



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

MÁSTER UNIVERSITARIO DE ACCESO A LA ABOGACIA

Centro Internacional de Postgrado

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL CÓDIGO PENAL:
ESPECIAL REFERENCIA A LA EXCUSA ABSOLUTORIA POR
PARENTESCO**

Alumno: Agustín Virosta Casas

Convocatoria: Enero 2022

ÍNDICE

Resumen	1
Índice de abreviaturas	2
I. INTRODUCCIÓN	3
II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL	5
1. Concepto de delito	5
2. La teoría del delito	7
2.1 La acción	7
2.2 La tipicidad	10
2.3 La antijuricidad	11
2.4 La culpabilidad	13
2.5 Especial referencia a la punibilidad	14
III. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	17
1. Naturaleza y fundamento de las excusas absolutorias	17
2. Concepto y clases	17
3. Distinción con otras figuras afines	19
3.1 Las condiciones objetivas de la punibilidad	20
3.2 Los requisitos de la procedibilidad	20
IV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA POR PARENTESCO	22
1. Regulación legal	22
2. Fundamento	26
3. Elementos de la excusa absoluta	28
3.1 Existencia de una determinada relación de parentesco o matrimonio	28

3.2 Exigencia de convivencia	30
3.3 Comisión de un delito patrimonial sin violencia, intimidación o abuso de superioridad	32
V. CONCLUSIONES	33
VI. BIBLIOGRAFÍA	36
VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL	38

RESUMEN

En el Derecho penal español tiene especial relevancia la llamada Teoría Jurídica del Delito, en virtud de la cual se examinan, peldaño a peldaño y de forma secuencial, los diferentes requisitos que debe reunir una determinada acción para ser objeto de punición. De entre todos esos peldaños, el último es el relativo a la punibilidad en el que se examina si una conducta humana, típica, antijurídica y culpable debe ser objeto de pena o no. La punibilidad de un delito responde a consideraciones ajenas al injusto o a la culpabilidad, pudiendo en algunas ocasiones excepcionales suponer una atenuación o eliminación de la responsabilidad penal por motivos de política criminal. Es en este punto donde cobran especial importancia las llamadas excusas absolutorias, pues suponen que una conducta que reúne todos los demás requisitos exigibles, finalmente, no es punible por deseo expreso del legislador. Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 268 del Código Penal, el cual excluye de pena alguna los delitos patrimoniales cometidos entre determinados familiares. El objeto de este trabajo consiste en examinar las excusas absolutorias en general, diferenciándolas de otras figuras afines y, finalmente, estudiar de manera más profunda el fundamento, razón y elementos de la excusa absolutoria por parentesco.

ABSTRACT

In Spanish criminal law, the so-called Crime Theory has special relevance, by virtue of which the different requirements that a certain action must meet to be subject to punishment are examined, step by step and sequentially. Among all these steps, the last one is the one related to punishable, in which it is examined whether a human, typical, unlawful, and guilty conduct should be subject to punishment or not. The punish ability of a crime responds to considerations other than unjust or culpability, and in some exceptional occasions it may involve an attenuation or elimination of criminal responsibility for reasons of criminal policy. It is at this point where the so-called acquittal excuses take on special importance, since they suppose that a conduct that meets all the other requirements, finally, is not punishable by express desire of the legislator. An example of this is found in article 268 of the Penal Code, which excludes property crimes committed between certain family members from any penalty. The purpose of this work is to examine the excuses for acquittal in general, differentiating

them from other related figures and, finally, to study in a more in-depth way the foundation, reason and elements of the excuse for acquittal by kinship.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

ART.	Artículo
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CP	Código Penal
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
VOL.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

El último elemento del delito de acuerdo con la teoría jurídica del delito es la punibilidad. Su plena autonomía e independencia con respecto a otros elementos del delito tales como la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad implica que, en algunos casos, podemos encontrarnos ante un comportamiento humano que presenta las características ahora señaladas y que, sin embargo, no sea merecedor de pena alguna. El objeto de este trabajo consiste en el estudio de las llamadas excusas absolutorias, las cuales se encuentran dispersas por nuestro Código Penal y excluyen la punibilidad en determinadas circunstancias. En concreto, pretendemos analizar la excusa absoluta por parentesco, dedicada a los delitos contra el patrimonio entre parientes y que aparece regulada en el artículo 268 del mismo cuerpo legal.

