

**CARLOS SUÁREZ RODRÍGUEZ**  
Profesor Titular interino de Derecho Penal  
Universidad de Vigo

**La circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza**

**SUMARIO: I.** Planteamiento general sobre el régimen penológico de las circunstancias agravantes en el Código penal español. **II.** La agravante de obrar con abuso de confianza: 1. Determinaciones previas 2. Fundamento, carácter y naturaleza 3. Estructura: A) Existencia de una relación de confianza B) El abuso C) La ventaja comisiva derivada 4. Inapreciación: A) Circunstancia inherente al propio delito B) Circunstancia incompatible con el propio delito 5. Comunicabilidad 6. Compatibilidad con otras circunstancias: A) Atenuantes B) Agravantes C) Mixta 7. Error. **III.** El abuso de confianza en el Proyecto de Código Penal de 1994.

## I. Planteamiento general sobre el régimen penológico de las circunstancias agravantes en el Código penal español

Nuestro Derecho penal se incluye entre los de aquellos sistemas jurídicos que han optado por un modelo de determinación de la pena basado en la existencia de un marco abstracto sobre el que ha de moverse un juez a quien el principio de legalidad le impide situarse en sus afueras, pero dentro del que goza de un prudente margen de actuación.

En cualquier caso, el arbitrio judicial tropieza en la ley penal española con un cierto *dirigismo*, toda vez que ésta le va indicando al juzgador los referentes que ha de tomar en consideración en la labor de concreción penal (1). Por lo tanto, ni siquiera sumergido en el marco punitivo descrito por la norma, va a ser el juez quien decida si, cómo y a quién aplicar determinadas figuras jurídicas con incidencia en el instituto de la pena. Y no decimos que esta opción sea incorrecta, pues, aunque pueda discutirse sobre la bondad de dicho procedimiento en el plano de los principios (2), resulta muy atinado

---

(1) Lo cual permite, como ha puesto de relieve Boix, la posibilidad de interponer recurso de casación contra la decisión del juez que no recogiera en la sentencia de instancia los criterios marcados, entre otros preceptos, por el art. 61. Vid. Boix Reig, Javier, "Reglas de determinación de la pena", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, volumen 1º, 1985, pág. 439.

(2) Ha afirmado críticamente Quintero que la función del juez es prácticamente nula, pues el automatismo impide cualquier atisbo de discrecio-

especialmente en aquellos casos donde el *marco penal* presenta unos contornos excesivamente amplios (3).

En lo que a nosotros interesa, se ve limitado el juez por las reglas contenidas en la Sección 2ª del Capítulo IV del Título III del Libro I del C.p. (*reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes*).

Haciendo una lectura de la misma referida especialmente a las circunstancias agravantes, pueden extraerse una serie de importantes consecuencias:

### **Delitos dolosos**

En esta clase de infracciones la observancia judicial de las mencionadas reglas ha de ser máxima. Así se desprende del art. 58:

“Las circunstancias atenuantes y agravantes se tomarán en consideración para disminuir o aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en esta sección.”

No cabe pues otro incremento de pena por la acción de una circunstancia agravante (4) que el derivado de la estricta aplicación de las reglas de esta Sección 2ª (5). Sin embargo,

---

nalidad, quedando reducida a la nada la fase de determinación judicial. Quintero Olivares, Gonzalo, “Determinación de la pena y política criminal”, en *C.P.C.*, nº 4, 1978, pág. 52.

(3) Como sucede por ejemplo en las lesiones reguladas en el art. 420, que pueden ser castigadas con una pena comprendida entre una simple multa de 100.000 pesetas hasta una privación de libertad de 6 años.

(4) Nos referimos, claro está, a agravantes genéricas.

(5) En palabras de Córdoba, este precepto “... responde sin duda al propósito de atribuir a la propia ley, y no al arbitrio del juzgador, la determinación de los efectos de las circunstancias...” Córdoba Roda, J., en *AA.VV.*, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, pág. 245.

esa aplicación estricta es compatible con un cierto grado de *discrecionalidad* (6), permitido por la propia Ley, en atención a la clase de pena con que está conminado el delito. Por consiguiente, en atención a ello podemos hablar de una discrecionalidad *mínima* y de una discrecionalidad *media* en la actuación judicial.

### *Discrecionalidad mínima*

Es la que determina al juez a aplicar de modo casi automático la Ley. Carece éste de *facultades de elección, opción y graduación*, aunque conserva las de *matización* de la pena (7). Se da en los delitos sancionados con pena que contenga 3 grados y en los cuales hayan concurrido varias circunstancias agravantes. En estos casos, a tenor del art. 61.2ª.2, el juez deberá imponerla en el grado máximo. También procede en aquellos otros delitos cuya pena no se compone de 3 grados pero que siguen idéntico régimen por disponerlo así el

---

(6) De un modo globalizador afirma Jareño Leal que “el sistema español de determinación de la pena... ofrece unas reglas claramente especificadas en el texto legal, y sólo después de seguir los pasos de esa concreción legal delega expresamente en el Juez la elección de la cuantía final y exacta de la pena.” Cfr. Jareño Leal, Ángeles, “Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad”, en *Poder Judicial*, 2ª época, nº 22, Junio 1991, pág. 253. Ya veremos más adelante cómo las facultades judiciales pueden ser entendidas con algo más de amplitud de cómo las describe esta autora.

(7) Entendemos (convencionalmente) por *facultades de elección* aquéllas que autorizan al juzgador a escoger libremente un sistema de determinación de la pena (existente o ideado por él mismo) sin otra limitación que el respeto a los límites definidos por el marco penal abstracto que traza la Ley penal. Las *facultades de opción* le permiten escoger libremente una de las posibles alternativas que le ofrece la ley (p. ej. bajar 1 ó 2 grados). Las de *graduación* le facultan para ajustar la penalidad sin que la ley le brinde indicación alguna, o lo haga mediante cláusulas indeterminadas (p. ej. del tipo *compensará racionalmente*, o *teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho*). Por último, las *facultades de matización* son las que le amparan en el tramo final del proceso de determinación de la pena para fijar (ya dentro del grado de pena) la concreta sanción.

art. 62. Lo único a que el juzgador está autorizado es a matizar, dentro del grado final, la concreta extensión de la pena en consideración al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y a la mayor o menor gravedad del mal producido por el delito (art. 61.7ª).

### *Discrecionalidad media*

El juez sigue careciendo de facultades de elección de régimen, pero conserva las restantes. Ocurrirá esto en los delitos sancionados con pena que contenga 3 grados (y asimilados) cuando concurra *una sola circunstancia agravante*, donde el juez optará por imponer la correspondiente pena en el grado medio o máximo (art. 61.2ª.1). Ocurrirá también *cuando se den cita atenuantes y agravantes*, supuesto en que el juez *está obligado* a compensarlas racionalmente para determinar la pena, graduando el valor de unas y otras (8, 9). Goza para ello de *facultades de graduación* (el propio art. 61.3ª se lo indica), pero también de *facultades de opción*, dado que puede finalmente escoger en cual de los grados impondrá la pena.

También disfruta el juez de una discrecionalidad media cuando *no concurren atenuantes ni agravantes*. En este caso, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, *impondrá* la pena en el grado

---

(8) "El igualar en contrario sentido, el efecto de las agravantes con las atenuantes, conforme a razón o con rectitud en la operación, que no otra cosa es compensar racionalmente, conlleva un proceso de equidad sin el cual el arbitrio dejaría de ser prudente." Beltrán Ballester, Enrique, "El arbitrio judicial en el Código penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno", en *Escritos penales*, Valencia, 1979, pág. 65.

(9) "Su número debe ser uno de los elementos que entren en la formación del juicio moral que la Ley encomienda a la ilustración del Juez; aquí la igualdad aritmética es enemiga de la justicia." Llorca Ortega, José, *Manual de determinación de la pena*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 60.

mínimo o medio. Dispone, por lo tanto, de *facultades de graduación* y de *opción* (el art. 61.4ª así lo indica). Si el juez no toma en consideración el desvalor del hecho y la personalidad del agente, vulneraría esta regla (10).

Lo mismo sucede en los delitos sancionados con pena de multa, pues el art. 63 le dota de idénticas prerrogativas (11), si bien en la multa es impropio hablar de facultades de opción, al no dividirse aquélla en grados, ni indicar la ley diferentes posibilidades electivas. Sobre la graduación de la pena de multa ha dicho Beltrán Ballester que, pese a la inexistencia de mandato imperativo que vincule al tribunal, el C.p. sí aconseja actuaciones semejantes a las de las reglas 1ª y 2ª en relación con la 7ª del art. 61, lo que orienta al juzgador en la individualización de la pena (12).

Por otra parte, al igual que sucedía en los casos de discrecionalidad mínima, también puede el juzgador *matizar* la pena conforme a la regla 7ª del art. 61.

### **Delitos imprudentes**

En esta clase de infracciones el juez se guiará por la última regla del art. 565:

“En la aplicación de estas penas procederán los Tribunales a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61.”

---

(10) En el mismo sentido vid. Córdoba Roda, J., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 274.

(11) Art. 63: “En la aplicación de las multas, los Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponerlas, consultando, para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal o facultades del culpable.”

(12) “Y ello es lógico, pues los efectos aflictivo e intimidativo de la multa, no serían iguales ante una cuantía idéntica, si la ha de pagar un potentado o un indigente.” Beltrán Ballester, Enrique, “El arbitrio judicial...”, cit., pág. 67.

La no sujeción a las reglas del artículo 61 no impide, en modo alguno, acudir a ellas en la medida en que el juez lo estime procedente, ni tampoco impide que éste se vea *sometido* a las del resto de la Sección. Así lo han estimado también Vives Antón (13) y otros autores (14) que, como Mapelli y Terradillos, afirman que “el hecho de que el Código autorice a los Tribunales a proceder ‘sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 61’ no puede interpretarse como invitación a actuar sin criterio, ya que tanto en la punición de los delitos dolosos como en la de los culposos se persiguen idénticos objetivos preventivos. Lo que ocurre es que reglas que fueron pensadas para los delitos dolosos no se pueden trasladar mecánicamente a los imprudentes, con lo que el valor que el artículo 61 puede tener como punto de referencia queda notoriamente relativizado.” (15)

Lo anterior supone que haya de distinguirse entre los delitos culposos sancionados con pena de prisión y aquellos otros a los que corresponde una sanción pecuniaria. Los segundos *deben* seguir sometidos a las reglas del artículo 63, gozando el juez respecto de ellos de una discrecionalidad media (como sucedía en los dolosos). Los primeros *pueden* seguir sometidos a las reglas del art. 61, aunque la posibilidad de apreciar en una conducta imprudente la mayoría de circunstancias del art. 10, es bastante improbable (16). En todo caso, en este tipo de delitos culposos la discrecionalidad del juzgador sigue siendo de tipo medio, aunque ya bastante amplia, pues, además de las facultades de matización, gradua-

---

(13) Vives Antón, T.S., “La determinación de la pena en la imprudencia punible”, en *C.P.C.*, n° 3, 1977, pág. 200.

(14) Vid. González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, Valencia, 1988, pág. 232.

(15) Cfr. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 2ª ed., Madrid, 1994, pág. 178.

(16) Por lo que respecta a la de obrar con abuso de confianza no parece desde luego viable, especialmente teniendo en cuenta su propia factura legal (obrar *con abuso*).

ción y opción, puede elegir la aplicación o inaplicación del importante art. 61.

### **Faltas**

Es dentro de esta clase de infracciones donde puede hablarse sin ambages de una *discrecionalidad máxima*. El juez no sólo dispone de las mismas facultades que en los restantes casos sino que, además, disfruta de otra importantísima: la de *elección de régimen*.

El art. 601 dispone lo siguiente:

“En la aplicación de las penas de este libro procederán los Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 49 a 66 y con estricta observancia del artículo 68.”

La permitida inobservancia de las reglas de los arts. 49 a 66, comprende de suyo la de toda la sección 2ª excepto el último de sus artículos (17) (aunque materialmente también debe entenderse incluido), por lo que el juzgador puede moverse libremente dentro de los confines del marco penal abstracto. Esto es coherente con lo reducido de dicho marco, dado que nunca excede de los 30 días de privación de libertad ni de las 100.000 pesetas de multa o de 3 meses de privación del permiso o la licencia de conducción (penas leves).

Sólo en este caso es impropio hablar de *dirigismo* judicial, aunque no puede desconocerse que el arbitrio del juez es

---

(17) Art. 67: “Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso.”

más aparente que real, dado que en las faltas su discrecionalidad ya ha sido muy recortada en la parte especial del Código.

## II. La agravante de obrar con abuso de confianza

Visto a modo de introducción el régimen penológico general de las circunstancias agravantes en el Código español, y extraídas las oportunas consecuencias para cuando concurran en el delito, ha llegado el momento de abordar el estudio de las principales cuestiones que suscita la modificativa de *obrar con abuso de confianza*, aunque es obligado advertir que en algunas de dichas cuestiones el consenso doctrinal está aún muy lejos de alcanzarse.

### 1. Determinaciones previas

En materia de circunstancias ha advertido Ruiz Vadillo que no se percibe con claridad que el legislador haya seguido un criterio unitario en el sistema de estructuración de las mismas pues, a veces, tienen un sentido de complementariedad específica, y otras, de complementariedad genérica general o genérica especial, dando la impresión de haber sido el puro azar el determinante de la forma legislativa de proceder (18). En realidad, eso no es privativo de nuestro país, y quizás tampoco tenga excesiva importancia siempre que no se traduzca en un tratamiento discriminatorio ante situaciones similares (19). En relación al sistema de las agravantes, llega aún más lejos González Cussac al calificarlo de “altamente insatisfac-

---

(18) Vid. Ruiz Vadillo, Enrique, “La dosimetría penal en el Código español”, en *A.D.P.C.P.*, t. XXX, fasc. II, Mayo-Agosto, 1977, pág. 360.

(19) En esta línea ha podido decir Contento que “... todas las figuras de todas las circunstancias deberían considerarse como otros tantos elementos especializantes, insertables en el supuesto de los delitos base en relación a los cuales, por consiguiente, las correspondientes hipótesis de realización circunstanciada se encontrarían en una relación totalmente análoga, si no idéntica, a la que se da entre los delitos especiales (o específicos) y los delitos generales (o

torio" (20), al tiempo que aconseja llevar a cabo "una limpieza a fondo del art. 10, y un reenvío, cuando realmente mereciera la pena, de muchas de esas causas de agravación a la parte especial del Código penal", puesto que las agravantes están construidas, a su juicio, "sobre una absurda concepción de castigar más duramente al delito 'bien hecho', o simplemente al delito realizado normalmente, es decir asegurando unas mínimas posibilidades de éxito (21)."

