alcohol, un porcentaje que en el caso de Holanda y Francia se eleva hasta el 30 por ciento, en el de Suiza hasta el 40 por ciento y, finalmente, en el de países como Irlanda o Islandia hasta el 71 por ciento (84). Otros trabajos empíricos traen a colación datos, cuando menos, tan gráficos y contundentes como los anteriores (85). Un estudio realizado, en 2013, a partir de 419 expedientes de la Fiscalía de

(82) QUIGLEY, B. M./LEONARD, K. E., «Alcohol Use and Violence Among Young Adults», en *Alcohol Research & Health*, 2004/2005, vol. 28, n.º 4, pp. 191 y ss; KLOSTERMANN, K./KELLEY, M. L., «Alcoholism and Intimate Partner Violence: Effects on Children's Psychosocial Adjustment», en *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2009, n.º 6, pp. 3156 y ss.; PASCUAL PASTOR, F./REIG RUANO, M./FONTOBA FERRÁNDIZ, J./GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ, A., «Alcohol y violencia», en *Health and Addictions*, 2011, n.º 1, pp. 71 y ss; CATALÁ MIÑANA, A./LILA, M./OLIVER, A., «Consumo de alcohol en hombre penados por violencia contra la pareja: factores individuales y contextuales», en *Adicciones*, 2013, vol. 25, n.º 1, pp. 19 y ss., con numerosas indicaciones bibliográficas.

(83) Cfr. OMS, *Violencia interpersonal y alcohol*, 2006. Recuperado el 2 de abril junio de 2014, http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/pb_violencealcohol_es.pdf2006, p. 4.

(84) Cfr. ANDERSON, P./BAUMBERG, B., *Alcohol in Europe. A public health perspective*, Luxemburgo, 2006, p. 202.

(85) *Vid.*, por ejemplo, los datos mencionados por LLORET IRLES, D., «Alcoholismo: una visión familiar», en *Salud y Drogas*, 2001, vol. 1, n.º 1, p. 118; GARCÍA MAS, M. P., «Patología familiar y violencia doméstica», en *Adicciones*, 2002, vol. 14, n.º 1, p. 224; REDONDO ILLESCAS, S., «Análisis criminológico y tratamiento de la violencia e pareja», en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Criminología*, 2005, n. 1, pp. 5 y 6; KLOSTERMANN/KELLEY (n. 82), pp. 3157 y 3158; KACHADOURIAN, L. K./TAFCT, C. T./O'FARRELL, T. J./DORON-LAMARCA, S./MURPHY, C. M., «Correlates of Intimate Partner Psychological Aggression Perpetration in a Clinical Sample of Alcoholic Men», en *Journal of Family Psychology*, 2012, vol. 26 (2), pp. 206 y ss. A partir de ellos, la literatura penal y criminológica da por sentado que el consumo de alcohol o la ingesta de drogas son factores recurrentes en los casos de violencia contra la mujer: *vid.* BACIGALUPO (n. 7), p. 161; BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal, español», en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2004, n.º 14, p. 30; OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y criminológicos*, 2010, vol. XXX, p. 286.

Área de Santiago de Compostela y que finalizaron con sentencia de condena, entre los años 2007 y 2011, concluyó que alrededor de un 25 por ciento de los agresores presentaba hábitos de consumo o abuso de una o varias drogas, fundamentalmente de alcohol (en un 56 por ciento), si bien no necesariamente relacionados con los episodios violentos objeto de enjuiciamiento (86). Sabemos, también, por ejemplo, que entre un 40% y un 60% de los pacientes adictos que viven con sus parejas presentan episodios violentos contra las mismas durante el año previo al inicio del tratamiento para su adicción (87), que la relación entre consumo de alcohol y agresión es más fuerte entre los hombres maltratadores que entre los hombres de la población general (88) o, en fin, que el llamado consumo de riesgo aumenta 4.57 veces la probabilidad de ejercer violencia sobre la pareja (89). No debe resultar extraño, por todo ello, que la propia OMS haya señalado al consumo perjudicial de alcohol como uno de los 50 factores de riesgo en la violencia contra la pareja y la violencia sexual.

Ahora bien, conviene dejar claro que la utilidad de los datos que acaban de reseñarse apunta, fundamentalmente, a la definición de los ámbitos y programas de prevención y protección de las víctimas y de intervención con los agresores (90). No sirven para construir un perfil criminológico de los autores del maltrato, a partir de rasgos o características personales (en este caso, el consumo de alcohol).

De entrada, hay que insistir en que el consumo de alcohol no es la causa (ni una de las causas) de la violencia en la pareja. Hace tiempo que las teorías clásicas de corte psicopatológico han dado paso a esquemas de trabajo multinivel o plurifactoriales, que relativizan los efectos fisiológicos de aquel (91). Con arreglo a ellos, el comporta-

(86) Cfr. REGUEIRA DIÉGUEZ, A./OORDÓÑEZ MAYÁN, L./MUÑOZ BARÚS, J. I./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «La violencia de género: aspectos epidemiológicos, clínicos y médico-legales», en RODRÍGUEZ CALVO, M. S./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Valencia, 2014, pp. 111 y 112.

(87) Vid. FALS-STEWART, W./GOLDEN, J./SCHUMACHER, J. A., «Intimate partner violence and substance use: a longitudinal day-to-day examination», en *Addictive Behaviors*, 2003, n.º 28, pp. 1555 y ss.

(88) Vid. QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 193.