A fin de detenernos en profundidad en ello es preciso que antes hagamos un somero análisis de la teoría jurídica del delito en general y de la punibilidad en el ordenamiento jurídico penal en particular. Conocer los fundamentos de ésta, puede ayudarnos a comprender en mayor medida el motivo por el cual el legislador le ha otorgado a la punibilidad una dimensión independiente del resto de categorías del delito. Solo de esta forma podremos analizar en mayor medida por qué la legislación positiva actual despenalice los delitos patrimoniales entre parientes, siempre que no haya habido fuerza o intimidación así como el estudio de los diferentes delitos patrimoniales y el criterio de los tribunales al respecto.

Para poder abordar de forma adecuada el estudio del tema elegido se ha procedido a analizar la legislación actual contenida en el Código Penal (deteniéndonos en particular en la reforma de 2015), así como la doctrina más destacada relativa a la teoría jurídica del delito, al concepto del propio delito en sí y de las excusas absolutorias en general. En aras de una mejor comprensión nos hemos apoyado en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, la cual puede ayudarnos a examinar y dilucidar los supuestos más complejos o ambiguos.

El presente trabajo se encuentra dividido en cuatro capítulos y un quinto dedicado a sintetizar las conclusiones alcanzadas. A lo largo de los primeros, realizaremos, en

primer lugar, una aproximación conceptual que sirva como base para el estudio de las excusas absolutorias, centrándonos en su concepto, fundamento y ámbito de aplicación.

Posteriormente, en el cuarto capítulo focalizaremos nuestra atención en el estudio de la excusa absoluta por parentesco, donde nos servimos de la teoría explicada anteriormente y de la jurisprudencia de nuestro alto tribunal para ahondar en su análisis.

Consideramos que solo de esta forma, con un estudio secuencial apoyado tanto en la doctrina como en las sentencias más relevantes, podremos esbozar un esquema completo de la razón de ser de las excusas absolutorias, así como vislumbrar los problemas que pueden traer consigo en la práctica jurídica y tratar de encontrar una solución.

Entendemos que la importancia de un tema como este resulta evidente, toda vez que su relevancia en la práctica se ve contrarrestada con la poca bibliografía doctrinal existente al respecto. Los pocos autores que han tratado este tema lo hacen de forma genérica y sucinta, por lo que consideramos necesario realizar un análisis concreto que permita valorar la pertinencia de esta institución jurídica penal. En definitiva, este trabajo se construye a partir de la búsqueda, selección y análisis de trabajos doctrinales y resoluciones judiciales.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

1. Concepto de delito

Desde un punto de vista etimológico, la palabra “delito” proviene del término latino *delictum*, (apartarse del camino señalado por la ley, *delinquere*). La elaboración de un concepto de delito ampliamente aceptado no ha resultado una tarea sencilla. Ejemplo de ello lo encontramos en el hecho de que han sido numerosas las concepciones que se han elaborado a partir del siglo XVIII, pudiendo clasificarse éstas de la siguiente forma¹:

- En primer lugar, nos encontramos con las llamadas concepciones formales o nominales, las cuales consideran que el delito puede definirse como toda conducta humana que se opone a lo mandado o prohibido por la ley bajo la amenaza de una pena determinada. Dentro de esta concepción es la ley la que designa, fija y determina los caracteres delictuales de un hecho lo que significa que si la ley es derogada, el delito desaparece junto a ella.
- Por otra parte, contamos también con las concepciones sustanciales o materiales. En virtud de ellas, los elementos del delito son presupuestos necesarios para que un acto humano y voluntario pueda ser considerado delito. Esto implica que delito es una acción u omisión voluntaria, típica, antijurídica, culpable y punible.