Tras haber apuntado estas valiosas críticas, vamos a examinar ahora en qué medida afectan al régimen establecido por el art. 10.9ª y preceptos relacionados. La circunstancia agravante de *obrar con abuso de confianza*, por su ubicación sistemática, presenta una vocación de universalidad aplicativa aunque, no obstante, pronto descubriremos que son relativamente pocos los delitos que permiten, por su propia naturaleza, la concurrencia de esta figura. Las resoluciones del Tribunal Supremo son bastante elocuentes en este sentido por lo reiterativas que resultan en cuanto a las especies delictivas a las que resulta de aplicación.

Desde el ya lejano de 1848, este instituto agravatorio se ha mantenido en cada nuevo texto punitivo aunque, eso sí, variando su asentamiento. En aquél primer Código, así como en su revisión de 1850, ocupó exactamente el mismo lugar que hoy ocupa: el artículo 10 párrafo 9. Sin embargo, su tenor literal era un poco diferente, pues se hablaba de "abusar de confianza". En el de 1870 se retrasó hasta el párrafo 10º, pero

---

genéricos). La única diferencia estaría en la diversa técnica legislativa adoptada (insertar los elementos especializantes en la descripción de las singulares figuras criminales, o bien preverlas fuera de tal descripción, en normas y supuestos de carácter general: pero el resultado sería siempre el mismo." Cfr. Contento, Gaetano, *Corso di Diritto penale*, Bari, 1989, págs. 583-584.

(20) "... respondiendo a una concepción decimonónica, obsesionada por una defensa a ultranza de ciertos valores sociales, hoy totalmente superados." González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., Valencia, 1988, págs. 151-152.

(21) *Ibidem*, pág. 202.

poseía el mismo texto que en la actualidad. Un cambio más radical -como en casi todo lo demás- se habría de producir en la Ley penal de 1928; en el libro primero (De la infracción criminal y su represión), título II (De la responsabilidad), capítulo III (De la atenuación y de la agravación de la responsabilidad) se construyó una sección, la 2ª, que reguló las agravantes “Por las condiciones del infractor”, y en cuyo artículo 67 párrafo 6º habríamos de encontrar nuestra agravante:

“Las condiciones personales que agravan la responsabilidad son: (6ª) cuando el delito fuere cometido con abuso de confianza, o con notoria ingratitud, o faltando a graves y especiales deberes, o consideraciones respecto al ofendido.”

Ya en el Código de 1932 volvería al art. 10.9º, donde se ha mantenido hasta hoy.

En el Derecho italiano existe una figura que tiene cierta analogía con ésta en el art. 61.11ª del C.p.: el haber cometido el hecho con abuso de autoridad (22) o de relaciones domésticas, o bien con abuso de relaciones de oficio, de prestación de obra, de cohabitación, o de hospitalidad. Pronto veremos cómo buena parte del contenido de este precepto se corresponde con la mayoría de situaciones que pueden dar origen a las relaciones de confianza cuya traición conllevan la aplicación de la agravante 9ª del artículo 10 de nuestro texto punitivo (23).

---

(22) Esta autoridad debe entenderse, como advierte Padovani, en sentido privatístico, pues de otro modo habría de recurrir a la agravante del número 9 del artículo 61 (el haber cometido el hecho con abuso de los poderes, o con violación de los deberes inherentes a una función pública o a un servicio público, o bien a la condición de ministro de culto). Vid. Padovani, Tullio, *Diritto penale*, Milano, 1990, pág. 328; en el mismo sentido se han pronunciado también Bettioli, Giuseppe y Pettoello Mantovani, Luciano, *Diritto penale*, 12ª ed., Padova, 1986, pág. 591.

(23) Aunque ha advertido Mantovani -tras señalar que generalmente se la considera como *subjetiva*-, que a pesar de que en la mayoría de ocasiones pueda reconocerse también un abuso de confianza, la relación fiduciaria no es sin embargo necesaria, y no se debe por eso, probar su existencia. Vid. Mantovani, Ferrando, *Diritto penale, parte generale*, 2ª ed., Padova, 1988, pág. 390.

## 2. Fundamento, carácter y naturaleza

El significado que la doctrina atribuye a estos tres términos no es unitario, por lo que parece oportuno que antes de seguir adelante aclaremos el sentido con que son empleados en este trabajo. Por *fundamento*, entendemos las razones que han movido al legislador [*ratio*] a crear esta agravante y conferirle eficacia incrementadora de la pena. Cuando nos referimos al *carácter*, sólo tratamos de analizar su calidad de objetiva o subjetiva y, en cuanto a su *naturaleza*, se trata de integrarla en el apartado correspondiente de la estructura del delito.

Acerca de ello, y al margen de la terminología utilizada, las opiniones fluctúan en los confines del espectro doctrinal. Así, la autorizada opinión de Rodríguez Mourullo sostiene que la agravante posee un fundamento de carácter *subjetivo* que consiste en la mayor reprochabilidad implícita en el quebrantamiento de la lealtad debida, y ello, pese a que uno de sus requisitos consiste en el aprovechamiento de una mayor facilidad objetiva de ejecución. Esta mayor facilidad en la comisión del hecho no fundamentaría por sí misma la agravación (24). El autor sitúa pues en la culpabilidad el fundamento de la circunstancia, posición que no parece compartir Alonso Álamo tras advertir que la naturaleza objetiva o subjetiva no es predeterminante de su reconducción al injusto o a la culpabilidad (25). Esta autora incluye el abuso de confianza entre las circunstancias que aumentan la gravedad del injusto y que

---

Esta idea también es compartida por Nuvolone, que aunque asume que la *ratio* de la agravante viene representada por la mayor facilidad que la existencia de estas relaciones ofrece para la comisión del delito, no exige la prueba del abuso de confianza. Vid. Nuvolone, Pietro, *Il sistema del Diritto penale*, 2ª ed., Padova, 1982, pág. 432.

(24) Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, pág. 664.

(25) Cfr. Alonso Álamo, Mercedes, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1981, pág. 348.

llama *Circunstancias mixtas (impersonal-personales)* que *incrementan el desvalor de acción*. A su entender, puede admitirse que históricamente el abuso de confianza se fundamenta tanto en la deslealtad como en la facilidad para cometer el delito que la confianza proporciona (26), pero ella prefiere considerar que “el fundamento de la circunstancia reside, no en el quebrantamiento de la lealtad debida..., sino en la facilidad que proporciona en la ejecución, asegurando el delito y la impunidad al tiempo que deja a la víctima desprovista de toda posibilidad de defensa.” En este sentido, afirma que aunque el autor no tienda directamente a asegurar el delito, cierta seguridad en la ejecución es inherente al abuso de confianza (27). Concluye por ello sosteniendo que no es circunstancia atribuible directamente al juicio de culpabilidad, sino que agrava *por razones de antijuricidad* (28). Su idea rectora es también compartida por Rodríguez Devesa y Serrano Gómez al considerar igualmente que se trata de una agravante que afecta a la antijuricidad en razón de la técnica de comisión del delito (29). Más inconcreta es la tesis de Cobo y Vives, pues mientras sitúan el fundamento de la agravación “en la mayor desprotección de los bienes jurídicos de la víctima en el seno de las relaciones de confianza”, afirman su carácter “fundamentalmente personal y subjetivo... a pesar de que se la haya pretendido incluir en la categoría de las mixtas...” (30).

---

(26) *Ibidem*, pág. 539.

(27) *Ibidem*, pág. 543.

(28) *Ibidem*, pág. 546.

(29) Igual consideración les merecen las circunstancias de alevosía, estragos, publicidad, astucia, fraude o disfraz, abuso de superioridad o empleo de medio que debilita la defensa, prevalerse del carácter público, auxilio de gente armada y auxilio de personas que aseguren o proporcionen la impunidad. Rodríguez Devesa, J.M. y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general*, 16ª ed., Madrid, 1993, pág. 731.

(30) Cfr. Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal parte general*, 3ª ed., Valencia, 1991, pág. 690.

En relación con la bipartición de las circunstancias en objetivas y subjetivas, Baigún es todavía más crítico que Alonso Álamo (31), calificando incluso de *inadecuada* dicha denominación. Su tesis es la de que existen aspectos objetivos y subjetivos de las agravantes, pero su naturaleza no podría ser definida de ese modo (32). Muy similar a esta postura, hallamos en nuestro país la de Díez Ripollés, que considera poco justificada la indagación sobre la naturaleza objetiva o subjetiva de una circunstancia, salvo que se pretenda averiguar si exige el elemento subjetivo de “aprovecharse” o “buscar de propósito” (33). En el mismo sentido González Cussac manifiesta que, en términos generales, tanto las atenuantes como las agravantes requieren elementos estructurales de naturaleza objetiva y subjetiva, “sin que ello suponga la existencia de ningún criterio sistemático válido para determinar su naturaleza jurídica.” (34) Por otra parte Mir Puig, en coherencia con sus planteamientos dogmáticos, llega a afirmar que todas las circunstancias agravantes deben aumentar lo injusto penal del

---

(31) "La relación subjetivo-objetiva es una bipolarización gnoseológica, compleja y dialéctica, una interacción cognoscitiva que se da en todo caso concreto, particular. Desde el punto de vista del sujeto cognoscente todas las circunstancias son subjetivas, tanto las que tradicionalmente reciben esa denominación, como las consideradas objetivas. Al mismo tiempo, esos procesos psíquicos individuales, esas subjetividades singulares, enfocadas desde el ángulo de su existencia en la sociedad, constituyen fenómenos, entidades objetivas, situados dentro de la categoría denominada conciencia social." Baigún, David, *Naturaleza de las circunstancias agravantes*, Buenos Aires, 1970, pág. 22.

(32) *Ibidem*, pág. 23.

(33) "... pues en todo caso incluso la averiguación de la presencia de tal elemento subjetivo puede incluirse en todo el análisis que se ha de realizar en cada circunstancia relativo a su pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad." Díez Ripollés, José Luis, "Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código penal español", en *A.D.P.C.P.*, t. XXX, fasc. III, Septiembre-Diciembre, 1977, pág. 644.

(34) Cfr. González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., págs. 169-170.

hecho, sin que puedan elevar la culpabilidad, si bien esto no impediría que unas fueran objetivas y otras subjetivas al comprender el injusto una parte objetiva y otra subjetiva. En concreto incluye la de abuso de confianza entre las circunstancias objetivas que denotan una mayor peligrosidad del hecho por la especial facilidad de comisión determinada por los sujetos (35). Se castigan más los hechos realizados por sujetos especialmente peligrosos, para que la mayor penalidad haga desistir a estos de utilizar esa vía, protegiendo así mejor los bienes jurídicos de los ataques que entrañan más peligro (36).

Quienes parecen compartir los postulados de Rodríguez Mourullo son Puig Peña (la circunstancia agrava no por su mayor antijuridicidad, sino por una mayor culpabilidad (37)) y Rivacoba, que inserta esta circunstancia entre las *agravantes por mayor culpabilidad*, en concreto por exteriorizar una personalidad opuesta al Derecho y jurídicamente desaprobada (38). También el Tribunal Supremo se ha inclinado en general por considerar que el abuso de confianza supone un plus de culpabilidad. Así, en la sentencia de 25 de Noviembre de 1985 (R.A. 5476) manifiesta que es preciso tener en cuenta que la apreciación de su concurrencia, “requiere la existencia por parte del sujeto activo de un quebrantamiento de especiales deberes de lealtad y fidelidad hacia el perjudicado, derivados de la confianza moral que éste ha depositado en el acusado y que son aprovechados por éste para cometer el delito, prevalido de la situación ventajosa y de las facilidades que le otorga tal confianza, *lo que implica una mayor reprochabilidad o*

---

(35) Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal parte general*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 699.

(36) *Ibidem*, págs. 700-701.

(37) Puig Peña, Federico, *Derecho penal parte general*, t. I, 7ª ed. actualizada con la colaboración de Gregorio Ortiz Ricol, Madrid, 1988, pág. 467.

(38) Vid. Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología*, t. II, 1989, pág. 205.

**culpabilidad de su conducta**, que constituye el fundamento de la citada agravante (39).

Como vemos, hay dos posturas claramente enfrentadas: la de quienes sostienen que pertenece a la antijuridicidad y la de quienes defienden su inclusión en la culpabilidad. Por otro lado, mientras algunos fundamentan la circunstancia en el quebrantamiento de la lealtad, otros conceden primacía al factor objetivo de la mayor facilidad comisiva. Realmente, hay que admitir que la cuestión no es diáfana (40), y todos los argumentos citados son de notable envergadura. Sin embargo, en cuanto al fundamento entendemos que no debe desdeñarse ninguna de las facetas de la figura, pues si bien es cierto que la traición de la confianza explica el incremento penológico previsto, no lo es menos que la ventaja comisiva derivada de dicha felonía es también apta para motivar un incremento de aquél carácter. Por otra parte, coincidimos con Baigún, Díez Ripollés y González Cussac acerca de lo relativo que resulta calificar a una circunstancia como objetiva o subjetiva, pues ciertamente nada resuelve y además sería incorrecta dicha

---

(39) Vid. también las SS. de 28 de Junio de 1989 (R.A. 6003); 12 de Septiembre de 1991 (R.A. 6155): "... la confianza ultrajada o la deslealtad manifiesta se configuran entonces como un plus de culpabilidad al revelar una mayor perversión en la ejecución..."; 25 de Noviembre de 1980 (R.A. 4555): "... pudiéndose apreciar y estimar que maniobró con casi absoluta tranquilidad de que nadie entorpecería su malquehacer delictivo y sin probabilidad de riesgo, prevalido ostensiblemente de la ventajosa situación de hecho dimanante de la confianza recibida, que es precisamente lo que evidencia y constituye la mayor perversidad y culpabilidad que penaliza más gravemente la agravante impugnada"; 24 de Junio de 1980 (R.A. 2648): "situaciones todas ellas que al hacer necesaria la vida en común de manera más o menos accidental o intensa, exigen por parte de las personas involucradas en ellas el respeto mutuo y tolerante, una lealtad en el desempeño de las respectivas obligaciones, servicios y vida comunitaria, cuyo quebranto determina una mayor culpabilidad..."