(89) Vid. GIL-GONZÁLEZ, D./VIVES-CASES, C./ÁLVAREZ-DARDET, C./LATOUR-PÉREZ, J., «Alcohol and intimate partner violence: do we have enough information to act?», en *European Journal of Public Health*, 2006, n.º 16, p. 278.

(90) Vid., en este sentido, LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica*, Madrid, 2007, p. 29.

(91) Vid., por ejemplo, LLORET IRLES (n. 85), p. 118; RUIZ PÉREZ, I./BLANCO PRIETO, I./VIVES CASES, C., «Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas sociosanitarias», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18, p. 5;

miento violento de los hombres ebrios responde, también, al patrón de lo socialmente aprendido (92) –lo que aclara, entre otras cosas, por qué existe violencia doméstica y contra la mujer en países en los que prácticamente no se ingiere alcohol (93)–. Al alcohol le corresponde, a lo sumo, un papel de facilitador de las agresiones (94), cuya intensidad vendrá condicionada por la entrada en escena de otras características o variables individuales (la depresión y los trastornos psicológicos, las alteraciones en los estados de ansiedad, la autoestima, la impulsividad...) y contextuales (la carencia de una red ade-

GELLES, R. J./STRAUS, M. A., *Intimate violence. The causes and consequences of abuse in the American family*, Nueva York, 1988, pp. 45 y 46, con referencias a las investigaciones de LANG, BARD, MC ANDREW y EDGERTON; HEISE, L., «Violence against women: An integrated, ecological framework», en *Violence Against Women*, 1998, n.º 4, pp. 262 y ss.; QUIGLEY/LEONARD (n. 82), pp. 191 y 192; KACHADOURIAN/TAFT/O'FARREL/ DORON-LAMARCA/MURPHY (n. 85), pp. 2 y 3. También la doctrina penal se ha hecho eco de esos planteamientos: *vid.* BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia de género», en *Revista española de ciencia penal y criminología*, 2007, n.º 09-02, p. 21; LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en *Cuadernos de Derecho judicial*, 2007, n.º 9, pp. 62 y ss. Cosa distinta es que, al apostar por el Derecho penal como recurso primario en la tarea de erradicar la violencia contra la mujer, el legislador da por sentado que la razón última que la explica son las pautas individuales de conducta de ciertos sujetos, toda vez que el propio Derecho penal únicamente puede intervenir atribuyendo responsabilidades de carácter personal. Describe esta paradoja LAURENZO COPELLO, *op. cit.*, p. 61.

(92) *Vid.* GELLES/STRAUS (n. 91), pp. 45 y 46; RUIZ PÉREZ/BLANCO PRIETO/VIVES CASES (n. 91), pp. 5 y 6; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 77; ALTELL ALBAJES, G./PLAZA ALEU, M., «Abuso de alcohol y violencia doméstica desde una perspectiva de género», en *Salud y drogas*, 2005, vol. 5, n.º 2, pp. 109 y 110.

(93) Alude a ello GORJÓN BARRANCO, M. C., *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género*, Salamanca, 2010, p. 68.

(94) *Vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 192; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 83; ECHEBURÚA ODRIOZOLA, E., «Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2005, n.º 2, p. 160; RUIZ PÉREZ/BLANCO PRIETO/VIVES CASES (n. 91), p. 6; CATALÁ MIÑANA/LILA/OLIVER (n. 82), p. 20; GIL-GONZÁLEZ/VIVES-CASES/ÁLVAREZ-DARDET/LATOUR-PÉREZ (n. 89), p. 278; MÚGICA SAN EMETERIO (n. 64), pp. 334 y 335; en la doctrina penal, BOLEA BARDÓN (n. 91), p. 21 y nota 34; LAURENZO COPELLO (n. 91), p. 57; OLAIZOLA NOGALES (n. 85), p. 286. En concreto, se ha ido imponiendo la idea de que, además de disminuir el control de impulsos, agrava las situaciones conflictivas, en particular cuando el agresor ya consumía antes de vivir en pareja o empezó a consumir después de hacerlo: *vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 193; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 83; LLORET IRLES (n. 85), p. 119; KACHADOURIAN/TAFT/O'FARREL/DORON-LAMARCA/MURPHY (n. 85), pp. 2 y 3.

cuada que proporcione apoyo social, el estatus socio-económico, la condición de inmigrante...) (95).

Por otra parte, diversos informes y estudios, elaborados sobre la base de supuestos reales (96), demuestran que el autor del maltrato es un sujeto imputable y normalmente motivable por la norma penal (alguien que no padece ninguna patología específica que le mueva a agredir a su pareja) (97). Quiere decirse con ello que las cuestiones de

(95) *Vid.* QUIGLEY/LEONARD (n. 82), p. 194; PASCUAL PASTOR/REIG RUANO/FONTOBA FERRÁNDIZ/GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ (n. 82), p. 88; CATALÁ MIÑANA/LILA/OLIVER (n. 82), p. 20. En la doctrina penal destacan esa clase de interacciones, entre otros autores, LAURENZO COPELLO (n. 91), p. 63.