Así pues, la definición contemplada en el artículo 10 del Código Penal² (en adelante CP) podría analizarse dos perspectivas radicalmente diferentes:

1. Desde un punto de vista legal que implica que el concepto de delito incluye únicamente la acción u omisión que resultare penada – esto es, punible- por la Ley en un caso concreto. De este planteamiento se deriva una importante consecuencia: para que nos encontremos ante un delito siempre será precisa la presencia o concurrencia de todos los elementos que permiten la punición de una acción u omisión, es decir, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad.
2. Desde un punto de vista formal, en virtud del cual el CP contiene un uso normal del término delito, pues no son considerados como tales únicamente las acciones que sean concretamente punibles, sino las actuaciones abstractas previstas en los

¹ MACHICADO, J.: “El concepto de delito”, *Revista Apuntes Jurídicos*, 2010, p.1.

² “Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley”.

diferentes tipos legales con independencia de que concurran, o no, los demás requisitos de la teoría del delito, en los cuales ahondaremos en siguientes epígrafes³.

Para el estudio del concepto de delito desde una perspectiva meramente académica, considero que el punto de vista formal es el más correcto. Así pues, el término “delito” ha de valorarse de forma abstracta, sin entrar a valorar la posible concurrencia en un caso en concreto de los demás elementos antes señalados. Esto implica que la base de la definición del delito se encuadra en el requisito de la tipicidad, la cual puede entenderse como toda acción u omisión que aparece contenida de forma expresa y concreta en un determinado tipo penal. La acción o la omisión típica, por tanto, se configura como la base de toda estructura del delito, si bien es cierto que en la práctica criminal no nos encontraremos ante la existencia de un delito salvo cuando se den los demás requisitos que permiten la imposición de una determinada pena.

La razón de ello la encontramos en que es el propio CP el que habla en ocasiones de delito cuando no se dan los demás requisitos, tales como la culpabilidad o la punibilidad. A este respecto es posible referirse al artículo 205 CP, el cual define el delito de calumnia como: “la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”. En este caso es preciso entender que el inculpable cabe en la esfera de la palabra “delito” pues, de lo contrario, el inculpable no podría ser nunca sujeto pasivo del delito de calumnia⁴. Asimismo es posible defender esta concepción de delito en base a la existencia de responsabilidad civil por razón del delito cometido aún cuando nos encontremos ante situaciones de no culpabilidad o de no antijuricidad en virtud de lo señalado en el artículo 118 CP: “La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20, no comprende la de la responsabilidad civil”. En definitiva, la definición más exacta de delito académicamente hablando es aquella que lo entiende como toda acción u omisión tipificada en una ley penal a cuya realización el legislador ha atribuido una determinada pena o indemnización.

³ MIR PUIG, S.: “Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal”, *Publicaciones Universidad de Barcelona*, Barcelona, 1998, pp. 310 a 312.

⁴ *Ibidem*, p. 323.

2. La teoría del delito

La teoría del delito puede definirse como un sistema categorial clasificatorio y secuencial, en virtud del cual se van elaborando, peldaño a peldaño y a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito⁵. Así pues, si bien es cierto que desde un punto de vista abstracto basta con que una acción u omisión se encuentre tipificada en la ley para que nos encontremos ante un delito, para que en la práctica un determinado sujeto sea declarado responsable penal por un determinado comportamiento es preciso que se den ciertos requisitos o características que son examinados en la teoría del delito y a cuyo estudio nos dedicaremos en el presente epígrafe.

La doctrina penalista ha elaborado diferentes sistemas de la teoría del delito, ordenando de forma diferente sus elementos. No obstante, en la actualidad predominan dos sistemas básicos: el finalista, seguido por la doctrina mayoritaria, y el sistema causalista. Estas dos concepciones tienen en común la descripción que realizan del delito al definirla como una conducta típica, antijurídica y culpable, siendo necesario que se aprecien todos y cada uno de sus elementos, pues la ausencia de uno de ellos impide plantearse la existencia de los siguientes. Las diferencias existentes entre los dos sistemas estriban, sin embargo, en el contenido que le otorgan a cada una de las categorías. Así pues, y tal y como veremos en el próximo epígrafe, mientras que en el causalismo la valoración del comportamiento del sujeto activo (dolo o imprudencia) se examina en el seno de la culpabilidad, en el sistema finalista este examen se realiza en el seno de la tipicidad⁶. Nosotros en el examen de la teoría del delito nos centraremos en el análisis realizado por la doctrina mayoritaria, esto es, seguiremos el sistema finalista.