(40) "Puede afirmarse que, hasta ahora, no existe claridad acerca de la real naturaleza de las agravantes... Los autores, en general, vacilan en cuanto se trata de sistematizarlas y las agravantes siguen transitando, así, por diversos sectores como si fueran 'un sobrante' de la teoría del delito." Baigún, David, *Naturaleza...* cit., pág. 25.

calificación respecto de la inmensa mayoría. En concreto lo es respecto de ésta, pues ni es objetiva pura ni subjetiva pura, sino que contiene elementos de ambas clases. Por lo tanto estamos, como ha afirmado Alonso Álamo, ante una circunstancia *mixta*. A nuestro entender su fundamento es doble; y lo es en un sentido *causal-cumulativo*: se agrava la pena no porque se traicione la confianza o porque se adquiera una ventaja comisiva, sino porque a consecuencia de haber abusado de una confianza depositada en el sujeto activo, se ha obtenido una mayor facilidad en la ejecución del hecho típico. Ésa ha de ser la relación existente entre ambos momentos de la circunstancia, el subjetivo del abuso de la confianza y el objetivo de la facilidad ejecutoria: una *relación de causalidad*. En ausencia de tal vinculación no será posible su apreciación en el delito. Por mucha traición habida o por mucha ventaja comisiva adquirida, si no se hallan en dicha relación, resultará inaplicable la agravante 9ª del artículo 10.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha hecho eco en numerosas ocasiones de esta exigencia causal. Así, la sentencia de 21 de Mayo de 1992 (R.A. 4248) estimó que la agravante requiere para su apreciación dos requisitos: “a. el subjetivo integrado por la relación de confianza entre sujeto activo y perjudicado, caracterizada dicha relación por razones de convivencia social, laboral o profesional, de hospedaje o de amistad, a través de los que surgen recíprocamente deberes - no necesariamente jurídicos- de lealtad, y b. el objetivo, consistente en la captación de cierta facilidad para cometer el delito, *derivada de la situación creada* a consecuencia de esos deberes recíprocos entre el agente y el sujeto pasivo, con aprovechamiento de las facilidades que proporciona la confianza ofrecida por el sujeto pasivo al autor del delito.” (41)

---

(41) Otro ejemplo lo constituye la S. de 22 de Septiembre de 1992 (R.A. 7210) “... éste [el abuso de confianza] se debe apreciar cuando *mediante una relación de esta naturaleza* se logra que la víctima se introduzca en, o produzca por sí, una situación en la que su resistencia será más difícil, o la

### 3. Estructura

En este apartado se aludirá a la disposición y relaciones recíprocas que mantienen los elementos integrantes de la circunstancia agravante de abuso de confianza, comenzando su estudio por el más substancial de todos ellos, que es sin duda la propia existencia de la confianza, sobre la cual entendió Pacheco que se hallaba fundada la sociedad (42).

#### A) Existencia de una relación de confianza

Como decimos, es ésta la verdadera esencia de la circunstancia (43). Sin una confianza que traicionar no es posible apreciarla (44), por lo que resulta obligado averiguar antes una serie de cuestiones afines a ciertos extremos que rode-

---

vulneración de sus bienes jurídicos más fácil para el autor, lo que, indudablemente, aumenta el contenido de la ilicitud del delito.”

La de 26 de Mayo de 1993 (R.A. 4321) indica que el abuso de confianza exige como agravante, “una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza. La agravante requiere además que el autor *se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos*, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo.”

(42) “... en sus servicios recíprocos descansan multitud de relaciones, que se estreman todas al golpe que la hiere.” Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código penal concordado y comentado*, 2ª ed., corr. y aum., t. I, Madrid, 1856, págs. 227 y 228.

(43) Ya escribió hace muchos años Viada que “para que exista esta circunstancia de agravación es preciso que se tenga cierta confianza en una persona, y que ésta falte á ella...” Viada y Vilaseca, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, t. I, Madrid, 1890, pág. 288.

(44) Ha advertido Santoro que la relación entre el sujeto activo y el pasivo ha de ser además actual, no pasada. Vid. Santoro, Arturo, *Le circos-tanze del reato*, 2ª ed., Torino, 1952, p. 284.

an a una situación y que permitirían calificarla como *de confianza*: esos extremos se concretan en su *contenido*, su *dador*, su *destinatario* y el *momento en que ha de conferirse*.

En relación con el *contenido* de la confianza, existen diversos pronunciamientos doctrinales. Así, respecto de su *origen*, han dicho Cobo y Vives que no tiene mucho sentido llevar a cabo en este punto una interpretación restrictiva, manteniendo que puede ser muy variado. A su juicio, bastaría con una relación preexistente entre el delincuente y el ofendido “sea del tipo que fuese”. Sin embargo, matizan estos autores que dicha confianza no es la que resulte de aplicar “standars” sociales, sino la efectivamente otorgada por la víctima al autor (45). Distinta es la visión de Rodríguez Devesa y Serrano Gómez, para quienes hay relación de confianza (46) “... incluso cuando existen usos y costumbres que la autorizan aun sin previa relación ni conocimiento entre el autor y la víctima, como ocurre entre viajeros que van en un mismo departamento.” (47) Junto a esta fuente de nacimiento de la confianza sitúan otras como la relación contractual, la amistad, o la pertenencia a una misma profesión u oficio. Parece que la única razón que pondría en tela de juicio la existencia de confianza sería, para estos autores, el que las circunstancias concurrentes “califiquen de insensata la esperanza de que una persona se comporte precisamente de una determinada manera.” (48)

Por nuestra parte, estimamos más razonable reclamar la existencia de una *relación personal* entre el ofendido y el

---

(45)Cfr. Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal...* cit., pág. 690.

(46) Entendiendo estos escritores que la confianza de que se ha de abusar es aquella inherente y necesaria al tráfico. Vid. Rodríguez Devesa, J.M. y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general...* cit., pág. 731.

(47) Idem.

(48) Idem.

sujeto activo (49), que conformarnos con una remisión más que discutible a unos usos y costumbres pretendidamente autorizantes de la relación de confianza quebrantada por el delito, como parecen sostener R. Devesa y Serrano. Ello no quiere decir, como también ha puesto de relieve R. Mourullo, que dicha relación haya de ser permanente, puesto que incluso una relación *episódica* puede engendrar confianza. Lo decisivo es que, "... como consecuencia de una relación personal, haya llegado a depositarse confianza en el autor del delito, es decir, que se haya operado un depósito moral de esperanza de conducta fiel." No basta comprobar la existencia de la relación personal, por estrecha que sea (50).

Suscribiendo plenamente las palabras de R. Mourullo, se nos ocurre que la interpretación de R. Devesa y Serrano podría constituir una presunción en contra del reo al afirmar que le fue concedida una confianza a la postre traicionada cuando, en realidad, no se pudo probar que así fuera. Por eso parece más correcto exigir que esa confianza haya sido efectivamente depositada por la víctima. Si no lo fue, difícilmente podrá sostenerse que ha abusado de una situación que le era del todo ajena y resultante sólo de convencionalismos sociales como en el ejemplo ferroviario propuesto. Es más, incluso una situación jurídica carece en sí misma de entidad suficiente para derivar de ella una relación calificable como *de confianza* a los efectos punitivos del art. 10.9ª. Por ejemplo, una relación laboral no siempre crea unos vínculos de auténtica confianza entre el dador de trabajo y sus empleados. De hecho, es fre-

---

(49) "La agravante que comentamos presupone que la confianza haya sido depositada en el reo. Esto implica la existencia de una *relación personal*, que es lo que puede engendrar una mutua confianza." Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 655.

También Bustos Ramírez lo cree así, afirmando además que es irrelevante la naturaleza de la relación personal, no necesariamente jurídica. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal parte general*, 4ª ed., aum., corr. y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994, pág. 536.

(50) Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *idem*.

cuenta en las empresas, sean éstas pequeñas, medianas o grandes, que el empleador confiera a alguno o algunos de sus asalariados unas atribuciones vedadas a los demás (51) que, si son quebrantadas, pueden engendrar el abuso de confianza. Por lo tanto, la mera existencia de una relación jurídica, aun de la trascendencia de la laboral (a menudo informada siquiera por unos mínimos de confianza entre los sujetos de la relación) no es por sí bastante para configurar la confianza de la que se puede abusar en el artículo 10 del C.p. Las más recientes sentencias del T.S. dan testimonio de la inaplicación de la agravante basada únicamente en la existencia del vínculo derivado del contrato de trabajo. P. ej. la de 23 de Octubre de 1993 (R.A. 7950) dice que "... no es suficiente, a efectos de aplicar esta agravante, que una persona actúe dentro de su entorno laboral, ya que no puede extenderse la circunstancia agravatoria de manera genérica e indeterminada a todos los trabajadores que actúan en una determinada entidad, sino solamente a aquellos que se mueven dentro de una específica situación laboral que implica la confianza de la empresa para manejar caudales, efectos, documentos o cualquier clase de mercancías y solamente a éstos en particular se les puede exigir una respuesta adecuada a la confianza que se les otorga. Los que son ajenos a esta específica dependencia o sección de una empresa no pueden vulnerar una confianza que no les ha sido otorgada." O la de 29 de Junio de 1992 (R.A. 5557): "... el mero hecho de la dependencia, laboral o funcionarial, no supone de suyo sin otras circunstancias, el que haya de apreciarse imperativamente la existencia agravante del abuso de confianza." (52)

---

(51) Llaves de la caja de caudales, acceso a dependencias restringidas, poder de firma, etc...

(52) Otro ejemplo lo hallamos en la de 19 de Abril de 1991 (R.A. 2824), que trata un caso en que el empleado disponía de las llaves de entrada a la fábrica, al igual que otros empleados, pero no de las que daban acceso a la oficina, lugar en que se custodiaba el dinero sustraído. A la oficina había llegado mediante escalamiento. Todo ello evidencia para el tribunal que, "...

Por tanto, debe huirse de todo formalismo en cuanto a la estimación de una situación como generadora de confianza. En este sentido ha dicho R. Mourullo que una pura situación de hecho puede implicar deberes de lealtad, mientras que otros vínculos jurídico-contractuales no son por sí solos y, sin más, bastantes para dar nacimiento al estado de confianza (53). Incluso podemos hacer extensiva esa afirmación del autor citado a la propia institución matrimonial, paradigma normativo de situación de confianza, pues es perfectamente posible la comisión de delitos por parte de uno de los cónyuges contra el otro sin que ello suponga abuso de una confianza sólo legalmente sobreentendida pero efectivamente ausente, ya sea desde el inicio de la relación o a partir de un momento determinado.

En cualquier caso, y sin pretensiones de exhaustividad, podemos citar algunas situaciones que ordinariamente suelen aproximar a las personas dando origen a relaciones de confianza. Quizá la más característica de todas sea la *amistad* (54), engendradora de unos fuertes vínculos que pueden perdurar toda la vida. El T.S. se ha hecho eco en numerosas ocasiones de ello. Recientemente, en la S. de 30 de Enero de 1987 (R.A. 485) confirmó otra de la Audiencia que había condenado al procesado como autor de un delito de abusos deshonestos con la citada agravante, cometido sobre una niña de 8 años al aprovechar que había quedado a su cargo por razón de

---

si bien existía una relación laboral entre la empresa y el procesado, de ella no dimanaba una dación de confianza específica y distinta a su condición de mero peón de la fábrica, por lo que mal puede decirse que abusó de una confianza que no existía ni quebrantó por tanto los especiales deberes de lealtad inherentes a una fiducia no otorgada." Vid. en el mismo sentido la de 28 de Junio de 1989 (R.A. 6003).

(53) Cfr. Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 655.

(54) Cabe incluir en ella, para simplificar la exposición, aquellos otros estados próximos como las relaciones amorosas, la camaradería, el compañerismo, etc.

la amistad que mantenía con sus padres. En otra ocasión (S. de 12 de Septiembre de 1991 R.A. 6155), hizo lo mismo respecto a un caso muy similar: el de un individuo que haciendo mal uso de las relaciones entrañables, de amistad y de convivencia vecinal que mantenía con cierta familia, abusó deshonestamente de una niña de 7 años hija de aquélla. Pero, naturalmente, no sólo en el ámbito de la delincuencia sexual son cometidos delitos traicionando una relación de amistad. En la jurisprudencia más reciente también podemos observar numerosos casos de delincuencia contra la propiedad: en la S. de 25 de Noviembre de 1980 (R.A. 4555) se apreció la agravante respecto del robo llevado a cabo por quien a causa de la amistad que mantenía con un hijo de la propietaria de una vivienda, pernoctó en el domicilio de los mismos, y sustrajo una caja fuerte metálica cerrada que consiguió fracturar, apoderándose de numerosas alhajas y efectos. En la de 15 de Abril de 1980 (R.A. 1281) sanciona la actitud del procesado, el cual aprovechándose de que tenía una llave de la vivienda de la víctima, que ésta le había entregado por razón de amistad, penetró en la misma en la que se apoderó de un vídeo-cassette. Pero también se recogen supuestos de lesión a otros bienes jurídicos más importantes como la propia vida: en la S. de 15 de Diciembre de 1986 (R.A. 7917) se apreció la agravante en el robo con homicidio perpetrado por un individuo que gozaba del afecto de una anciana, y que le permitía entrar con frecuencia en su piso mientras trabajaba en la obra de la casa vecina, circunstancia que aprovechó para ejecutar la infracción.

Un segundo grupo de situaciones inductoras de lazos de lealtad lo constituyen las *relaciones laborales*. La doctrina jurisprudencial ha tratado profusamente la cuestión, pues a sus manos han llegado muchos casos de este tipo, como el que enjuició la S. de 21 de Mayo de 1992 (R.A. 4254), que aplicó la agravante al empleado de una empresa que obtuvo unas copias de llaves con la finalidad de cometer un robo contra la misma. También podemos referirnos a la de 17 de Noviembre

de 1989 (R.A. 9662), que sancionó a un empleado de Banco de notoria antigüedad destinado en una de las oficinas del mismo donde venía trabajando en el equipo informático, lo cual aprovechó conscientemente para facilitarle la realización de unas manipulaciones contables y el apoderamiento de una suma de dinero (55).

Otro importante sector aparece integrado por las *relaciones de convivencia*, en las que podemos incluir conceptos como el de familia, vecindad, hospedaje y comunidad de vida. También aquí la jurisprudencia ha tenido que pronunciarse: en la S. de 26 de Mayo de 1993 (R.A. 4321) consideró la aplicación de la circunstancia de agravación 9.<sup>a</sup> del art. 10 a un mando de la guardia civil que abusó deshonestamente de la hija de uno de sus subordinados, justificándolo por la convivencia en el mismo inmueble, (cuartel de la Guardia Civil), tanto del acusado como de la víctima, lo cual, unido a la relación de subordinación del padre de la menor con aquél, “hace surgir una situación de confianza de la que se prevaleció el imputado para llevar a la misma a lugares en que podía realizar más libremente los actos por los que se le condenó, y que indudablemente, no podría haber realizado con tan escaso esfuerzo si no hubieran concurrido las circunstancias a que se hace mención.” Por otra parte, y en relación al hospedaje, la S. de 24 de Junio de 1980 (R.A. 2648) confirmó la apreciación de la agravante en la conducta del procesado que, prevaleciéndose de las facilidades que le proporcionaba el estar hospedado en una casa, se apoderó de 20.000 ptas. en metálico.