(96) Entre ellos: a) el elaborado por GENOVÉS GARCÍA sobre la base de más de 500 sentencias recaídas en casos de homicidios en la pareja (Cfr. GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja. La violencia de género con resultado de muerte; análisis sistemático de las sentencias: datos estadísticos, alevosía, ensañamiento, circunstancias atenuantes y agravantes, circunstancia de parentesco, penas y responsabilidad civil*, Barcelona, 2009, pp. 129 y ss. Las sentencias proceden del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales y se refieren a hechos acaecidos entre los años 1999 y 2004); b) el que, con firma de Vicente MARTÍNEZ y BENÍTEZ JIMÉNEZ, analiza 244 casos, enjuiciados en Castilla-La Mancha, en materia de malos tratos contra la mujer por su cónyuge o compañero (Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, R./BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Estudio jurídico y criminológico del delito de malos tratos en Castilla-La Mancha*, Albacete, 2009, p. 78, aportando el dato de que únicamente un 10 por ciento de las sentencias de condena (es decir, un total de 15) apreció el alcoholismo del agresor como circunstancia atenuante); c) el estudio sobre la aplicación judicial de la Ley Integral realizado por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ y centrado, entre otros aspectos, en las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal apreciadas en 530 sentencias procedentes de Audiencias Provinciales y correspondientes al período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y el 31 de marzo de 2008 (*Vid.* Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, Madrid, 2009); y d) el análisis de sentencias (43) dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja, realizado por el Grupo de Expertos/as en Violencia Doméstica y de Género del CGPJ (*Vid.* Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del CGPJ, *Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja*, Madrid, 2012).

(97) *Vid.* GORJÓN BARRANCO (n. 93), p. 606; HIGUERA GUIMERÁ, J. F., «Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género», en RUEDA MARTÍN, M.ª A./BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 227 y 228, así como las referencias bibliográficas

culpabilidad y exigibilidad que puedan suscitarse con ocasión del enjuiciamiento de estos casos deberán examinarse de manera absolutamente individual, trayendo en aplicación las estructuras que el Código penal prevé a tal efecto y en relación con cualquier tipo de delito (98). Tratándose de la eximente del art. 20.2.º, por ejemplo, habrá que comprobar, entre otros aspectos, si el agresor se colocó intencionadamente en dicho estado para cometer el delito o si actuó de manera imprudente, no evitando emborracharse a pesar de saber que, si lo hacía, podría delinquir. En esa misma línea, de poder acreditarse la concurrencia de la atenuante de grave adicción, tendría que procederse y reaccionarse como se haría en relación con cualesquiera otros hechos delictivos: haciendo valer sus efectos en los términos previstos por el art. 66 del CP (99).

Estereotipos al margen, la aceptación generalizada, también por el propio legislador, de que el maltratador es un alcoholístico o un enfermo es peligrosa (porque puede generar, paradójicamente, un clima de

citadas en p. 228 y nota 1. Ahora bien, si la violencia no es, sin más, el resultado de las patologías o desviaciones sufridas por los agresores, tampoco parece de recibo asumir que su etiología radica, siempre, sin excepción, en la situación de desigualdad que está en la base de nuestra organización social. Ello desconocería y simplificaría, en exceso, su diversa fenomenología e induciría a desechar, de raíz, el rol de otros factores de riesgo validados en los estudios criminológicos y a los que se ya se ha hecho alusión en este trabajo. Como explica MAQUEDA ABREU, frente al esencialismo del género, como una identidad común a las mujeres que les atribuye –a todas ellas– el mismo riesgo de opresión, se han ido afianzando diversos planteamientos deconstruccionistas, que le asignan el mismo peso cultural a otros elementos como la raza o la clase social. *Vid.* MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», en *InDret* 4/2007, p. 25. De esa crítica se han hecho eco, también, quienes le reprochan al autor de la Ley Integral de 2004 que vea en el género la única causa del maltrato.

(98) Se ha señalado, por ejemplo, que el síndrome de abstinencia suele manifestarse en forma agresiva. Cfr. OBREGÓN GARCÍA (n. 7), p. 144.

(99) *Vid.* SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de junio de 2013, haciendo uso de la atenuante analógica a la eximente incompleta del art. 21.1, en relación con el 20.2, en un caso en el que el acusado «había bebido una importante cantidad de alcohol, que si bien no disminuía sus capacidades intelectivas y volitivas hasta el punto de poder considerar de aplicación la eximente completa o incompleta, sí que las podía limitar aunque no de forma grave». Otras sentencias desechan tanto la atenuante ordinaria como la analógica, sin precisar el objeto de referencia de esta última (la atenuante primera o la atenuante segunda), apostando, sin embargo, por tener en cuenta la situación acreditada de ingesta de alcohol a la hora de individualizar la pena: *vid.* SAP de Barcelona de 3 de abril de 2013, relativa al delito de malos tratos del art. 153.3.º; SAP de Barcelona de 23 de abril de 2012, relativa al delito de malos tratos del art. 153. 1.º y 3.º

tolerancia social (100)) y, sobre todo, incierta, al responder sólo parcialmente a la realidad (101).

2. ¿Puede usarse la atenuante de grave adicción en los delitos de violencia contra la mujer?

Como ya se ha indicado, una corriente jurisprudencial considera aplicable la circunstancia de grave adicción, en forma de atenuante ordinaria o analógica a la ordinaria, tanto a todos y cada uno de los delitos o faltas que están en la base del requisito de la habitualidad del maltrato, como a este último (102) y a otros delitos de violencia contra la mujer (103). No han faltado, incluso, resoluciones en las que la

(100) *Vid.*, en este sentido, entre otros, GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad LO 3/2007*, de 22 de marzo, Madrid, 2007, pp. 218 y 219; GELLES/STRAUS (n. 91), p. 45; GORJÓN BARRANCO (n. 93), pp. 133 y 608.