2.1 La acción

Antes de centrarnos en el análisis de la tipicidad, la antijuricidad, la culpabilidad o la punibilidad es un requisito indispensable que nos encontremos ante un comportamiento humano penalmente relevante. La acción o la omisión se configuran, por lo tanto, como un elemento autónomo y de carácter apriorístico con respecto a los restantes elementos del delito, siendo un presupuesto básico para la existencia de los demás elementos del

⁵ MUÑOZ CONDE, F, GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Pena, Parte General*, Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 205.

⁶ HAVA E.: “Derecho Penal I”, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, p. 5.

delito. Evidentemente su inexistencia implica la imposibilidad de valorar el resto de los elementos del delito⁷.

El concepto de acción ha ido evolucionando desde finales del siglo XIX en el que apareció una de sus primeras concepciones, la causal. Esta corriente fue la predominante hasta mediados del siglo XX y en ella la acción era concebida como todo movimiento corporal voluntario que modifica de alguna manera el mundo exterior. El elemento fundamental de esta definición de acción era la causalidad, ya que la voluntariedad del movimiento solo cobraba importancia en cuanto a ser la causa del movimiento, sin importar cuál fuera el contenido de tal voluntad o si estaba pensaba para realizar o no el hecho concreto. Esta concepción presentaba ciertos problemas, sobre todo en lo relativo a explicar la omisión, puesto que en ningún caso ésta puede considerarse como un movimiento corporal y, por tanto, no puede traer consigo ninguna modificación en el mundo exterior⁸.

La doctrina pronto fue consciente de que el Derecho penal no podía limitarse a observar y describir los hechos como si éstos fueran meros fenómenos naturales. Por el contrario, era preciso que el contenido de esta rama del Derecho tuviera como finalidad la de comprender y valorar el sentido de los hechos. Fue en este momento en el que se abandonó el concepto de acción y comenzó a hablarse de conducta humana como primer elemento de la teoría del delito. De esta forma las omisiones también pudieron ser incluidas en el concepto. Esta concepción llamada neoclásica continuó siendo causal pues seguía centrándose en la causación de un determinado resultado. Por consiguiente, para esta teoría también era totalmente irrelevante el contenido de la voluntad de la conducta, solo siendo examinada a efectos de la culpabilidad⁹.

Más adelante surgió la concepción final de la acción en la que se afirmó que lo que diferencia a la conducta humana de las fuerzas de la naturaleza o de las acciones de los animales no es la causa sino, precisamente, la finalidad o voluntad que la motiva. Los procesos naturales son causales, pero carecen de cualquier tipo de voluntariedad, por el contrario, la conducta humana persigue un determinado resultado. Es por ello por lo que para la concepción finalista no es apropiado relegar el juicio de la voluntariedad a la

⁷ BARRADO CASTILLO, R. "Teoría del delito, evolución y elementos integrantes", *Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2018, p.4.

⁸ HAVA E. "Derecho Penal I", *op cit.*, p, 7

⁹ *Ibidem*, p, 9

sede de la culpabilidad pues, de lo contrario, se vacía de contenido a la acción. Como consecuencia de esta nueva concepción, el análisis del dolo y de la imprudencia se trasladó a un momento previo de la culpabilidad. A pesar de la clara evolución que supuso esta teoría finalista, contaba con un importante problema a la hora de explicar los comportamientos imprudentes, toda vez que éstos carecen de una finalidad conectada con el resultado provocado. Como complemento a esta concepción, contamos con la llamada teoría social de acuerdo con la cual es acción todo aquel comportamiento humano que se caracterice por ser socialmente relevante, incluyéndose en este concepto tanto las conductas dolosas como las meramente imprudentes. Las primeras porque se desvalora lo que se ha realizado y, las segundas y en las omisiones, se desvalora lo que se debería haber hecho y no se hizo¹⁰.