---

(55) En el mismo sentido pueden consultarse las S.S.T.S. de 17 de Junio de 1980 (R.A. 2635) (empleado escaparatista de unos grandes almacenes que fue cogiendo géneros destinados a la venta con propósito de beneficio, para venderlos posteriormente) y 18 de Junio de 1980 (R.A. 2636) (empleado de un almacén de productos alimenticios que sustrajo y vendió 17.275 kilogramos de arroz).

Además del requisito de la relación personal, estimamos que debe ser exigido algo más respecto de la confianza: que se trate de una *confianza especificada* (56). Sería ésta la concretamente conferida al sujeto. Así, puede el patrono autorizar a un empleado a que le abra su correspondencia empresarial para clasificarla, pero no la privada; autorizar a otro para manejar los caudales de la empresa; y autorizar a un tercero para que recoja a su hija pequeña en el colegio. Si el primero sustrae un dinero de la caja a la que no tiene un acceso permitido, cometerá un hurto no agravado por el abuso de confianza. Si el segundo agrede sexualmente a la hija pequeña del empresario cuando casualmente coinciden en la calle, cometerá una agresión sexual no agravada por el abuso de confianza. Y si el tercer empleado abre la correspondencia privada de su jefe para enterarse de sus secretos, cometerá un delito de descubrimiento y revelación de secretos no agravado por el abuso de confianza. Y así son las cosas por una sencilla razón: ninguno de ellos ha abusado de una confianza que no le ha sido otorgada, pues el jefe ha especificado a cada uno de ellos su margen de actuación. Por fuera del mismo, cada cual actúa como si de extraños se tratase, y ello, pese a que el patrono confía en todos ellos, pero lo hace en un sentido muy concreto. Puede que valore la discreción del primero, la honradez del segundo, y las preferencias sexuales del tercero para encomendarles sus respectivos cometidos. Y sólo cuando los traicionaren de un modo específico podríamos hablar de quebrantamiento de la confianza depositada en ellos. Por tanto, no hay una confianza en abstracto, sino una confianza *en concreto*.

Hasta ahora tenemos por indubitable respecto del contenido, que hace falta una relación personal, aun efímera, entre el ofendido por el delito y el autor del mismo; y que esa relación, sea cual fuere su naturaleza (social, jurídica, profe-

---

(56) Mir Puig habla, en un sentido similar, de confianza *cualificada*. Mir Puig, Santiago, *Derecho penal...* cit., pág. 703.

sional, familiar, laboral, de amistad, etc.) no integra *per se* la confianza típica, sino que ésta ha de ser efectiva y específicamente otorgada. Pero debemos aún preguntarnos: ¿quién ha de otorgar la confianza?

Pocas dudas caben que, de ordinario, habrá sido el sujeto pasivo del delito quien directamente lo haya hecho. Pero ello no supone, a nuestro juicio, que tenga que ser así necesariamente. Los cauces de la dación de confianza pueden discurrir de *modo directo* entre los sujetos de la relación criminal -que será lo más frecuente (57)- pero también pueden hacerlo de *modo indirecto*. En este último caso la relación de confianza sigue existiendo entre dichos sujetos, pero ha sido *generada* por otros. Tal cosa sucede por ejemplo en los delitos contra la libertad sexual cometidos contra menores, donde la relación de confianza existente entre el agresor sexual y el menor, frecuentemente se da porque los padres, tutores o guardadores de este último la han hecho posible (58). Por las vinculaciones existentes entre sus protectores y el sujeto activo, el menor confía en no ser objeto de ataque por parte de esa persona, por lo cual puede afirmarse que mantiene con ella una relación de confianza aunque, eso sí, inducida o generada por sus cuidadores. Al cometer el delito el sujeto activo traiciona la relación de confianza con el

---

(57) V.gr. contable de una fábrica que sustrae parte de las cantidades que su jefe le confía para pagar a los empleados; compañero de piso que se aprovecha de la ausencia de otro morador para descubrir sus secretos, etc.

(58) En esta clase de delitos es muy crítico R. Mourullo con la postura adoptada por el T.S. y que afirmaba que la agravante de abuso de confianza respecto a los actos cometidos con menores de 12 años quedaba embebida e implícita en el tipo, sobre la base de que su protección específica se debía en gran parte a la candidez que se presumía en los niños, "... frente a los que hay siempre un abuso de confianza." Para el citado autor esta argumentación sería más apropiada para el abuso de superioridad, porque mantenerla en relación con el abuso de confianza posee un discutible fundamento "... pues realmente parece que los menores de 12 años carezcan de la capacidad necesaria para depositar en otra persona confianza..." Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 667.

menor (59), pues éste muestra una determinación hacia ese sujeto con base en unos vínculos (de amistad, buena vecindad, etc.) cuya ausencia convertiría aquélla buena disposición en *prevención frente a un extraño*. El ejemplo elegido no es el único posible, sino que hay numerosos casos en que se puede dar esta *confianza transferida*. Sucede sin ir más lejos, en el contrato de hospedaje, donde el cliente deposita su confianza respecto de ciertos ámbitos (custodia de enseres, intimidad, etc.) a la otra parte contratante, y transfiere esa misma confianza a los empleados del hotel, quienes abusarán de ella si le sustraen sus pertenencias, o descubren sus secretos o atentan contra su vida, o de cualquier otra forma lesionan sus intereses jurídicos aprovechándose de su posición en el establecimiento.

En cuanto a la transferencia de confianza puede darse ésta de *forma expresa* (como en la distribución de cometidos a que se hizo alusión en el ejemplo empresarial) o de *forma tácita*, como puede suceder en el ejemplo de hospedaje o en el contrato de transporte (se confía en que las maletas facturadas sean entregadas en el aeropuerto de destino) etc. La atribución de la confianza en forma tácita no implica una ficción de otorgamiento de la misma, sino una falta de pronunciamiento expreso sobre ella, puesto que va embebida en el contrato mismo, informado, como es sabido, por el principio de la buena fe, donde una parte espera de la otra un comportamiento leal; comportamiento que también se hace extensivo a los dependientes de la otra parte (60). Por lo tanto, no se finge

---

(59) No con sus protectores, pues no han resultado ofendidos por el delito en un sentido jurídico penal.

(60) Para R. Mourullo en estos casos “existiría por parte del sujeto pasivo (huésped a quien el empleado del hotel sustrajo sus efectos) o de la persona que confió la instrucción, guarda, etc. del sujeto pasivo (padres de las alumnas de las que el profesor abusa deshonestamente) un depósito tácito de confianza en el sujeto activo del delito, proveniente de la presunción de honorabilidad que implícitamente entraña el haber sido admitido por su patrono o superior jerárquico y designado para el desempeño de los respectivos empleos o cargos.” Rodríguez Mourullo, G., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 659.

tener confianza, sino que *se tiene* en efecto confianza, pues si no se tuviera no se habría producido el contrato (61). Naturalmente, si a pesar de contratar se duda de la actuación del otro, no podrá decirse que exista confianza, por lo que no será posible abusar de ella (62).

Pero no sólo en las relaciones contractuales cabe la atribución tácita. También podrá resultar de las relaciones de amistad, compañerismo, familiares, etc.

Respecto del factor temporal, resulta bastante evidente que el otorgamiento de la confianza ha de tener lugar *con anterioridad al inicio de la ejecución del delito*. Ése es el punto de referencia que ha de tomarse en cuenta. Así lo creemos por diversas razones:

a) En primer lugar, por exigirlo una interpretación gramatical del art. 10.9ª, que demanda del sujeto activo la necesidad de *obrar* con abuso de confianza. Si por obrar se entiende como actuar, llevar a efecto, o ejecutar una acción, constituye una necesidad lógica la preexistencia de la situación de confianza de la que el agente abusa cuando pone manos a la obra.

b) En segundo lugar, porque un otorgamiento sobrevenido de la confianza una vez iniciada la ejecución típica (63), supondría que aquél fue obtenido en el marco de dicha ejecución y como una de sus fases o etapas comisivas, lo que lleva de suyo que la actuación inicial del agente tuvo lugar sin abusar de una confianza de la que aún no gozaba.

---

(61) O se hubiera hecho bajo otras condiciones o con alternativas prevenciones.

(62) En este sentido, también ha sido R. Mourullo siguiendo la S. del T.S. de 2 de Octubre de 1957, el que ha dicho que deberá evitarse por todos los medios suplir la existencia de confianza, siquiera sea tácita, por una presunción de confianza. *Ibidem*, pág. 658.

(63) Que suponemos la víctima ignora.

## B) El abuso

Otro de los requisitos centrales de la circunstancia agravante en estudio es el relativo al *abuso de la situación de confianza*. Ello supone que no es bastante con que exista una relación de confianza entre los sujetos implicados en el evento criminal, sino que es menester, además, que el sujeto activo haga de ella un mal uso, que abuse de la misma traicionándola. Ello exige que se den cita determinados factores:

1. El sujeto activo debe *conocer* que el sujeto pasivo confía en él en un determinado sentido, por lo que está seguro de no sufrir por su parte una específica deslealtad (64). Esto nos lleva a considerar tres posibles situaciones en las que no podría aplicarse la agravante: cuando el agente cree con error invencible que el ofendido no le ha otorgado la confianza específica; o que dicha confianza, otorgada en principio, le ha sido retirada antes del inicio de la ejecución del delito; o, en fin, cuando cree con la misma clase de error, que la confianza efectivamente otorgada por la víctima, no tiene nada que ver con el delito que ha cometido en su contra. En todos estos casos, por exigencia del art. 6 bis a) 1º, quedará excluida la agravación de la responsabilidad criminal (65).

2. Tras estar en posesión de dicho conocimiento, el agente ha de tener la *voluntad* de llevar a cabo la acción delictiva aprovechándose de la ventaja que el abuso de la confianza le proporciona. Consiguientemente, si pese a conocer su ventajosa situación actúa evitando dicha ventaja, no podrá apli-

---

(64) R. Mourullo habla en este sentido de que el comportamiento del sujeto aprovechándose de la situación que dimana de la confianza, "... presupon la conciencia de que relaja con su actuación el vínculo moral que le liga con otra persona imponiéndole una obligación de lealtad." Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios...* cit., pág. 663.

(65) Art. 6 bis a) 1º C.p.: "El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso."

cársele la agravante (66). Ha dicho acertadamente González Cussac que la exigencia del elemento subjetivo, intencional o anímico, es aún más trascendente en las agravantes “ya que todo incremento de la pena es necesario que pueda ser ‘reprochado’ a su autor, y para ello se requiere que éste haya tenido conocimiento suficiente de la ventaja que abrazaba, así como que efectivamente haya querido utilizarla.” (67)

3. Pero incluso devendrá inaplicable la circunstancia cuando el autor, perfecto conocedor de la relación de confianza que le liga a su víctima, actúe con voluntad de aprovecharse de sus ventajas, pero sin que en efecto consiga provecho alguno. Faltará en este caso el elemento objetivo central (68): la mayor facilidad en la comisión del delito. Si no se produce ésta, tampoco es posible agravar la responsabilidad del autor pese a su *mala intención* (69).

### C) La ventaja comisiva derivada

Como acabamos de decir, el ofensor ha de obtener una cierta facilidad comisiva, mayor o menor, como consecuencia de su relación personal con la víctima. Esa ventaja puede

---

(66) Supongamos que el contable de la empresa penetra de noche en la misma por el procedimiento del “butrón” para apropiarse del dinero de la caja, desaprovechando las facilidades de su ventajosa posición en relación con los caudales durante la jornada laboral.

(67) Cfr. González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., pág. 189.

(68) La ventaja comisiva derivada es respecto de esta agravante lo que González Cussac llama, en general respecto de cualquier circunstancia, “elemento material final o teleológico”, y que estaría íntimamente ligado al fundamento o razón de ser de cada circunstancia. *Ibidem.* pág. 187.

(69) Así opina también R. Mourullo, para quien aunque el autor de la conducta falte a su obligación de comportarse lealmente, “... si no obtuvo de la confianza de que gozaba más facilidades para la comisión del hecho que aquellas de las que podría gozar también cualquiera que no disfrutase de esa confianza, la agravante no deberá ser estimada.” Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios...* cit., pág. 663.

tener un contenido muy diverso pero, en general, puede reconducirse a una de estas tres categorías:

- a) Mayor facilidad en la consecución del resultado del delito
- b) Incremento de las posibilidades de impunidad
- c) Aumento de la indefensión del agraviado

Ordinariamente el abuso de la situación de confianza producirá todos estos efectos. En la mayoría de ocasiones no sólo será más fácil lograr la consumación del delito e incluso su terminación, sino que al mismo tiempo se verá allanado el camino hacia la impunidad, minimizando, además, una eventual defensa de la víctima. Pero no siempre tienen porqué desarrollarse de este modo los acontecimientos. Así, puede el sujeto activo pretender únicamente el aseguramiento del resultado del delito, despreciando o no teniendo para nada en cuenta los otros factores: p. ej. quien se aprovecha de su amistad con un dirigente político fuertemente escoltado para darle muerte, traspasando fácilmente las barreras de seguridad que lo hubieran hecho imposible o muy dificultoso para otro. En este caso la ventaja derivada no está relacionada con sus posibilidades de impunidad, pues será rápidamente detenido por los escoltas que, además, serán poderosos testigos de cargo. Por otra parte, es posible que la ventaja radique más en la impunidad que en la mayor facilidad para conseguir la terminación del delito: p. ej. el cobrador de recibos de una empresa que se ha propuesto obtener ilícitamente una considerable cantidad de dinero, puede distraer pequeñas fracciones de los cobros que va realizando, lo cual facilita su impunidad por la dificultad de descubrir estos insignificantes desvíos pero, sin embargo, la consecución del resultado buscado (hacerse con una cierta fortuna) no es un elemento que se vea tan claramente facilitado como el primero al abusar de la confianza que deposita en él su jefe.

Lo que sí es verdad es que tanto en un caso como en otro aumenta la indefensión del agraviado, que ha “bajado la guardia” al no haber desconfiado de quien finalmente se ha convertido en agresor de sus intereses jurídicos. El Tribunal Supremo ha hablado en este sentido (S. de 14 de Octubre de 1991, R.A. 7104) de que la acción puede aparecer inicialmente facilitada, los riesgos de la defensa de la víctima disminuidos y la seguridad de ejecución incrementada. En la S. de 15 de Diciembre de 1986 (R.A. 7917) manifestó que una de las características de la circunstancia de obrar con abuso de confianza consistía en el aprovechamiento o utilización de la relación de confianza por parte del agente para la comisión del delito, con quebranto del particular deber de fidelidad, que lleva a servirse de la favorable situación en que se encuentra para el mejor aseguramiento del plan criminal trazado y para su más expeditiva y segura ejecución; al tiempo definió el abuso por el “modus operandi” o dinámica criminal, con menor riesgo del delincuente, ante la ausencia o disminución de las defensas de la persona que confiaba en él.