(101) Cfr. MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, 08-02, p. 4.

(102) *Vid.* SAP de A Coruña de 3 de abril de 2012; SAP de Huelva de 20 de septiembre de 2012, considerando que la embriaguez es una «circunstancia que planea en todo el desarrollo de la relación de conflicto en la pareja» y que sólo debe excluirse, en el caso de autos, por «la falta de evidencia sobre su intensidad». *Vid.*, además, las sentencias mencionadas por los siguientes autores: CAMPOS CRISTÓBAL, R., «La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2004, Vol. XXIV, p. 177 y nota 76; OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001, pp. 129 y ss. En la doctrina defienden su aplicación en delitos de esta naturaleza OLMEDO CARDENETE, *op. cit.*, pp. 130 y 131, a cuyo juicio vendrá limitada «fundamentalmente» a los supuestos de grave adicción al consumo durante el tiempo en que se desarrollaron las agresiones; CAMPOS CRISTÓBAL, *op. cit.*, pp. 176 y ss., también a propósito del delito de maltrato habitual; HIGUERA GUIMERÁ (n. 97), p. 237 y nota 39, calificando de «sorprendente» la negativa a aplicar la atenuante en el ámbito de la violencia doméstica y de género y exigiendo que, en los casos de violencia habitual, «la grave adicción se tenga durante el tiempo en que se desarrollaron las agresiones»; BACIGALUPO (n. 7), p. 161; BOLDOVA PASAMAR/RUEDA MARTÍN (n. 85), p. 31; GORJÓN BARRANCO (n. 93), p. 608.

(103) *Vid.*, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 2005, aplicándola en delitos de violencia doméstica, lesiones, agresión sexual, contra la integridad moral y amenazas; SAP de Almería de 22 de octubre de 2012 y SAP de Cádiz de 15 de junio de 2012, en relación con los malos tratos del art. 153. 1 CP; SAP de Santander de 15 de junio de 2012, en relación con los delitos de los artículos 153. 1 y 3, argumentando que las actuaciones en cuestión «las puede perfectamente ejecutar una persona afectada levemente en sus facultades por el alcohol». En este grupo cabría incluir, asimismo, aquellas sentencias que, desestimando la atenuante, lo hacen por no considerar suficientemente acreditado el elemento de la afección de las facultades intelectivas y/o volitivas «como consecuencia del consumo previo», admi-

mera afirmación de la propia víctima de que el agresor bebía con frecuencia ha servido para apreciarla, como la de la AP de A Coruña de 11 de noviembre de 1999.

Parto de la base, sin embargo, de que los delitos a que estamos aludiendo no se incluyen ni en el ámbito material de apreciación de la atenuante segunda, ni en el de la analógica a ella. Recordemos, una vez más, que se trata de una circunstancia dirigida a un sujeto que actúa impulsado por su dependencia de sus hábitos de consumo, para procurarse dinero con que satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata de la droga y conseguir, al mismo tiempo, beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Por regla general, el padecimiento de una adicción grave no podrá desplegar esa clase de influjo en la realización de actos violentos (incluidos los que tienen como destinataria a la pareja o a la expareja) (104). Esa es la línea apuntada por sentencias como la de la AP de Palma de Mallorca de 4 de octubre de 2012, relativa a un delito de lesiones del art. 148.4.º CP, que rechaza que una adicción «sea la causa de la tremenda agresión producida», o la de la AP de Sevilla de 18 de octubre de 2012, que no duda en apuntar –a propósito de un delito de maltrato de los artículos 153. 1, 3 y 4– que la mera condición de drogadicto no justifica una atenuación de la responsabilidad crimi-

tiendo, por lo tanto, implícitamente, la inclusión de los delitos de violencia contra la mujer en su ámbito material: *vid.* SAP de Barcelona de 4 de julio de 2012, SAP de Barcelona de 16 de enero de 2013, SAP de Barcelona de 10 de enero de 2013, SAP de Ciudad Real de 16 de octubre de 2012 y SAP Madrid de 12 de julio de 2012, las cinco en relación con los malos tratos del art. 153.1.º; SAP de Madrid de 11 de octubre de 2012, SAP de Barcelona de 15 de enero de 2013, SAP de Jaén de 26 de junio de 2013 y SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de septiembre de 2013), relativas a los malos tratos de los arts. 153.1 y 3; SAP de Santander de 17 de octubre de 2012, apuntando que no hay prueba alguna de la que pueda extraerse la dependencia alcohólica del sujeto o que estuviera embriagado en el momento de los hechos; STS de 4 de junio de 2013, en relación con unas lesiones en las que «el hecho probado no refiere una pérdida de conciencia, de control de impulsos o disminución de la voluntad, a causa de la ingesta alcohólica, por lo que no es procedente una declaración de menor culpabilidad a causa de la embriaguez»; STS de 22 de octubre de 2013, también a propósito de un delito de lesiones tipificado en el art. 150 del CP, indicando que es preciso demostrar «que la adicción era grave y constituyó la causa impulsora del delito (funcionabilidad), detectándose una restricción evidente de las capacidades cognitivas y volitivas del autor, con disminución de la imputabilidad»; SAP de Madrid de 20 de mayo de 2013, con respecto a los delitos de los arts. 153. 1 y 3, concluyendo que se carece de cualquier elemento o dato objetivo que determine que el agresor tuviera sus facultades volitivas o intelectuales disminuidas, si bien sin precisar si el objeto de discusión es la atenuante ordinaria o la analógica a la exigente incompleta del art. 21.1 en conexión con el 20.1.