De este último concepto de acción se desprende que no todas las conductas humanas son penalmente relevantes, lo que significa que en algunos casos podemos encontrarnos con un determinado comportamiento y, sin embargo, carecemos de acción a efectos penales. La ausencia de acción debe juzgarse en una sede previa a la tipicidad y es por ello por lo que aquella conforma el primer eslabón de la teoría del delito. Así pues, las causas que excluyen la existencia de un comportamiento humano a efectos de responsabilidad penal o criminal pueden sistematizarse de la siguiente forma¹¹:

1. La fuerza irresistible: en estos casos el sujeto activo actúa movido por una fuerza a la que es imposible resistirse de un punto de vista físico pues ejerce sobre él una vis absoluta. Hablamos en estos casos tanto de fuerzas de la naturaleza como de fuerzas provocadas por terceros u objetos.
2. Caso fortuito: en estos supuestos nos encontramos con un comportamiento humano que provoca un daño, pero siendo totalmente involuntario e imprevisible o imposible de evitar.
3. Movimientos reflejos: estos comportamientos se caracterizan porque en ellos no interviene de forma alguna la voluntad humana. Hablamos, por tanto, de

¹⁰ *Ibidem*, pp, 11 y 12.

¹¹ PEDREIRA GONZALEZ, F.: “Esquemas de Derecho penal. Parte General (Concepto, principios y teoría jurídica del delito)”, *Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2021, pp, 67 a 69

movimientos provocados por contracciones musculares o por el sistema nervioso sin que puedan ser controlados por la voluntad del sujeto activo.

4. Estados de inconsciencia: En estas circunstancias tampoco existe una conducta penalmente relevante pues el sujeto ha actuado de forma involuntaria tales como en situaciones de sonambulismo o de extrema embriaguez.

Finalmente cabe señalar que si bien es cierto que como regla general la falta de voluntad excluye la existencia de una acción penalmente relevante, existen determinadas excepciones tales como las *acciones libera in causa* o, acciones libres de causa, en las que el resultado puede imputarse o atribuirse a un comportamiento doloso o imprudente anterior.

2.2 La tipicidad

Decimos que una conducta es típica cuando puede encuadrarse en un determinado tipo penal. Por tanto, la tipicidad es aquella cualidad de la conducta ejecutada por un sujeto que la hace concretamente subsumible en una determinada figura de delito prevista y definida por la ley de manera previa y expresa. Es por ello por lo que este requisito está íntimamente vinculado con el principio de legalidad y de seguridad jurídica al garantizar que los diversos delitos estén plasmados a través de tipos legales contenidos en las diversas normas penales existentes. Al mismo tiempo, nos encontramos ante una categoría jurídica que garantiza el respeto al mandato contenido en el artículo 25 de nuestro texto constitucional, en virtud del cual: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”¹². No es de extrañar que sean muchas y muy relevantes las funciones que desempeña la tipicidad, hasta el punto de convertirla en un concepto fundamental del Derecho penal sin cuya presencia no es posible examinar los demás requisitos exigidos (antijuricidad, culpabilidad y punibilidad)¹³.

¹² En efecto, los tipos penales son una plasmación del principio *nullum crimen sine praevia lege*. Asimismo, las descripciones típicas impiden la analogía y aseguran el mandato de determinación, definiendo de forma taxativa las conductas que son prohibidas.

¹³ BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal Español, Tomo 1 – Vol. 2*, J.M. Bosch Editor, Sevilla, 2005, 155.

Asimismo, de entre todas las funciones que desempeña la tipicidad, la más importante de todas (junto con la de plasmar el principio de legalidad) es la actuar como categoría indiciaria de las demás condiciones que forma parte de la teoría del delito. En efecto, la corriente doctrinal mayoritaria considera la tipicidad como indicio de que nos encontramos ante un comportamiento antijurídico (*ratio cognoscendi*)¹⁴. Ello no significa, de modo alguno, que tipicidad y antijuricidad deban confundirse como un mismo elemento pues ambas son categorías jurídicas totalmente diferentes que, sin embargo, pueden estar vinculadas entre sí por motivo de estos indicios.