#### **4. Inapreciación**

El obrar con abuso de confianza constituye una circunstancia agravante que puede darse en ciertos delitos, mas no en todos. Dentro de estos últimos es posible, sin embargo, que su falta de aplicación obedezca a razones de muy diversa índole. El grupo de razones más claro lo crea un condicionamiento de carácter legal: el art. 59 del Código:

“No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo y sancionarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse.”

Por lo tanto, y al igual que sucede con las demás agravantes, cuando el hecho de obrar con abuso de confianza sea en sí mismo constitutivo de delito, o hubiera sido utilizado por el legislador en la propia formulación del tipo o, en fin, sea inherente a la infracción, no podrá apreciarse como un factor incrementador de la pena, por una expresa prohibición legal que tiende a garantizar el respeto del principio *ne bis in idem*.

De la primera especie, no hallamos el menor atisbo en el texto punitivo español; no existe delito alguno de abuso de confianza. Tampoco hay ninguno en cuya descripción típica aparezca explícitamente el obrar con abuso de confianza como elemento integrante del tipo de injusto. Sin embargo, sí existen numerosas figuras donde se da el fenómeno de la *inherencia*. Por eso, partiendo de este precepto y completándolo con un recorrido por algunas de las figuras delictivas recogidas en el Código penal, podemos hacer una clasificación de tipos de conductas donde no es posible apreciar la agravante en estudio:

#### **A) Circunstancia inherente al propio delito**

Aquellos supuestos donde el obrar con abuso de confianza sea consubstancial al propio delito, de modo que éste no pueda ser concebido en su ausencia (70), son inmunes al incremento penológico por esta causa. Como ejemplos más representativos de esta clase pueden citarse los *delitos de estafa y apropiación indebida* (71). Ni uno ni otro pueden llevarse

---

(70) A juicio de Córdoba, las circunstancias inherentes al delito son aquellas "... sin cuyo concurso resulta *absolutamente imposible* la comisión de la respectiva figura legal." Matiza correctamente el autor que dicha imposibilidad ha de apreciarse en sentido abstracto, referido al tipo de delito, y no en sentido concreto relativo al hecho particular. Cfr. Córdoba Roda, J., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 247.

(71) En el mismo sentido vid. Bustos Ramírez, Juan, *Manual de Derecho penal...* cit., pág. 537 y Córdoba Roda, J., *Ibidem*, pág. 250.

a efecto al margen de una situación de confianza, lo que impide cualquier estimación agravatoria de dicho factor. Así lo han venido atestiguando numerosas resoluciones jurisprudenciales. V.gr., por lo que a la apropiación indebida se refiere, el Auto del T.S. de 16 de Enero de 1990 (R.A. 422) se ha referido a la incompatibilidad de esta circunstancia con el delito de apropiación indebida “precisamente porque la deslealtad o el abuso de confianza va embebida en el tipo penal de la apropiación indebida, en cuanto se quebranta la confianza y lealtad immanente a los títulos enumerados en el tipo penal, que generan la obligación de devolución de la cosa cuya posesión es adquirida por alguno de ellos.” (72) En materia de estafa pueden consultarse numerosas sentencias del T.S., de las que las de fecha 29 de Junio de 1992 (R.A. 5557), 9 de Octubre de 1989 (R.A. 7641) y 28 de Diciembre de 1987 (R.A. 9883) son las más recientes. En todas ellas, así como en las allí citadas, se acepta casi como un dogma la imposible apreciación de la agravante en estudio en los delitos de estafa (73).

Pero no son éstas las únicas infracciones que no concilian con la agravante, sino que hay más, como sucede con el *estupro en su modalidad fraudulenta*. De un modo similar a lo acontecido con la estafa, también el engaño propio del delito sexual es posible gracias a la confianza; precisamente por existir confianza, hay acto sexual, y por lo tanto delito (74),

---

(72) Vid. también las SS.T.S. de 13 de Enero de 1978 (R.A. 34) y 28 de Diciembre de 1987 (R.A. 9883).

(73) En contra Borja Jiménez, quien estima que puede darse una estafa donde el abuso de confianza se pueda separar del propio elemento fraudulento suponiendo, además, un mayor grado de reprochabilidad; pone como ejemplo el del timador profesional que utiliza el mismo fraude usual con un amigo de toda la vida. Borja Jiménez, Emiliano, “El principio de inherencia del artículo 59 del Código penal”, en *A.D.P.C.P.*, t. XLV, fasc. I, Enero-Abril, 1992, pág. 210.

(74) Igual solución ha de proponerse para las agresiones sexuales del art. 436.

de modo que no tiene mayor sentido agravar la conducta por haber obrado el autor con abuso de confianza.

Hay además una serie de delitos en nuestro Código penal en que es utilizado el dato de la confianza en la vertebración de la conducta que la Ley quiere sancionar. Al hacer eso, ya no será posible apreciar en un segundo momento ese dato como agravante. Tal cosa sucede con el delito de *infidelidad en la custodia de presos*, que castiga al funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido, cuya conducción o custodia **le estuviere confiada** (75). Y lo mismo sucede con los vecinos y sinónimos delitos de *infidelidad en la custodia de documentos* (76), dirigido a sancionar al también funcionario público que sustrajere, destruyere u ocultare documentos o papeles que **le estuvieren confiados** por razón de su cargo (77) o realizare conductas afines a ésta (78). La misma filosofía de confianza en la lealtad debida ha inspirado la creación de otros tipos como los recogidos en los artículos 367 y 368 (*revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido*). En ninguno de los anteriores casos puede apreciarse *además* la circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza, pues es inherente al propio comportamiento delictivo.

### **B) Circunstancia incompatible con el propio delito**

Las infracciones a que nos referiremos seguidamente, tampoco compatibilizan con esta agravante, pero por razones

---

(75) Vid. art. 362 del C.p.

(76) Quintero destaca el escaso interés práctico de esta agravante porque solamente lo tendría en relación con delitos en los que no puede ser apreciada por ser inherente, como por ejemplo en el de infidelidad en la custodia de documentos. Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal parte general*, reed. 2ª ed., Madrid, 1992, pág. 614.

(77) Art. 364.

(78) Vid. arts. 365 y 366.

bien distintas. Ahora la causa no reside en la inherencia sino en la incompatibilidad de la estructura de la infracción con la propia disposición o estructura interna de la agravante. Ello a su vez puede suceder en virtud de varias causas:

### 1) *Por falta de acción*

Debido a una pura cuestión de lógica falta la acción en los *delitos de omisión*. La omisión propia supone que el autor no ejecuta la acción que el Ordenamiento jurídico espera razonablemente que realice. Cuando el sujeto nada hace, ninguna consecuencia ha de tener su no hacer más que aquéllas que la propia norma imperativa anuda a dicha omisión. Esto es conceptualmente asumible en los puros delitos omisivos como el de omisión del deber de socorro o el de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad. Sin embargo, esa idea ya no es tan clara si la trasladamos al ámbito de la omisión impropia, puesto que la posición de garante puede arruinar esa teoría. En efecto, no hay que descartar en abstracto que el vínculo que une al garante con el titular del bien jurídico que aquél debe proteger, sea de tal naturaleza que permita entrar en juego al abuso de confianza. Piénsese por ejemplo en el ganadero que por tener que emprender un viaje, encarga a un vecino suyo que cuide de su ganado durante su ausencia. Éste, que siempre había tenido envidia del primero a causa de su prosperidad, no evita que los cuadrúpedos beban en un río contaminado, lo que provoca la muerte de la cabaña. Cabe preguntarse si la comisión por omisión de este delito de daños en las circunstancias descritas no podría ser agravado por la circunstancia 10.9ª. Desde luego, parecen darse todos los elementos: la situación de confianza (originada en este caso por razones de convivencia), el abuso de la misma concretado en el conocimiento de la lealtad que despierta en la víctima y en la voluntad de quebrantarla, y también la ventaja comisiva. Sin embargo, parece interponerse un obstáculo insalvable: el art. 10.9ª habla de *obrar* con abuso de

confianza, y quien omite no puede decirse que *obre*. Por eso, la asimilación valorativa entre los delitos de acción y los de comisión por omisión, no siempre lo es con todas las consecuencias. Y en el caso propuesto, no parece que la solución pase por considerar que el no haber impedido el acceso del ganado al agua equivalga a haberlo conducido hasta ella, porque aunque eso sea verdad a efectos de imputar objetivamente la conducta al autor, no lo es a la hora de estimar la concurrencia de una circunstancia caracterizada porque el sujeto haya de obrar con abuso de confianza. No se ignora la injusticia a que conduce este planteamiento, pero la hermenéutica penal y, sobre todo, el respeto al principio de legalidad, impone esa desatinada conclusión. La solución opuesta -apreciar la agravante de obrar con abuso de confianza- conllevaría la proscrita utilización de la analogía *in malam partem*. Para evitar este despropósito, nos atrevemos a proponer una reforma de la circunstancia en el sentido de suprimir la exigencia de obrar, reemplazándola por la de *abusar* (79) -por acción u omisión- de la confianza.

## 2) *Por falta de elemento subjetivo*

Cuando el sujeto activo mantenga con el pasivo una relación que ambos suscribirían como de confianza y en cuyo seno tiene lugar un *delito cometido por imprudencia*, pocas dudas caben sobre la inaplicabilidad de la circunstancia. La falta del ánimo de aprovecharse de la situación, dado el desarrollo culposo de los hechos, lo hace totalmente inviable. Si por ejemplo la víctima pone en manos del agente un arma de fuego, para que éste efectúe unos disparos y, por un actuar negligente se le dispara alcanzando al primero y causándole la muerte, no cabe apreciar la circunstancia de abuso de confianza a pesar de que la confianza hizo posible la producción del

---

(79) Como así fue originariamente en el C.p. de 1848.

resultado lesivo (pues nunca le dejaría el arma a una persona en la que no confiase). La razón estriba en que, pese a darse el conocimiento de la situación de confianza, en modo alguno se ha aprovechado el autor de ella en orden a la consumación del delito o a la indefensión de la víctima, o a su impunidad, pues no buscaba el resultado producido.

Pero esto no sólo se da en el ámbito de la delincuencia imprudente. Así, cuando el sujeto activo, perfecto conocedor de la situación de confianza, actúa usando ésta pero sin incurrir en abuso de la misma, puede ello dar lugar a que sea imposible apreciar la agravante cuando la actuación lleve implícita la comisión de un hecho que revista los caracteres de delito. Eso será lo que ocurra precisamente cuando un concreto delito se dé *sobre todo* (80) o, preferentemente, porque una persona confíe en otra. Así, en el *auxilio ejecutivo al suicidio*, donde la víctima solicita del autor la realización de la acción ejecutiva de matar, es obvio que no puede llevarse a cabo prescindiendo de la consideración de la confianza existente entre el suicida y su verdugo. Precisamente aquí la confianza hace posible o, por lo menos, facilita notablemente la consumación del delito, pero, desde luego, no tiene ningún sentido hablar de “indefensión” de la víctima. La confianza es substancial a un delito en que, por otra parte, el sujeto pasivo ha renunciado -inválida pero efectivamente- a la defensa del bien jurídico de que es titular. El agente no estaría en este caso abusando de la confianza que le ha sido otorgada, sino precisamente *usando de ella* (81). No está, en modo alguno, traicionando la lealtad, sino afirmándola con su proceder. Tanto es así, que se arriesga por ello a verse sometido a una

---

(80) Cuando decimos *sobre todo*, nos estamos refiriendo a que la mayoría de las veces ocurre el delito por la confianza que un individuo deposita en otro determinado. Con ello queremos desechar los casos en que *exclusivamente* sucede así, porque entonces estaríamos en los ya comentados supuestos de inherencia.

(81) Si el sujeto pasivo ha elegido a esta persona para que le ayude a morir, es porque confía en su lealtad para llevar a *buen término* sus designios.

pena de privación de libertad (82). Por consiguiente, pese a concurrir una notable ventaja comisiva materializada en el éxito de la acción homicida, la falta de una intención abusiva de aprovechamiento desleal del estado de confianza imposibilita la apreciación del art. 10.9ª. Iguales consideraciones podemos mantener respecto del que interviene en el *delito de lesiones para eximirse del servicio militar o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento*, causando la lesión al requerido para el servicio (83).

### 3) *Por falta de elemento objetivo*

Hay por otra parte delitos donde la traición de la confianza no supone ventaja alguna en orden a la consumación del delito, ni a la posibilidad de impunidad, ni tan siquiera contribuye a una mayor indefensión de la víctima. Un claro exponente de ello lo constituyen los *delitos contra el honor*, que no presentan una estructura comisiva que haga posible la estimación de la agravante, pues la lesión del bien jurídico tutelado, la dignidad de la persona, no se ve facilitada a través de la traición de la confianza que una persona pueda depositar en otra, ni ello produce mayor indefensión en el agraviado. A la hora de realizar el delito es indiferente el vínculo que una a los sujetos de la relación criminal (84). Por consiguiente, a pesar de que el agente abuse de la amistad, o de su buena rela-

---

(82) Vid. art. 409 del C.p.

(83) Art. 422: "El que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor. Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento."

(84) Los únicos efectos visibles se situarán en el ámbito de lo puramente moral o afectivo, concretados en la desazón que provoca en la víctima la actitud injuriosa de aquél a quien se había honrado con la estima.

ción con el agredido, y sea muy reprochable su proceder, en la medida en que no desabrigue el bien protegido ni a su titular, no hay razón para apreciar la circunstancia.

Otro ejemplo lo constituyen los *delitos de amenazas incondicionales*, donde el *iter comisivo* no tiene relación alguna con la confianza (85).