(104) *Vid.* CASTELLÓ NICÁS (n. 7), p. 429.

nal si no consta la relación entre esa adicción y el delito perpetrado; una relación «que puede presumirse en delitos patrimoniales de apoderamiento, pero no en los de la naturaleza y característica del que nos ocupa» (105). También sirve para ilustrar el aspecto que quiero poner de manifiesto en este momento la STS de 22 de febrero de 2005, a pesar de acoger una interpretación del fundamento de la atenuante segunda y, por ende, de la atenuante analógica asociada a ella distinto del que aquí se preconiza. A tenor de ella, aunque recurrir a la grave adicción carecería de sentido en el caso de autos (un homicidio), por no existir relación alguna entre el delito cometido y el propósito de procurarse la droga, siempre cabría hacer uso de la atenuante analógica asociada al propio art. 21.2.^a, habida cuenta de que el sujeto se hallaba afectado «por cierta dosis de ansiedad, irritabilidad o desasosiego, que indudablemente debieron repercutir, aunque muy limitadamente, en su libertad de actuar» (106).

(105) En ese mismo sentido, y en relación con esa clase de delitos, pueden verse, por ejemplo, la SAP de Madrid de 31 de mayo de 2012 y la SAP de Burgos de 14 de diciembre de 2012 –si bien ambas emplean, también, el argumento de que no es posible establecer el grado de influencia que el consumo de alcohol o de heroína fumada, respectivamente, pudiera haber provocado en el autor, quien «por dicho consumo, no se encontraba afecto a abstinencia o «mono» alguno que pudiera afectar a sus capacidades volitivas o intelectivas»–; SAP de León de 25 de abril de 2012, destacando que el hecho de que muchos de los altercados y problemas que tuvo la pareja durante su convivencia se hubiesen producido en estado de embriaguez, «no demuestra en absoluto que, años después, cuando han ocurrido los hechos que aquí son juzgados..., el mismo los cometiese a causa de dicha adicción, que no sabemos si existía en el momento el día de autos»; SAP Santa Cruz de Tenerife 3139/2012 (3 de diciembre), indicando que la «funcionalidad» requerida por la atenuante «habría de rechazarse en cuanto al delito de maltrato sobre la pareja», pues «no ha quedado debidamente acreditado que en la ejecución del acto delictivo se viera causada o determinada por una grave adicción a sustancias tóxicas»; SAP Toledo 885/2012 (24 de octubre), centrándose en dos faltas de lesiones del art. 617 del CP de 1995 y en un delito de amenazas en el ámbito familiar, rechazando que el delito fuera perpetrado a causa de la adicción padecida por el sujeto, «pues ni consta el grado de esta ni aparece que la motivación de la conducta fuera conectada a dicha dependencia para procurarse droga o medios económicos para ello». Desechan igualmente, sin ambages, la aplicación del art. 21.2.^a cuando la conducta típica no guarda relación alguna con la drogodependencia del sujeto, en particular a propósito de delitos como las lesiones o el homicidio las SSTS 7064/2005 (30 de septiembre), 7674/2005 (10 de mayo) y 8106/2005 (7 de octubre).

(106) Emplean la atenuante analógica «de embriaguez» en delitos de violencia contra la mujer, apoyándose en que el sujeto padecía una reducción leve de su voluntad por consecuencia del estado de embriaguez en que se hallaba, pero sin precisar cuál es el objeto de referencia de la analogía (la exigente incompleta o la atenuante ordinaria), entre otras, las siguientes resoluciones: SAP de Sevilla de 3 de diciembre de 2012, SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de septiembre de 2013, SAP de

IV. CONCLUSIONES

García Pablos nos enseña que la vivencia de los malos tratos es particularmente traumática, entre otras razones, por el mensaje «corrosivo» de las denominadas «técnicas de autojustificación», que legitiman el comportamiento delictivo del maltratador y paralizan la intervención del sistema legal con argumentos y coartadas como su atribución a factores psicopatológicos individuales (por ejemplo, a la influencia del alcohol) (107). Los testimonios procedentes de los propios órganos de la judicatura resultan extraordinariamente gráficos en este punto: familiares y amigos aconsejan a las mujeres víctimas que «aguanten», que «comprendan» que el alcohol hace que un hombre bueno se transforme (108). Presionadas por ese entorno, las víctimas desarrollan, incluso, el llamado síndrome de la mujer maltratada, al asumir que su pareja sólo actúa de esa forma cuando está bajo los efectos del alcohol o de las drogas, presentando, al propio tiempo, distorsiones cognitivas, como la minimización, la negación o la disociación.

La valoración global de la subordinación de la mujer al varón, en una perspectiva histórica, exige, especialmente al jurista, «una contemplación más amplia que alcance a la violencia estructural, esa en la que el derecho es sólo una pieza más, aunque muy importante». A la mujer, dicen los hermanos Lorente Acosta, no se le maltrata por ser madre, novia o ama de casa, sino por ser mujer, y al olvidarlo se corre el riesgo de limitar el fenómeno «a determinados tipos de familia, a ciertas circunstancias, a algunos hombres que son enfermos, alcohólicos o especialmente violentos, o también a mujeres