2.3 La antijuricidad

Podemos definir la antijuricidad como el desvalor que posee un hecho típico que resulta contrario a las normas del derecho en general. Una conducta antijurídica es aquella tipificada por el ordenamiento jurídico y no autorizada debido a causas de justificación. Nos encontramos ante otro de los elementos estructurales del delito, debiendo ser examinada con posterioridad a la confirmación de la existencia de una conducta humana y de su tipicidad. Dentro del concepto de antijuricidad podemos distinguir dos tipos claramente diferenciados: la antijuricidad formal y la material. La antijuricidad formal puede definirse como aquella que viola lo señalado por la ley, es decir, determina cuándo un acto es formalmente antijurídico. Se trata, por tanto, de la oposición entre un hecho y el ordenamiento jurídico penal. Por otro lado, la material hace referencia a una conducta que va en contra de lo marcado por las reglas sociales – esto es- una conducta antisocial. Cuando hablamos de antijuricidad material hablamos de una acción que ha transgredido una norma positiva y que, además, lesiona o pone en peligro un bien jurídico digno de protección por el Derecho¹⁵. Resulta evidente que la segunda sirve como fundamento de la primera, hasta el punto de que lo prohibido por la ley debe serlo porque tiene como fin proteger un determinado bien jurídico con valor para la colectividad¹⁶. Por tanto la antijuricidad habría de entenderse como un juicio negativo de valor que recae sobre el comportamiento humano y señala que ese comportamiento es contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico¹⁷.

¹⁴ Aceptación latina que significa: algo a través del cual o por medio de él se conoce una cosa.

¹⁵ LÓPEZ MESA, M. y CESANO, JD. *La antijuricidad y causas de justificación contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, Ed, Edisofer. Buenos Aires, 2010, pg. 17 y ss.

¹⁶ BARRADO, CASTILLO R. “Teoría del delito, evolución y elementos integrantes”, *op, cit*, p,10

¹⁷ CERESO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español, volumen II*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, p, 200.

No obstante, tal y como hemos señalado anteriormente, no todo comportamiento humano voluntario y típico ha de ser antijurídico pues, si bien es cierto que la tipicidad actúa como un rasgo indiciario de que nos encontramos ante un acto también antijurídico hemos de tener en cuenta la posible concurrencia de alguna causa de justificación. Las causas de justificación pueden ser definidas como aquellas circunstancias eximentes que eliminan la ilicitud de una conducta típica, por determinadas razones. En nuestro Derecho penal podemos diferenciar entre dos tipos de normas: de prohibición y las de autorización. Las normas de prohibición son aquellas que obligan a no realizar determinados actos que lesionan los derechos de las personas. Las normas de autorización, por su parte, son aquellas que restringen lo prohibido en otra norma en aquellos supuestos en los que una persona se encuentre en una situación en la que colisionen determinados bienes jurídicos, debiendo establecerse una ponderación entre ellos para, de esta forma, determinar cuál ha de prevalecer. Será en estos casos en los que el sujeto realiza una conducta típica, pero amparado en una norma de autorización, cuando se determine que el comportamiento no reviste el carácter de antijurídico. En definitiva, la concurrencia de una causa de justificación supone que el delito no existe sin que sea posible entrar a examinar la sede de la culpabilidad o de la punibilidad¹⁸.

Los efectos de las causas de justificación van más allá de excluir la responsabilidad criminal del sujeto activo. En efecto, no solo se prohíbe imponer una pena a quien ha cometido el acto típico (lo cual incluye también, en su caso, las medidas de seguridad), sino que tampoco cabrá hacerle responsable desde el punto de vista del derecho civil o el administrativo. Asimismo es necesario tener en cuenta que la causa de justificación no ampara únicamente al autor del hecho sino también a quienes hayan participado en el mismo como inductores, cooperaciones necesarios o cómplices¹⁹. Finalmente, y sin ánimo de ser exhaustivos, baste con señalar que las causas de justificación se encuentran contenidas en el artículo 20 CP: legítima defensa (artículo 20.4), estado de

¹⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. MARTÍN LORENZO M., y VALLE MARISCALDE GANTE, M. “Derecho Penal, parte general”, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020, p,310.

¹⁹ COLLAZOS, SOTO M. “Derecho Penal I, Capítulo 19, Causas de justificación”, Disponible en www.marisolcollazos.es, [última visita 24 de octubre de 2021].

necesidad (artículo 20.5) y cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículo 20.7)²⁰.