#### 4) *Por otras causas*

Una categoría particular es la constituida por los *delitos de peligro*, donde el ataque al bien jurídico, como es sabido, no logra destruirlo (tipos intentados o frustrados) o no pretende hacerlo. En cuanto a si puede serles de aplicación la agravante en estudio, parece que la respuesta debe ser afirmativa. Lo es claramente en los *delitos de ejecución imperfecta* -siempre que la forma consumada lo admita-, pues se dan cita todos los elementos constitutivos de la agravante sin que la no consumación del delito ahuyente la solución agravatoria, pues habrán sido factores ajenos a la voluntad individual los causantes de la incompleta realización típica. Así, si quien pretende hurtar a su amigo la cartera es descubierto por éste cuando mete la mano en la americana cuya custodia le había encargado, no parece haber razones suficientes para negar la apreciación de la agravante. En los demás tipos de peligro, formulados por el legislador adelantando la barrera punitiva por la especial protección que merece el bien jurídico, las cosas son menos sencillas. A modo de ejemplo, y por lo que a algunos de los *delitos contra la seguridad del tráfico* se refiere, parece

---

(85) Cosa distinta puede suceder en las amenazas condicionales, pues no es desdeñable la posibilidad de que el agente, sirviéndose de las confianzas que la víctima pudiera haberle hecho fiándose de su lealtad, exigiese algo de ella bajo amenazas. Aquí se ve facilitada la comisión del delito (pone al ofendido en una situación delicada si no accede a sus pretensiones, por lo que muy posiblemente consienta en ello) y sobre todo, se incrementa la indefensión del ofendido.

inviabile apreciar la agravación, porque, ¿puede afirmarse que ha otorgado la confianza el Estado al haber autorizado a la persona a circular concediéndole un permiso de conducción?; ¿ha traicionado el sujeto la confianza depositada por la persona jurídica estatal al conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o por haberlo hecho con temeridad manifiesta y poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas? (86) Ciertamente, si respondemos de un modo positivo a las anteriores cuestiones, eso no sería privativo de estas infracciones sino de cualesquiera otras. En todo delito hay un quebrantamiento de la confianza, pues siempre la comunidad *confía* en que los individuos que la componen se comporten de modo adecuado a las exigencias del Derecho. Cuando no lo hacen, aparecen las correspondientes sanciones (civiles, administrativas, penales, etc.) No procede por lo tanto apreciar la agravante en esta clase de delitos de peligro, porque no existe una auténtica relación personal de confianza entre el autor de la conducta y el sujeto pasivo de la misma. Igual solución ha de propugnarse para los restantes delitos de riesgo (contra la salud pública, medio ambiente, etc.). La falta de una relación personal directa de confianza especificada impide la estimación de la circunstancia agravante.

Esta falta de relación no se da únicamente en los delitos de riesgo, sino también en otras especies delictuosas que tienen como sujeto pasivo a un ente supraindividual, como sucede con los *delitos contra la Hacienda pública*, o de *falsificación de moneda*. Sin embargo, tampoco hay que tomar esto como un dogma, puesto que en muchas de las infracciones de esta especie puede suceder que deposite la confianza en el autor alguien que no es sujeto pasivo del delito. Así, en la *falsificación de documento privado* cometida por un particular, que lesiona la fe pública y el valor probatorio del efecto

---

(86) Vid. art. 340 bis a) del C.p.

documental (87), el sujeto pasivo será la comunidad (88), pero no olvidemos que cualquier persona puede resultar perjudicada (89) por el delito. Pues bien, si el perjudicado atribuyó facultades al agente en la confección del documento basándose en la confianza que le inspiraba, y éste, desoyendo su deber de lealtad para con el primero llevó a cabo v.gr. la conducta del art. 302.1.6º (hacer en documento verdadero cualquier alteración o intercalación que varíe su sentido) abusando de su privilegiada situación, parece haber hecho méritos suficientes para incurrir en un delito de falsificación de documento privado con la agravante de obrar con abuso de confianza, pese a que la víctima no sea sujeto pasivo del delito, sino un simple perjudicado.

En cuanto a los *delitos violentos*, R. Mourullo estima que la relación de confianza pocas veces facilitará la ejecución de la acción típica, encontrándose aquél en quien fue depositada la confianza en igualdad de condiciones a otra persona cualquiera para realizar la conducta típica violenta. Sin embargo, matiza que, de un modo excepcional, y dado que el abuso de confianza puede concurrir en la fase preparatoria, esto puede facilitar notablemente aquella ejecución, colocando al actor en situación de ventaja para culminar exitosamente el delito (90). Puede que estadísticamente sea eso lo que ocurra en los delitos cuya conducta típica es de naturaleza violenta, pero si nos planteamos una hipotética aplicabilidad de la agravante de abuso de confianza en esta clase de infracciones, lo que R. Mourullo considera como excepción, parece que debería considerarse como norma, pues el abuso de la situación de confianza suele preceder al inicio de la ejecución, incidiendo precisamente en la fase preparatoria del delito.

---

(87) Vid. Orts Berenguer, Enrique, en Vives-Boix-Orts-Carbonell-González Cussac, *Derecho penal parte especial*, Valencia, 1993, pág. 190.

(88) *Ibidem*, pág. 251.

(89) El art 306 exige perjuicio de tercero o, por lo menos, el ánimo de causárselo.

(90) Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios... cit.*, pág. 666.

## 5. Comunicabilidad

En este apartado del trabajo nos vamos a referir a la posibilidad o imposibilidad de que la circunstancia agravante de obrar con abuso de confianza sea de aplicación, además de a la persona en quien claramente concurra, a otros intervinientes en el delito. El precepto que regula esta institución de la comunicabilidad de circunstancias es el artículo 60 del C.p.

“Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquéllos culpables en quienes concurran.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.”

El primer paso que habremos de dar consistirá, sin duda, en clasificar la circunstancia en estudio dentro de uno de los dos apartados del citado artículo. Para ello, será de enorme utilidad el echar mano del fundamento de la agravante. Recordemos que, líneas atrás, hemos concluido que se trataba de una circunstancia mixta, con un doble fundamento: se incrementaba la pena porque, a consecuencia de haber abusado de la confianza, se obtuvo una ventaja en la comisión del hecho típico. El elemento subjetivo del abuso de la confianza y el objetivo de la facilidad ejecutoria se hallan en una clara relación de causalidad. Pues bien, con base en dicha consideración, y teniendo presente que concurren momentos subjetivos (el abuso, el aprovechamiento de la situación) y objetivos (ventaja comisiva), y que se ve afectada no sólo la antijuridicidad (incremento del injusto por la facilidad en la comisión del hecho) sino también la culpabilidad (mayor reproche por

el comportamiento desleal y traidor), la cuestión se complica notablemente ante la falta de una respuesta contundente a las cuestiones que pueden ser formuladas y entre las que podemos situar las siguientes:

- ¿Consiste esta agravante en la ejecución material del hecho?: desde luego, no cabe duda que tiene una enorme trascendencia la ejecución del hecho porque, gracias a la seguridad con que es puesto en práctica, hay una notable garantía de éxito. Sin esa seguridad, ciertamente la ejecución del mismo sería muy distinta. En la parte objetiva de la agravante reside buena parte de su fundamento. Pero no debe olvidarse tampoco que esa seguridad nace en un factor de índole personal que se da, no sólo respecto de una persona concreta, sino, además, para un ámbito de actuación perfectamente delimitado (confianza especificada).

- ¿Consiste esta agravante en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal?: no parece materia objeto de discusión la vertiente moral de la agravante (comportamiento desleal) o la incidencia en el ámbito de relaciones del agente con el ofendido. Desde este punto de vista, parece que debiera primar este aspecto sobre el puramente objetivo de la ventaja en la comisión del delito. Sin embargo, no se aumenta la pena sólo a partir de una consideración estrictamente personal, sino sobre la base de un mayor desvalor de resultado.

Dado lo complicado que resulta el fundamento mixto de la agravante, complicada será también la postura a adoptar sobre su comunicabilidad. En la tarea de incardinación de la misma en el art. 60 parece obligado acudir a las normas de interpretación jurídica. Una de las más importantes es, sin duda, la regla sistemático-teleológica. El artículo 60 es aplicable a todas las agravantes, y la tarea hermenéutica a desarrollar estará dirigida finalmente a averiguar cuáles son aplicables a los culpables en quienes concurren y cuáles lo son a los

que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

El abuso de confianza concurre desde luego en la persona a quien le ha sido otorgada dicha confianza (párrafo 1º), pero también puede ser conocido por los demás en el momento de la acción o de su cooperación para el delito (91) (pf. 2º). Este conocimiento por parte de los demás, repercute objetivamente en el desarrollo del delito y, por tanto, beneficia a los concededores de la circunstancia tanto como al depositario de la misma. Todos se aprovechan de las facilidades comisivas derivadas de la situación de confianza. Consecuentemente, para apreciar en todos la circunstancia sólo nos quedaría por demostrar que consiste en la ejecución material del hecho. Esto se desprende implícitamente de su demostrado fundamento doble (al margen de que también consista en las relaciones particulares del delincuente con el ofendido). No parecería pues que existiera inconveniente alguno para la comunicabilidad. No obstante, sí concurre uno muy grande: la circunstancia consiste en *obrar* con abuso de confianza y, aunque todos *obren*, sólo uno lo hace con abuso de confianza; precisamente aquél a quien el ofendido honró con ella. La consecuencia inmediata de esto estriba en la reconducción al párrafo 1º del art. 60, y más en concreto al apartado “en sus relaciones particulares con el ofendido” (92), que es el fragmento del precepto que mejor se acomoda -es el más específico- a la *ratio* de la agravante. En consecuencia, nos decantamos por su incomunicabilidad: sólo en quienes concurra operará un incremento de la penalidad (93).

---

(91) Conocen que uno de los intervinientes en el hecho goza de la confianza específica de la víctima del delito.

(92) En el mismo sentido vid. González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., pág. 216.

(93) Córdoba incluye también al abuso de confianza entre las agravantes que consistieren en las relaciones particulares con el ofendido. Vid. Córdoba Roda, J., en AA.VV., *Comentarios...* cit., pág. 253.

## 6. Compatibilidad con otras circunstancias

Una cuestión de cierta trascendencia en el proceso de determinación de la pena es la de precisar cuales de las otras circunstancias modificativas resultan aplicables a aquellos delitos singularizados por la presencia de la agravante de obrar con abuso de confianza. O si se quiere ver de modo inverso, cuándo no es posible estimar la concurrencia del abuso de confianza en infracciones adornadas por otras causas circunstanciales modificativas de la penalidad. En suma, se trata de analizar la compatibilidad o incompatibilidad de circunstancias.

Para abordar este tema, parece conveniente dividir su estudio en dos partes: en primer lugar, analizar la compatibilidad con las atenuantes y, a continuación, con el resto de agravantes (94), aludiendo asimismo a la mixta de parentesco.

### A) Atenuantes

Comenzando por el número primero del artículo 9 del Código, que considera circunstancias atenuantes a las eximentes incompletas (95), es obligado acudir al art. 8 por causa del reenvío normativo que aquél efectúa. En primer lugar, no parece que haya inconvenientes jurídicos -ningún precepto lo impide- para estimar la posible convivencia del abuso de confianza con la **eximente incompleta de enajenación mental o trastorno mental transitorio**, pero sí hay dificultades de orden práctico. Si la enajenación mental o el trastorno mental transitorio incompletos atenúan la responsabilidad (96) por estar el

---

(94) En este estudio sólo han sido tenidas en cuenta las circunstancias genéricas de los arts. 9, 10 y 11 del Código penal.

(95) Al margen de que un importante sector doctrinal entienda que no se trata, en puridad, de circunstancias modificativas. Vid. en este sentido Alonso Álamo, Mercedes, "La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho penal", en *C.P.C.*, nº 10, 1983, pág. 10.

(96) "Una *fracción* de lo que exime, atenúa." Córdoba Roda, Juan, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, pág. 21.

sujeto afectado por un estado de semiimputabilidad, no parece lo más frecuente que eso concilie con los elementos que integran el obrar con abuso de confianza, especialmente con los de índole subjetiva. Si el estado mental del individuo es de tal naturaleza que motiva la apreciación de aquella causa de disminución de la culpabilidad (97), la puesta en marcha de la actividad criminal exigida para apreciar también la agravante de abuso de confianza tropieza con ciertos escollos de salida. No obstante, repetimos que no es descartable que acontezca esa posibilidad (98). A similares conclusiones habrá que llegar respecto de la incompleta de alteración en la percepción.

Por lo que se refiere a la **legítima defensa incompleta**, en la medida en que no puede faltar en ningún caso el elemento de la agresión ilegítima, parece ciertamente difícil que alguien defendiéndose legítimamente -aunque infringiendo alguno de los 2 últimos números del art. 8.4º (99)- cometa un acto delictivo agravado por el abuso de una situación de confianza. El sufrir una agresión injusta es irreconciliable con una actividad finalística tendente a la lesión de un interés jurídico del agresor que previamente tuvo que haber depositado su confianza en el agredido. Cuando el agresor ataca a su víctima, ello demuestra que no depositó en ella confianza alguna; y si lo hizo no puede esperar, desde luego, que ésta no reaccione en su contra “quebrantando la confianza que en ella había depositado”, pues el primero que la traicionó fue él con su inicial ataque. Por tanto, la única posibilidad es que concurre la agravante de abuso de confianza en uno de los intervi-

---

(97) Coincidimos con Córdoba en que “la estimación de la eximente incompleta presupone que la alteración haya alcanzado una cierta intensidad”. *Ibidem*, pág. 48.

(98) Córdoba no considera que las eximentes incompletas de enajenación mental y trastorno mental transitorio sean incompatibles “... con la volición natural dirigida al resultado delictivo” ni con otras agravantes que no sean las consistentes en un estado emotivo o pasional. *Ibidem*, pág. 64.

(99) Necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión o falta de provocación suficiente por parte del defensor.

nientes y la eximente incompleta de legítima defensa en el otro, pero jamás ambas en el mismo sujeto.

En relación con el **estado de necesidad** la situación es bien distinta. El hecho lesivo de un bien jurídico ajeno o incumplidor de un deber, puede convivir con el *iter* conducente a la apreciación de la agravante en estudio. Imaginemos el caso del submarinista que, cansado de cargar con su pesado equipo de oxígeno, va liberando grandes cantidades de ese gas para reducir peso. Cuando finalmente se han quedado vacías sus bombonas, demanda de su compañero de buceo la compartición del equipo autónomo de éste. Pero sabedor el primero de que el oxígeno disponible es insuficiente para que ambos ganen la superficie, le arrebató el respirador dejándolo abandonado a su suerte, la cual no le va a acompañar. En esta situación se dan los elementos constitutivos de ambas figuras: hay por una parte un estado de necesidad incompleto -la situación de necesidad ha sido provocada *intencionadamente* por el sujeto-, pues se cierne un peligro cierto sobre la vida del submarinista, cuya vida entra en conflicto con la de su compañero. Hay por otra parte un claro abuso de confianza, pues el segundo buceador confía en que el primero, que ha demandado su ayuda, muestre un comportamiento acorde con la situación por la que están pasando. Su actitud, desde luego, supone un quebrantamiento de la confianza. Se produce la muerte del buceador porque confió en su verdugo. Concurren pues todos los elementos de la agravante: la relación de confianza, el abuso de la misma, y la ventaja comisiva derivada.