Madrid de 6 de junio de 2013 –con relación a un delito de lesiones en el ámbito familiar–, STS de 8 de octubre de 2013 –aludiendo a un asesinato con alevosía–, SAP de Madrid de 17 de septiembre de 2011 –aplicándola, en relación con los arts. 21.1.ª y 20.2.º CP, en un caso en que los testigos indicaron que el autor presentaba «halitosis alcohólica, le costaba caminar y tenía ojos vidriosos»–, SAP de Madrid de 10 de enero de 2013, SAP de Madrid de 7 de marzo de 2013, SAP Madrid de 3 de diciembre de 2012, SAP de Santander de 28 de diciembre de 2012 –asimismo haciendo uso de la atenuante analógica de embriaguez en relación con los artículos 21.1.ª y 20.2.º CP– y STS de 31 de enero de 2011, en un caso de maltrato habitual y maltrato ocasional del art. 153.1, trayendo en aplicación la atenuante analógica en relación con los artículos 21.1.ª y 20.1.º

(107) Cfr GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7.ª ed., Valencia, 2013, pp. 156 y 157.

(108) Cfr. SAN JOSÉ ASENSIO, E., «La violencia de género en Galicia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2008, vol. XXVIII, pp. 472 y 473.

que los provocan» (109). En lugar de asumir las supuestas características especiales que diferencian a estos sujetos de cualesquiera otros sometidos al estatuto del Derecho penal común, lo que procede, por lo tanto, es partir de la idea de que nos hallamos frente a autores «normales», sometidos, eventualmente, a las mismas causas de exclusión o atenuación de las penas que el resto de los responsables penales (110).

Ni puede darse la razón a quienes alertan sobre la inclinación de los órganos judiciales, en el ámbito de los delitos de violencia contra la mujer, a utilizar las eximentes y atenuantes relacionadas con el alcohol –con independencia de que esa sea la idea que pervive en el inconsciente colectivo– (111), ni, por el contrario, desestimar de plano su aplicación invocando argumentos característicos del llamado Derecho penal del enemigo. La llamada tolerancia cero no guarda relación alguna con cuestiones de imputabilidad o exigibilidad (112), y esa máxima, ínsita en los principios que inspiran el Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho, debe reivindicarse también, a fuer de resultar obvio, para esta clase de figuras delictivas.

Lo que sí debe hacerse es analizar detenidamente el fundamento, los requisitos y el ámbito de aplicación de dichas circunstancias, para

(109) Cfr. LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J. A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada, 1998, p. 85.

(110) Convengo con LAURENZO COPELLO en que si la violencia de género se explicase exclusivamente en función de criterios patológico-individuales, sancionar más severamente a los hombres que a las mujeres por un mismo tipo de agresión supondría una lesión flagrante del principio de igualdad ante la ley: *vid.* (n. 91), pp. 58 y 59. Haciendo uso de ese mismo planteamiento, creo que la propuesta parlamentaria de objeto de este trabajo se sitúa, claramente, en la órbita del derecho penal del enemigo. En esa misma línea, si bien desde una concepción de la atenuante distinta de la que aquí se ha defendido, BACIGALUPO habla de «una reducción, aunque sólo en parte, del principio de culpabilidad y de un avance en la línea del derecho penal de autor»: *vid.* (n. 7), p. 161.

(111) En esa línea, por ejemplo, GIL RUIZ (n. 100), p. 218. La apreciación realizada en el texto se apoya exclusivamente en las estadísticas judiciales relativas al empleo de la atenuante. De acuerdo con el precitado estudio sobre las Audiencias Provinciales, el número de sentencias que estiman la concurrencia de la atenuante de grave adicción no supera el 3,78 por ciento). *Vid.* (n. 96), p. 52. Esa afirmación coincide con las conclusiones alcanzadas del análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en casos de homicidio y/o asesinato en el ámbito de la pareja o ex pareja, realizado por el propio Grupo de Expertos, en los que se apreció solo como circunstancias atenuante en una de las 43 sentencias analizadas. *Vid.* (n. 97), p. 35.

(112) Recojo en este punto la idea (y expresión) de HIGUERA GUIMERÁ (n. 97), p. 234.

clarificar, sobre esa base (*exclusivamente sobre esa base*) en qué relación se hallan con aquellas. Siguiendo ese esquema, y secundando lo sugerido por una incipiente corriente jurisprudencial, en este trabajo ha tratado de acreditarse que existe una suerte de incompatibilidad estructural, técnica, entre la atenuante de grave adicción y los delitos de violencia contra la mujer.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALTÉS MARTÍ, M.A., «Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el Código penal de 1995», en *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Vol. I, Valencia, 1997, pp. 79-93.
- ALTELL ALBAJES, G./PLAZA ALEU, M., «Abuso de alcohol y violencia doméstica desde una perspectiva de género», en *Salud y drogas*, vol. 5, n. 2, 2005, pp. 99-115,
- ANDERSON, P./BAUMBERG, B., *Alcohol in Europe. A public health perspective*, Luxemburgo, 2006.
- ARIAS EIBE, M. J., *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007.
- BACIGALUPO, E., «La protección de la mujer contra la violencia de género en España», en BIRGIN, H./GHERARDI, N. (coord.), *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*, México, 2011, pp. 151-162.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M.^a, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A., «El nuevo tratamiento de la violencia habitual en el ámbito familiar, afectivo o similar tras las reformas de 2003 del Código penal, español», en *Revista de Derecho penal y criminología*, n.º 14, 2004, pp. 11-57.
- BOLEA BARDÓN, C., «En los límites del Derecho penal frente a la violencia de género», en *Revista española de ciencia penal y criminología*, 2007, n.º 09-02, pp. 1-26.
- BORJA JIMÉNEZ, E., *Las circunstancias atenuantes en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, 2002.
- CAMPOS CRISTÓBAL, R., «La habitualidad en el delito de violencias habituales en el ámbito familiar», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2004, Vol. XXIV, pp. 128-186.
- CASANUEVA SANZ, I., «La atenuante de “grave adicción” en la Jurisprudencia más reciente», en ECHANO BALDASÚA, J. I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao, 2002, pp. 105-124.