2.4 La culpabilidad

Dentro de la teoría del delito la culpabilidad se configura como el elemento en el que se agrupan las circunstancias específicas que afectaron al autor de la acción en el momento de la realización de un comportamiento voluntario, típico y antijurídico. Hablar de culpabilidad es hacer referencia a la reprochabilidad de un determinado comportamiento, basada en que su autor lo ejecutó cuando podría haber actuado de forma distinta y, al mismo tiempo, siendo capaz de conocer y de comprender el desvalor de la acción. En efecto, la imputabilidad de una persona está sujeta a su capacidad para conocer lo injusto, de tal forma que si una persona no es capaz de entender lo que está realizando no debe ser objeto de reproche alguno, lo que no significa que sus actos queden totalmente carentes de consecuencia alguna, pues sería posible someterle a una medida de seguridad cuando el juez lo considere oportuno. Si bien es cierto que el principio de culpabilidad no aparece expresamente recogido en la CE, algunos autores entienden que se encuentra implícitamente contenido en el artículo 25 de nuestro texto constitucional al hilo de que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito [...] según la legislación vigente en aquel momento”. Otros autores, en cambio, lo encuadran en el artículo 10 CE, cuando se consagra la dignidad humana como fundamento del orden político y la paz social²¹. Esta parte de la doctrina entiende que el principio de la culpabilidad es una exigencia que se deriva directamente del respeto a la dignidad humana, no pudiendo tratarse a las personas como mero medio para alcanzar otros fines distintos y es que la imposición de una pena sin culpabilidad implica la utilización del ser humano como un instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivos²².

Dos son los principios que sirven como fundamento o base de la culpabilidad. Así pues, en primer lugar, cabría hablar del principio de personalidad de las penas, el cual impide que una persona sea castigada por un hecho ajeno, solo pudiendo imponerse penas o

²⁰ Junto a estas causas de justificación también podríamos incluir el consentimiento del ofendido, el cual solo opera para determinados delitos.

²¹ BARRADO, CASTILLO R. “Teoría del delito, evolución y elementos integrantes”, *op cit*, p.15.

²² CEREZO MIR, J. “Derecho Penal y derechos humanos: experiencia española y europea”, *Actualidad Penal*, nº14, 1993 p, 194.

medidas de seguridad al autor de un hecho típico y antijurídico. Por otra parte, conforme al principio de responsabilidad por el hecho, solo las condiciones personales presentes en el momento de la ejecución de la conducta han de ser tenidas en cuenta para realizar el juicio de reprochabilidad.

2.5 Especial referencia a la punibilidad

La punibilidad es el último escalón que debe analizarse dentro de la teoría del delito. Se trata, por tanto, de una categoría más de la infracción penal, de rango similar a las restantes (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), pero con un contenido autónomo y diferenciado. Mientras que las categorías anteriores de la teoría del delito tienen como finalidad la de determinar si el sujeto es merecedor de un juicio de responsabilidad penal, en sede de punibilidad lo que se busca es realizar un juicio de necesidad, esto es, decidir si es necesario que al autor de un comportamiento típico, antijurídico y culpable se le someta al mencionado juicio. Por tanto, podríamos decir que la punibilidad aporta a la responsabilidad penal una dimensión asentada en valores utilitarios, al centrar su examen en la utilidad que reporta el juicio de responsabilidad. En efecto, la punibilidad se estructura en torno a tres valores de utilidad que pueden ser sistematizados de la siguiente forma²³:

1. En primer lugar, el juicio de responsabilidad por el comportamiento realizado debe ser efectivo. Ello implica que su formulación tiene como objetivo lograr el cumplimiento de la norma correspondiente o, en todo caso, su aplicación coactiva.
2. En segundo lugar, es necesario que el juicio de responsabilidad sea eficaz, al contribuir a la obtención de los objetivos perseguidos con la intervención penal, tales como la tutela de ciertos bienes o intereses jurídicos y, al mismo tiempo, a los límites asignados a la reacción penal.