La **fuerza irresistible**, pese a que no todo el mundo está de acuerdo, es otra de las eximentes que puede darse en forma incompleta, pues constando de varios requisitos, puede faltar alguno de ellos. Esta atenuante de la responsabilidad criminal, pese a que pueda parecernos totalmente incompatible con la agravante de abuso de confianza, puede concurrir con ella en los supuestos en que la fuerza, no siendo irresistible (para estimarla incompleta), constriña al sujeto activo a come-

ter un delito contra una persona que confía en él, y no espera ser objeto de agresión por su parte. Imaginemos el caso de un sujeto A -autor mediato- que obliga a través de una fuerza intensa, pero no absolutamente irresistible -y que cesará cuando se consume el resultado lesivo que se ve obligado a realizar-, a otro sujeto B a disparar contra su amigo que se dirige a estrecharle la mano. Se dan todos los elementos de la incompleta de fuerza irresistible (fuerza física, exterior y de origen personal) y también todos los del abuso de confianza (relación de confianza, abuso y ventaja comisiva), por lo que no hay razón alguna para rechazar la compatibilidad (100).

Un razonamiento similar puede ser esgrimido al referirnos al **miedo insuperable**. Causando éste una cierta perturbación en el psiquismo del sujeto, pero faltándole la cualidad de *insuperable*, no se atisban obstáculos que impidan apreciar la exigente incompleta; como tampoco los hay para motivar la recusación de su compatibilidad con la agravante en estudio. Como ejemplo puede ponerse el del experimentado instructor de vuelo de una compañía de formación de pilotos que, atemorizado por los extraños ruidos provenientes del motor del avión que maneja junto a su esposa y un aprendiz de piloto durante la noche, toma los dos únicos paracaídas con que cuenta la aeronave lanzándose él y su esposa, y dejando aquélla en manos del inexperto discípulo al que alienta para que sea él quien aterrice el aparato del que es propietario, pese a que el avión carece de los instrumentos adecuados para aterrizar en la noche. Finalmente, el alumno se precipita violentamente contra el suelo, no a causa de la rotura de la máquina, sino de la insuficiente dotación del aparato que sólo podría ser aterrizado de noche por un avezado piloto.

---

(100) Córdoba ha dicho en un sentido parecido que esta atenuante 1ª del art. 9 "... es compatible a su vez con las más diversas motivaciones, así como con las especies de dolo o culpa respecto al evento criminal causado. *Ibidem*, pág. 232.

También aquí se dan los elementos de ambas circunstancias sin que exista confrontación entre ambas. La incorrecta apreciación por parte del instructor de la situación de necesidad -avería del aeroplano- da origen a un miedo que, no siendo insuperable a causa de la larga experiencia del aviador y de sus conocimientos de aeronáutica, sí tiene intensidad bastante para perturbar su ánimo y compelerle a obrar, impulsado por aquél temor, en el sentido de salvar su vida y la de su cónyuge -e incluso el aparato si el alumno fuera capaz de aterrizarlo- a costa de la vida del incauto educando. El mal que se trata de evitar (la muerte de los tres y la destrucción de la avioneta) es mayor que el causado (muerte de uno y pérdida del aparato), lo que pudiera inducirnos a pensar que estamos ante un estado de necesidad. Sin embargo, la situación de necesidad no era real, por lo que no cabe dicha eximente (101). Por otra parte, el resultado se ha visto facilitado por la confianza que el aprendiz de aviador había depositado en su instructor, la cual le llevó a hacerse cargo del avión en la certeza de que disponía de los elementos precisos para llevar a buen término el vuelo, y sin que el repentino abandono de la nave por su profesor y la esposa de éste, le hiciera pensar que iba a suponer un grave peligro para su vida.

La eximente incompleta del art. 8.11<sup>a</sup> (**cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo**) es otro de los casos que se aviene mal con el abuso de confianza. Circunscrito el cumplimiento del deber casi exclusivamente a los supuestos de declaración de testigos y a la lícita actividad coactiva de los funcionarios públicos, su virtualidad aplicativa junto al abuso de confianza es nula. Respecto a las declaraciones testificales, sólo podrían dar lugar en su caso a un delito contra el honor (102), que como hemos dicho ante-

---

(101) Por otra parte, parece asumible que su oficio demanda una cierta obligación de sacrificio (los dos paracaídas debieran ser para su esposa y su alumno).

(102) Cuando efectivamente el testigo, además de cumplir con su deber de declaración como tal, tuviese un *animus iniurandi*.

riormente, no presenta una estructura comisiva que haga posible la estimación de la agravante de abuso de confianza, por no verse facilitada la lesión del bien jurídico a través de la traición de la confianza que una persona pueda depositar en otra. Por otra parte, la acción de los agentes de la autoridad para cumplir con las funciones encomendadas por el Ordenamiento jurídico tampoco compatibiliza adecuadamente con la realización de un delito agravado por el abuso de confianza, pues la actuación del funcionario obedece al cumplimiento de una obligación legal, y aunque por ejemplo se exceda en el uso de la violencia necesaria -para que sea incompleta- subyace una base de legítima actuación incompatible con una situación de traición de la confianza. El agente no actúa traicionando la confianza sino simplemente usándola, y aunque eso facilite su labor, sólo está cumpliendo con su cometido. Es más, si por su relación de amistad, o de convivencia, etc. no cumpliera con su deber de detención, pongamos por caso, estaría cometiendo el delito del art. 359 (103). Por lo tanto, aunque use de la confianza para lograr el objetivo, el delito cometido por el funcionario -que podrían ser unas lesiones- no se verá agravado por la circunstancia 10.9ª, sino únicamente atenuado por la eximente incompleta del art. 9.1ª en relación con el 8.11ª.

Respecto del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sucede un poco lo mismo. Planteada la cuestión del *derecho de corrección* de los padres o tutores sobre sus hijos o pupilos, un exceso en el mismo, que daría lugar a la eximente incompleta, no armoniza con el abuso de confianza porque precisamente en la base de la relación entre los sujetos está la necesaria confianza que posibilita el *ius corrigendi*. El corregido no puede esperar razonablemente que su progenitor o tutor no le castigue cuando ha lugar a ello, por lo que no estarían estos abusando de la confianza que en ellos depositó el

---

(103) Art. 359: "El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación especial."

hijo o pupilo, sino que estarían abusando de sus potestades correctoras; y eso es lo que fundamenta la aplicación de la eximente incompleta.

En cuanto a los derechos derivados del ejercicio de una profesión, por lo que respecta a la de abogado, servirá lo ya apuntado al hablar de las declaraciones testificales, pues nos movemos en la órbita de los mismos delitos (contra el honor). En cuanto a la actividad médico-quirúrgica y a la deportiva, no parece viable como apunta Córdoba la estimación de la eximente incompleta (104), por lo que ya no se plantea problema alguno de compatibilidad.

La última de las posibles eximentes incompletas, la **obediencia debida**, presenta también numerosos inconvenientes para estimarla junto al abuso de confianza, pues un exceso en la obediencia, jugaría el mismo papel que jugaba en el cumplimiento del deber el exceso en la violencia por parte de la autoridad. Las razones allí expuestas son trasladables al presente supuesto.

Siguiendo con el análisis de la compatibilidad del abuso de confianza con las atenuantes del art. 9 llegamos a la número 2. La **embriaguez no habitual**, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir, cohabita perfectamente con el abuso de confianza. La perturbación de las facultades mentales del sujeto -mucho menor que en la eximente plena o semiplena de trastorno mental- no impide que éste actúe abusando de la confianza de otro. Incluso es posible, a causa de la desinhibición que la ingesta de alcohol provoca en el individuo, que se produzca un incremento en el desprecio por la relación de confianza que mantiene con su víctima. Con lo cual, parece razonable que la penalidad de un hecho agravado por el abuso de una situación de confianza, pueda verse mitigada por la atenuante de embriaguez no habitual.

---

(104) Vid. Córdoba Roda, Juan, *Las eximentes incompletas...* cit., págs. 287-288.

Tampoco la presencia de la **atenuante de menor edad** obstaculiza en nada la apreciación del abuso de confianza. Su origen exclusivamente cronológico es un simple dato a tener en cuenta por el tribunal que no puede ser sometido a juicio valorativo alguno.

También la **preterintencionalidad** es armonizable con la agravante cuando el resultado lesivo, facilitado por el abuso de la confianza, se le ha escapado de las manos al autor de la conducta, excediendo lo que él había querido en un principio. Nada hay que objetar pues a la estimación conjunta de ambas circunstancias.

Respecto de las atenuantes que restan en el artículo 9, hay que predicar de todas ellas su posible convivencia con nuestra agravante. El **estado pasional**, caracterizado por una cierta perturbación psicológica del sujeto activo puede motivarle a cometer un delito contra alguien que confía en él y abusando de esa confianza. No son incompatibles una cosa y la otra, aunque ciertamente, dado el acaloramiento característico de quien así actúa, es poco probable que confluyan ambas modificativas (105), como también advertimos respecto de la enajenación y trastorno mental transitorio incompletos.

El **arrepentimiento espontáneo**, dado el momento en que se puede producir -después de consumado el delito- es perfectamente compatible con la agravación de ese mismo delito realizado abusando de la confianza. Incluso podríamos decir que será bastante frecuente dada la relación preexistente entre el autor y la víctima, que podrían muy bien ser amigos, vecinos, etc.

---

(105) Esa coexistencia es más verosímil en los estados de *obcecación*, cuya mayor duración facilita notablemente la articulación de los elementos del abuso de confianza. Su aplicabilidad conjunta disminuye sin embargo tratándose del arrebato. Sobre la atenuante de estado pasional vid. Orts berenguer, Enrique, "La atenuante de estado pasional", en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, volumen 1º, 1985, págs. 275 a 280.

Para finalizar con el análisis de las atenuantes, sólo nos queda referirnos a la **atenuante analógica**. Dado su carácter vinculado a las atenuantes que la preceden, antes de pronunciarnos sobre su compatibilidad con el abuso de confianza, hay que ver con cual de las anteriores tiene *análoga significación* (106). Una vez hecho esto, será fácil conocer su compatibilidad: sólo hay que comprobar que tenga un sentido similar a alguna de ellas. Si lo tiene, y es de las que reputamos compatibles, podrán convivir juntas la atenuante analógica y la agravante de obrar con abuso de confianza. Por lo que alcanzamos a ver, el T.S. en los últimos quince años sólo aplicó en una ocasión -sentencia de 3 de Febrero de 1989 (R.A. 1431)- la atenuante analógica -concretamente en relación con la del artículo 8.1º- junto a la de abuso de confianza (107).

## B) Agravantes

Comenzamos la exégesis de las agravantes, siguiendo el orden legal, por la circunstancia de **alevosía** (108). La apli-

---

(106) En contra Orts, para quien la "análoga significación que las anteriores", denota que lo es, no con una de las anteriores, sino con todas ellas en general, con los principios comunes informadores de todas las atenuantes. Orts Berenguer, Enrique, *Atenuante de análoga significación. Estudio del art. 9, 10º del Código penal*, Valencia, 1978, pág. 77.

(107) "... el procesado padecía una toxifrenia desde hacía tres años por su adicción a la heroína, lo que le disminuía ligeramente sus facultades intelectivas y volitivas con disminución en los mecanismos inhibitorios de la voluntad en todos los actos relativos a conseguir medios para adquirir dicha sustancia, pero no nos dice que la disminución de esas facultades fuera de notable entidad para apreciar la eximente incompleta, sino que las disminuía ligeramente y sin que conste que los repetidos hechos cometidos por el procesado los llevase a cabo bajo el síndrome de abstinencia, por lo que esa ligera disminución de sus facultades intelectivas y volitivas, sin más datos, sólo comporta, a lo más la existencia de la atenuante analógica aplicada."

(108) Art. 10.1ª "Son circunstancias agravantes: ejecutar el hecho con alevosía. Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido."

cabilidad de esta modificativa es relativamente limitada, puesto que por imperativo del art. 10.1º, sólo afecta a los delitos contra las personas. En ellos también puede darse, como hemos visto, el abuso de confianza; pero lo que no es posible, sin embargo, es la confluencia de ambas en un mismo hecho delictivo, porque en las dos hay un elemento común que, utilizado para fundamentarlas simultáneamente, infringiría el principio *ne bis in idem*: el comportamiento traicionero. Distinta es la opinión de Altés Martí, que no ve inconvenientes a la compatibilidad salvo en algún caso aislado (109).

La segunda de las agravantes es la de **cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa**. Pocas dudas podemos albergar acerca de la posible relación entre esta circunstancia y la de abuso de confianza (110). La superior reprochabilidad implícita en la conducta de quien se motiva al crimen por consideraciones pecuniarias puede coexistir perfectamente con una actuación delictiva quebrantadora de la confianza. Tampoco se observan problemas de incompatibilidad respecto de la agravante de **medios catastróficos** (111), cuando el delito tenga lugar a través de los referidos medios (112), aunque quizás no sea muy frecuente ese modo de proceder.

---

(109) A juicio de este autor, sólo serían incompatibles ambas por quedar embebida la alevosía en el abuso de confianza, cuando el abuso "... produzca la situación de indefensión y la absoluta impunidad en el agresor, sin interferencia de otros elementos en la 'ejecución', como exige la alevosía por propia definición." Altés Martí, Miguel Ángel, *La alevosía. Estudio de determinados aspectos de la agravante del nº 1 del art. 10 del Código penal*, Valencia, 1982, pág. 242.

(110) En el mismo sentido vid. Martínez Pérez, Carlos, "La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa", en *C.P.C.*, nº 19, 1983, pág. 66.

(111) Art. 10.3ª: "Ejecutarlo [el hecho] por medio de inundación, incendio, veneno, explosión, destrucción de aeronave, varamiento de nave o avería causada de propósito, descarrilamiento de locomotora o del uso de otro artificio ocasionado a grandes estragos."

(112) En relación con la agravante de incendio, ésta es también la opinión de Morillas Cueva, L., "La circunstancia agravante de incendio y su

Por la clase de infracciones para que está prevista la **agravante 10.4<sup>a</sup>** (113), no será posible que coincidan ésta y la de abuso de confianza, por lo que no hay problemas en este sentido.

El fundamento personal y subjetivo de la agravante de **ensañamiento**, casa bien con el mixto de la de abuso de confianza, pues el sujeto activo, tras haberse aprovechado de su relación con la víctima para cometer la infracción obteniendo una importante ventaja comisiva, puede agravar además su responsabilidad criminal aumentando “deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución.”