- CASTELLÓ NICÁS, N., «Estudio crítico de la drogodependencia y del tratamiento del drogodependiente en el Código penal de 1995: problemas prácticos derivados de la nueva regulación», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 60, 1996, pp. 577-609.
- *La imputabilidad penal del drogodependiente*, Granada, 1997.
- «Causas de inimputabilidad: drogadicción», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 110, 2006, pp. 369-450.
- CATALÁ MIÑANA, A./LILA, M./OLIVER, A., «Consumo de alcohol en hombre penados por violencia contra la pareja: factores individuales y contextuales», en *Adicciones*, 2013, vol. 25, n.º 1, pp. 19-28.
- CEREZO MIR, J., *Derecho penal, Parte General (Lecciones 26-40)*, Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código penal» en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 299-324.
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. J., *Atenuantes por analogía. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Requisitos y casuística*, Valencia, 1995.
- ECHEBURÚA ODRIÓZOLA, E., «Tratamiento psicológico a los hombres violentos contra la pareja», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 2, 2005, pp. 157-178.
- FALS-STEWART, W./GOLDEN, J. /SCHUMACHER, J. A., «Intimate partner violence and substance use: a longitudinal day-to-day examination», en *Addictive Behaviors*, 2003, vol. 28, pp. 1555-1574.
- GARCÍA MAS, M. P., «Patología familiar y violencia doméstica», en *Adicciones*, 2002, vol. 14, pp. 221-238.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 7.ª ed., Valencia, 2013.
- GELLES, R. J./STRAUS, M. A., *Intimate violence. The causes and consequences of abuse in the American family*, Nueva York, 1988.
- GENOVÉS GARCÍA, A., *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja. La violencia de género con resultado de muerte; análisis sistemático de las sentencias: datos estadísticos, alevosía, ensañamiento, circunstancias atenuantes y agravantes, circunstancia de parentesco, penas y responsabilidad civil*, Barcelona, 2009.
- GIL-GONZÁLEZ, D./VIVES-CASES, C./ÁLVAREZ-DARDET, C./LATOUR-PÉREZ, J., «Alcohol and intimate partner violence: do we have enough information to act?», en *European Journal of Public Health*, 2006, n.º 16, pp. 278-284.
- GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género. Actualizado con la Ley de Igualdad LO 3/2007*, de 22 de marzo, Madrid, 2007.
- GONZÁLEZ RUS, J. J., «Tratamiento penal de la violencia sobre las personas sobre personas ligadas al autor por relaciones familiares, afectivas o legales, después de la LO 14/1999, de 9 de junio», en *Revista Jurídica de Andalucía*, 2000, n.º 30, pp. 17-32.

- GORJÓN BARRANCO, M. C., *La respuesta penal frente al género. Una revisión crítica de la violencia habitual y de género*, Salamanca, 2010.
- GOYENA HUERTA, J., en ARROYO DE LAS HERAS, A./MUÑOZ CUESTA, J./GOYENA HUERTA, J., *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995*, Pamplona, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L., «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en CEREZO MIR, J./SUÁREZ MONTES, R. F./BERISTAIN IPIÑA, A./ROMEO CASABONA, A. M. (coord.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 773-790.
- GRUPO DE EXPERTOS Y EXPERTAS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO DEL CGPJ, *Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales*, Madrid, 2009.
- *Análisis de las sentencias dictadas por los Tribunales del Jurado y por las Audiencias Provinciales en el año 2010, relativas a homicidios y/o asesinatos consumados entre los miembros de la pareja o expareja*, Madrid, 2012.
- HEISE, L., «Violence against women: An integrated, ecological framework», en *Violence Against Women*, 1998, vol. 4, pp. 262-290.
- HIGUERA GUIMERA, J. F., «Estudio de las causas de inimputabilidad en los sujetos activos de los delitos relacionados con la violencia doméstica y de género», en RUEDA MARTÍN, M.^a A./BOLDOVA PASAMAR, M. A., *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 227-258.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Las medidas de seguridad en el Código penal de 1995. Aspectos generales», en *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- KACHADOURIAN, L. K./TAFT, C. T./O'FARRELL, T. J./DORON-LAMARCA, S./MURPHY, C. M., «Correlates of Intimate Partner Psychological Aggression Perpetration in a Clinical Sample of Alcoholic Men», en *Journal of Family Psychology*, 2012, vol. 26(2), pp. 206-214.
- KLOSTERMANN, K./KELLEY, M. L., «Alcoholism and Intimate Partner Violence: Effects on Children's Psychosocial Adjustment», en *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 2009, n.º 6, pp. 3.156-3.168.
- LACRUZ LÓPEZ, J. M., en GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J. M./MELENDO PARDOS, M./NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, 2011.
- LARRAURI PIJOÁN, E., *Criminología crítica*, Madrid, 2007.
- LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y derecho penal de excepción: entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en *Cuadernos de Derecho judicial*, 2007, n.º 9, pp. 31-74.
- LLORET IRLÉS, D., «Alcoholismo: una visión familiar», en *Salud y Drogas*, 2001, vol. 1, n.º 1, pp. 113-128.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho penal*, Madrid, 2010.
- LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996.

- LORENTE ACOSTA, M./LORENTE ACOSTA, J. A., *Agresión a la mujer: maltrato, violación y acoso. Entre la realidad social y el mito cultural*, Granada, 1998.
- LORENZO SALGADO, J. M., «Nota á Sentencia do 29 de setembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 3.ª)», en *Revista Xurídica Galega*, 1999, n.º 25, pp. 153-154.
- «Imputabilidad, suspensión de la ejecución de la pena y cumplimiento de la condena», en BECOÑA IGLESIAS, E./RODRÍGUEZ LÓPEZ, A./SALAZAR BERNARD, I. (coord.), *Drogodependencias V. Avances 1999*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 15-55.
- «Nota á Sentencia do 17 de decembro de 1999 da Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.ª)», en *Revista Xurídica Galega*, 2000, n.º 26, pp. 153-156.
- MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02 (2006), pp. 1-13.
- «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres?», en *Indret* 4/2007, pp. 1-43.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (dir.), *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., Valencia, 2004.
- MARTÍNEZ GALINDO, G., «Intoxicación por drogas y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (coord.), *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 475-498.
- MARTÍNEZ GARAY, L., *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Valencia, 2005.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 10.ª ed., Barcelona, 2015.
- MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- MÚGICA SAN EMETERIO, E., «El perfil psicológico de la víctima y el agresor», en BOLDOVA PASAMAR, M. A./RUEDA MARTÍN, M. A. (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Barcelona, 2006, pp. 325-338.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, 8.ª ed., Valencia, 2010.
- OBREGÓN GARCÍA, A., «La eximente del art. 20.2, inciso 1.º, CP: Estado de intoxicación plena por consumo de alcohol u otras drogas», en *Estudios de Derecho Judicial*, 2006, n.º 110, pp. 137-218.
- OBSERVATORIO ESTATAL DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, *V Informe Anual*, Madrid, 2012.
- OLAIZOLA NOGALES, I., «Violencia de género: elementos de los tipos penales con mayor dificultad probatoria», en *Estudios penales y criminológicos*, 2010, Vol. XXX, pp. 269-316.
- OLMEDO CARDENETE, M., *El delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001.

- OMS, *Violencia interpersonal y alcohol*. Recuperado el 2 de abril junio de 2014, http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/factsheets/pb_violencealcohol_es.pdf2006.
- PADILLA ALBA, H. R., «Comentario al art. 21.2.^a del Código penal», en COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Madrid, 1999, pp. 681 y ss.
- *Exención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de drogas*, Granada, 2001.
- PASCUAL PASTOR, F./REIG RUANO, M./FONTOBA FERRÁNDIZ, J./GARCÍA DEL CASTILLO LÓPEZ, A., «Alcohol y violencia», en *Health and Addictions*, 2011, n.º 1, pp. 71-94.
- PÉREZ CURIEL CECCHINI, J., *Tratamiento penal del drogodependiente*, Barcelona, 1999.
- PUENTE SEGURA, L., *Circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal*, Madrid, 1997.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer», en *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIX, 2009, pp. 421-445.
- *Parte General del Derecho penal*, 4.^a ed., Pamplona, 2014.
- QUIGLEY, B. M./LEONARD, K. E., «Alcohol Use and Violence Among Young Adults», en *Alcohol Research & Health*, 2004/2005, Vol. 28, N.º 4, pp. 191-194.
- REDONDO ILLESCAS, S., «Análisis criminológico y tratamiento de la violencia e pareja», en *Revista Electrónica del Centro de Estudios de Criminología*, 2005, n.º 1, pp. 1-19.
- REGUEIRA DIÉGUEZ, A./ORDÓÑEZ MAYÁN, L./MUÑOZ BARÚS, J. I./RODRÍGUEZ CALVO, M. S., «La violencia de género: aspectos epidemiológicos, clínicos y médico-legales», en RODRÍGUEZ CALVO, M. S./VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, F. (coord.), *La violencia contra la mujer. Abordaje asistencial, médico-legal y jurídico*, Valencia, 2014, pp. 101-135.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1997.
- ROMÁN PINA-FUSTER, R., *Embriaguez, alcoholismo y Derecho penal*, Barcelona, 2000.
- ROPERO CARRASCO, J./ZAMORANO MORENO, P., «Las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal», en *Studia Carande*, vol. 5, 2000.
- RUIZ PÉREZ, I./BLANCO PRIETO, I./VIVES CASES, C., «Violencia contra la mujer en la pareja: determinantes y respuestas sociosanitarias», en *Gaceta Sanitaria*, 2004, n.º 18, pp. 4-12.
- SAN JOSÉ ASENSIO, E., «La violencia de género en Galicia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 2008, Vol. XXVIII, pp. 441-485.
- SÁNCHEZ YLLERA, I., «Comentario al art. 21.2.^a», en VIVES ANTÓN, T. S. (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, Vol. I, Valencia, 1995.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *La imputabilidad del consumidor de drogas*, Valencia, 2000.

- VALLE MUÑOZ, J. M./QUINTERO OLIVARES, G., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2010.
- VICENTE MARTÍNEZ, R./BENÍTEZ JIMÉNEZ, M. J., *Estudio jurídico y criminológico del delito de malos tratos en Castilla-La Mancha*, Albacete, 2009.