Asimismo, la **premeditación conocida** se aviene sin mayores problemas con nuestra agravante, pues la frialdad de ánimo y persistencia del designio criminal y de la resolución delictiva no se ve entorpecida ni es inherente al abuso de confianza, cuyo elemento subjetivo centrado en el *abuso* no tiene nada que ver con el especial ánimo perseverante del agente.

Con quien sí presenta incompatibilidad es con la de **emplear astucia, fraude o disfraz**, coincidente a su vez en parte con la de alevosía. En las tres se produce un comportamiento innoble que trata de sacar partido de una situación de ventaja generadora de una -más o menos acusada- indefensión de la víctima. Las argucias empleadas, el engaño, o la traición, las convierten en incompatibles por poseer todas un mismo fundamento. Y a ellas pueden asimilarse también las de **abusar de superioridad o emplear medio que debilite la defensa y prevalerse del carácter público que tenga el culpable**, pues sigue coincidiendo idéntico fundamento: aprovechar una ventaja determinada para asegurar el resultado o la indefensión del ofendido, lo cual puede acontecer por poseer una

---

ámbito de aplicación”, en *Estudios penales. Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 376.

(113) “Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad.”

mayor fuerza física, mayor número de atacantes, o utilizar las ventajas que depara el ejercicio de la función pública.

En cuanto a la agravante de **cometer el delito con ocasión de incendio, naufragio u otra calamidad o desgracia**, en la medida en que esos estados de alteración de la normalidad suponen ya una indudable ventaja en orden a la comisión del delito, no será posible plantear su coexistencia con el abuso de confianza, caracterizado también por el aprovechamiento de una situación determinada para ejecutar la infracción (114).

La **circunstancia modificativa 12** del art. 10 (115) parece claramente incompatible porque obedece a una forma de actuar no basada en el artificio y la felonía sino simplemente en la supremacía sobre la víctima. Por tanto, el aseguramiento en la ejecución del delito deriva de la preeminencia basada en la superioridad y no de la traición de la confianza.

En cuanto a la decimotercera, por lo que respecta a la **cuadrilla**, habrá que concluir de modo similar a lo que sucedía con la duodécima, que también será incompatible, porque la concurrencia de más de tres malhechores armados genera una alarma y un temor que facilitan el resultado delictivo, y nada de eso sucede con el abuso de confianza. Si la víctima se asusta por la presencia de los delincuentes, es evidente que no va a confiar en ellos, y si esto es así, no hay confianza de la que abusar. Por otra parte, la **nocturnidad** y el **despoblado** responden en sus efectos agravatorios a un intento de aseguramiento o al menos a una mayor facilidad comisiva del delito que también se da en el abuso de confianza, lo que evidencia una vez más su incompatibilidad.

---

(114) Piénsese por ejemplo en un vecino a quien se le quema la casa y que es auxiliado por otro quien, con el pretexto de apagar el fuego con un extintor, hurta objetos de valor del domicilio afectado.

(115) Ejecutarlo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad.

La **reincidencia**, dejando ahora al margen la polémica doctrinal sobre la conveniencia o inconveniencia de sus efectos agravatorios y su más que discutible fundamento (116), por su carácter estrictamente objetivo (117) es absolutamente compatible con ésta y cualesquiera otras circunstancias atenuantes o agravantes.

Finalmente, respecto de la agravante de **ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad o edad mereciese el ofendido, o en su morada cuando no haya provocado el suceso**, hay que decir que no observamos respecto de las primeras obstáculo a la compatibilidad por responder a consideraciones estrictamente personales del sujeto pasivo -su autoridad, dignidad o edad- que en nada afectan, ni interaccionan con los elementos de la circunstancia de obrar con abuso de confianza. Cosa distinta sucede con la morada, puesto que si la razón de ser de esta agravante radica, como afirman Rodríguez Devesa-Serrano, en la “protección de la paz del hogar”, de modo que “la creencia de hallarse disfrutando de una mayor protección disminuye la normal tensión vigilante de la víctima facilitando hallarla desprevenida” (118), resulta patente que esa disminución de la tensión vigilante ya se había producido respecto de la persona a quien se otorgó confianza, por lo cual, no tiene mayor sentido aplicarlas simultáneamente.

---

(116) “La multiplicidad de posturas doctrinales y jurisprudenciales es fruto de la imposibilidad de encontrar la auténtica base de la existencia de la circunstancia agravante de reincidencia.” González-Cuellar García, Antonio, “La reincidencia”, en *Comentarios a la legislación penal*, tomo V, volumen 1º, 1985, pág. 296.

(117) Basta con que el tribunal constate que no han transcurrido los plazos marcados por el artículo 118 para obtener la rehabilitación.

(118) Cfr. Rodríguez Devesa, J.M. y Serrano Gómez, A., *Derecho penal español. Parte general...* cit., pág. 737.

### **C) Mixta**

La circunstancia mixta del art. 11 posee un carácter marcadamente subjetivo, por lo que habrá que fijarse también en el componente subjetivo del abuso de confianza para afirmar o negar la compatibilidad. Dado que el parentesco o la análoga relación de afectividad son utilizados por el legislador para reflejar una variación de la penalidad sobre la base de la mayor o menor reprochabilidad por causa de la relación entre el sujeto activo y el pasivo, y eso también es característico -en parte- del abuso de confianza, se produce un cierto solapamiento entre ambas. En aquellos delitos donde su naturaleza, sus motivos y sus efectos obligan a estimar como agravante la circunstancia mixta precisamente por la relación entre los sujetos, no podrá darse también el abuso de confianza, pues el quebrantamiento de la confianza -implícita en el parentesco- ya ha servido para apreciar el art. 11. De estimar ambas, se estaría infringiendo el principio *ne bis in idem*. Por otra parte, si se estimasen ambas en aquellos otros delitos donde la mixta atenúa, se incurriría en una contradicción, pues un mismo hecho -el parentesco y lo que éste conlleva de confianza entre quienes se hallan por él ligados- serviría para agravar y atenuar al mismo tiempo. Por consiguiente, no parece viable la compatibilidad de estas circunstancias.

### **7. Error**

Cuando el sujeto activo posee un conocimiento equivocado de una situación concreta decimos que se encuentra afectado por un error. Ese error, que puede ser de tipo o de prohibición, vencible o invencible, esencial o irrelevante, etc., va a desplegar ciertas consecuencias en cuanto a la magnitud de la pena; consecuencias que pueden llegar incluso a hacerla desaparecer. Naturalmente, el error también puede darse sobre una circunstancia modificativa, y entonces surge la duda de qué régimen resulta aplicable para cuando esto sucede. La doctrina

ha criticado con razón la ausencia de una regulación específica sobre este particular (119).

Partiendo del artículo 6 bis a), que es el que regula lo fundamental del error, veremos que sólo menciona de soslayo la problemática de las circunstancias al tratar del error de tipo invencible:

“El error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso”

Omite el citado precepto toda referencia a las atenuantes. Además tampoco aclara si el elemento que agrava la pena ha de ser una circunstancia genérica o específica de algún tipo de la parte especial o constitutiva de un delito *sui generis*. Pero lo más criticable de todo es que la alusión a las circunstancias no se hace respecto del error de tipo vencible. Por consiguiente, habrá que buscar en otro lugar del Código un precepto del que echar mano para tratar de solucionar los casos donde el sujeto activo yerra sobre un elemento que agrave la pena.

Maqueda Abreu parece haberlo encontrado en el artículo 60 (120), solución que también abrazan Cobo-Vives (121) y González Cussac (122), y que se comparte por entero.

---

(119) Vid. por todos González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., págs. 190-191.

(120) "... todas las circunstancias -agravantes y atenuantes- típicas (en el sentido de su referencia a tipos concretos de la Parte Especial, circunstanciados o cualificados y/o privilegiados) o no (previstas en la parte General), encuentran su marco de referencia para el tratamiento del error en los principios establecidos en el artículo 60, que no sería, así configurado, más que el desarrollo de lo establecido en el artículo 1 del Código Penal para los elementos (esenciales) del tipo." Maqueda Abreu, María Luisa, "El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al art. 6 bis a) del Código penal", en *C.P.C.*, nº 21, 1983, pág. 717.

(121) Vid. Cobo del Rosal, M., y Vives Antón, T.S., *Derecho penal...* cit., pág. 513.

(122) Vid. González Cussac, José Luis, *Teoría general de las circunstancias...* cit., pág. 193.

Según esto, combinando ambos preceptos puede afirmarse que el régimen resultante sería el siguiente: si al sujeto afecta un error *invencible* sobre un elemento que agrave la pena, se excluye la agravación, quedando situada por tanto la penalidad de la conducta que lleva a cabo en la correspondiente a la del tipo básico; si, en cambio, se ve envuelto en un error que puede calificarse como *vencible*, no puede aplicarse lo que parecería desprenderse del art. 6 bis a) 2º (castigarlo como una infracción culposa), pues obviamente permanece en toda su plenitud el dolo del tipo básico (123). La solución está entonces en el art. 60 en relación también con el art. 1 (124). Curiosamente, es la misma que respecto del error invencible, lo cual es criticable, pues no son iguales una y otra clase de error.

Centrándonos ya en la agravante en estudio, ya hemos visto al tratar la cuestión del abuso de la situación de confianza cómo ciertos factores implicaban la apreciación de la figura básica, rechazando el incremento de pena que produciría la agravante: eso sucedía cuando el agente hubiese creído con error invencible que el ofendido no le había otorgado la confianza específica; o que dicha confianza, otorgada en principio, le había sido retirada antes del inicio de la ejecución del delito; o, en fin, cuando hubiese creído con la misma clase de error, que la confianza efectivamente otorgada por la víctima, no tenía nada que ver con el delito que hubiera cometido en su contra. Decíamos que en todos estos casos, por exigencia del art. 6 bis a) 1º, quedaría excluida la agravación de la responsabilidad cri-

---

(123) Así, según González Cussac, “resulta igualmente absurdo pretender aplicar como culposa cualquiera de las agravantes recogidas en el art. 10, y en su caso en el 11, cuando concurra error vencible, pues dada la regulación legal de las mismas en el sentido de exigirse en la mayoría de ellas un elemento subjetivo consistente en el especial ánimo de aprovechamiento de las ventajas que ofrece, debe concluirse que se conocen o no se conocen, o existe el elemento subjetivo o no existe, y en este último caso no se aplicará la agravación.” *Idem*.

(124) Art. 1: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley. No hay pena sin dolo o culpa.”

minal. Pues bien, como acabamos de ver, también cuando ese error sea vencible habrá que adoptar idéntica solución.

De todos los elementos de la circunstancia, donde no habrá error posible es sobre el elemento *obrar*, pues no es susceptible de ignorancia o de error la puesta en marcha de una actividad. Tampoco lo podrá haber sobre el *abuso*, dada la naturaleza personal y subjetiva de este componente. Cualquier sujeto sabe perfectamente si abusa o no de una situación determinada. Sí lo podrá haber, como se dijo, sobre la propia relación de confianza, cuyos límites pueden ser oscuros en ocasiones. Finalmente, sobre la ventaja comisiva derivada tampoco puede hablarse propiamente de error, pues habiendo sido buscada como un fin, el único error posible podría originarse en el golpe si, por haber desplegado un inadecuado proceso causal, no acaece el efecto ventajístico buscado por el sujeto. En estos casos, como ya hemos adelantado, la ausencia de ventaja comisiva llevará de suyo también la inapreciación de la agravante.

### **III. El abuso de confianza en el Proyecto de Código penal de 1994**

Este proyecto de ley mantiene en idénticos términos que el vigente Código la regulación de la circunstancia en examen. Dentro de su libro primero (“Disposiciones generales sobre los delitos y las faltas, las personas responsables, las penas y demás consecuencias de la infracción penal”), título I (“De la infracción penal”), se ubica un capítulo, el IV, destinado a regular las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. En el artículo 23 se dice que son circunstancias agravantes... 7ª *Obrar con abuso de confianza*. Igual situación por lo tanto que ahora.

También se mantiene invariado el estado de cosas por lo que respecta a la comunicabilidad, pues el art. 65 del proyecto sólo difiere del 60 actual en pequeños matices de estilo,

pero sin que en ningún caso afecte a su significado. Únicamente varía un poco el régimen penológico en caso de concurrencia de atenuantes y agravantes debido al nuevo sistema de determinación de la pena impuesto por la futura ley penal (125). Tampoco se muda el criterio en materia de inapreciación de la agravante en los casos en que la Ley ya la ha tenido en cuenta al describir o sancionar el delito, así como en los supuestos de inherencia (126).

Sí quisiéramos destacar la introducción en el proyecto del 94 de un tipo penal novedoso (127), que integra en su

---

(125) El artículo 66, sustituto del actual 61, establece el siguiente sistema: “En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª. Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurrieren unas y otras, los Jueces o Tribunales, racionalmente individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión que sea adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.

2ª. Cuando concurriese sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales en la aplicación de la pena no podrán rebasar la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

3ª. Cuando concurriese sólo alguna circunstancia agravante o concurrieren varias, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley.

4ª. Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, rozándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.”

(127) En el proyecto se contempla en su artículo 67, algo distinto de su predecesor. “Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no pudiera cometerse.”

(127) Tantas veces demandado por la doctrina. Vid. por todos Martínez Pérez, Carlos, “El delito societario de administración fraudulenta. (Entre el delito patrimonial de la ‘infidelidad’ y el delito societario del ‘abuso de facultades jurídico-sociales’”)), en *Estudios penales y criminológicos*, XVII, 1993-1994, Págs. 261-352.

estructura el abuso de confianza y al que, por lo tanto, le resulta de imposible aplicación agravatoria. Nos referimos al delito de administración desleal del patrimonio ajeno regulado en el art. 296:

“Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que con abuso de confianza, causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de los socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa de doce a veinticuatro meses.”

Pese a darse todos los requisitos que hemos visto para la existencia de una relación de confianza (relación personal con el dador de la confianza, carácter específico de la misma, otorgamiento anterior al inicio de la ejecución del delito, conocimiento de la situación, voluntad de aprovechamiento de la ventaja y obtención de la misma), en la medida en que la acusación del perjuicio y correlativa consecución del beneficio sólo es posible a causa del depósito de confianza que ha sido hecho en la persona del administrador desleal, no es posible agravar la conducta. Claramente forma parte del tipo de injusto, puesto que la Ley ya lo ha tenido en cuenta al describir la correspondiente infracción, por lo que no puede tomarse en consideración dos veces (128).

---

(128) Vid. Orts Berenguer, Enrique, “El delito de administración fraudulenta del patrimonio ajeno en el Proyecto de Código penal de 1994”, en *Núm. monográfico del C.G.P.J.*, Madrid, 1995.