Lo dicho hasta ahora demuestra que con el juicio de punibilidad se pretende que la imposición de una reacción penal debe estar condicionada a una valoración de su utilidad. No existe unanimidad por parte de la doctrina a la hora de fundamentar la categoría de la punibilidad pues, mientras que un amplio sector entiende que abarca

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, JL. “La categoría de la punibilidad en el derecho penal español”, Cuadernos de Derecho Penal, julio - diciembre 2017, pp,13 – 16.

contenidos puramente político-criminales, otros consideran que esta categoría de la teoría del delito se asienta sobre componentes más amplios procedentes de otros sectores jurídicos tales como el derecho constitucional o el derecho internacional público. Asimismo, otra parte de la doctrina defiende que la punibilidad abarca elementos propios de la necesidad de la pena que actúan como complemento de los elementos de merecimiento de la pena. Este sector doctrinal afirma que el merecimiento de la pena consiste en un juicio global de desvalor que se plasma en las categorías anteriores a la punibilidad, mientras que la necesidad de la pena se basa en un juicio de conveniencia en el que imperan reflexiones relativas a los fines de la pena, al principio de subsidiariedad o a la idoneidad de la reacción penal para un caso en concreto²⁴.

En cuanto al principio de subsidiariedad de la intervención del derecho penal, éste se configura como un juicio de eficiencia en el que se determina si es admisible la intervención del *ius puniendi* del Estado en función del coste-beneficio que tiene tal actuación del aparato penal. Para ello es necesario tener en consideración si hay medios menos lesivos que permitan lograr una solución o, incluso, superior a la que cabe esperar del derecho penal (por ejemplo, empleando el derecho civil o el administrativo) y también los costes adicionales que implica la intervención penal en la protección de un bien jurídico concreto. Para quienes defienden este principio como contenido esencial de la categoría de la punibilidad, entienden que la subsidiariedad es necesaria en cualquier sistema penal que atienda a los fines preventivos de la pena, es decir, a cualquier sistema penal que no se limite a establecer una pena como una mera forma de reafirmar la justicia²⁵.

En definitiva, haciéndonos eco del sector doctrinal mayoritario, podríamos decir que: “La punibilidad, según sus defensores, tiene su razón de existir porque el injusto y la culpabilidad jurídico-penalmente captable no justifican por sí solos la pena; en todos los casos debe asegurarse además la necesidad práctica de hacer uso de la misma para la protección del orden social. [...] Esta circunstancia hace suponer que, más allá de la culpabilidad, es posible situar aún una serie de elementos cuya función es, precisamente, dar contenido a un juicio sobre la necesidad del castigo. Esta nueva categoría cuya función es agrupar todos aquellos elementos que no dependen del injusto culpable, encontraría su asiento sistemático entre el juicio de culpabilidad y los

²⁴ *Ibidem*, pp, 16 y 17.

²⁵ *Ibidem*, p,18.

presupuestos procesales por medio de los cuales se valora la perseguibilidad del hecho. [...] En algunos casos se exige, sin embargo, para poder castigar un hecho como delito, la presencia de algunos elementos adicionales que no son incluibles en la tipicidad, ni en la antijuridicidad, ni en la culpabilidad, porque no responden a la función dogmática y político criminal que tienen asignadas estas categorías²⁶.

Es dentro de la sede de la punibilidad donde cobran relevancia las llamadas excusas absolutorias a cuyo estudio dedicaremos el resto del presente trabajo. En este epígrafe baste con definir las como aquellos motivos previstos legalmente para interaccionar en determinados delitos eliminando su pena y que encuentran su justificación en razones ajenas a la antijuridicidad y culpabilidad como resulta ser la utilidad o la justicia material.²⁷ La fundamentación de las excusas absolutorias en la necesidad o en criterios de utilidad es evidente, lo que justifica que éstas encuentren su lugar natural en la categoría de punibilidad.

²⁶ MÚÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte general*, Ed, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 450 y ss.

²⁷ GERAS MONTILLA, F. “Concepto, finalidades y análisis sistemático de las situaciones contempladas como excusas absolutorias en el Código Penal de 1995 desde una perspectiva eminentemente práctica con especial atención a las previsiones del artículo 268 del Código Penal por su mayor alcance y relevancia”. Disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15433-las-excusas-absolutorias-en-el-codigo-penal/> [última visita 24 de octubre de 2021].

III. LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Naturaleza y fundamento de las excusas absolutorias

Dos son los principios que inspiran esta figura jurídica: el principio de prevención de la pena y el de intervención mínima del Derecho penal. En cuanto al primero de ellos, hemos de tener en cuenta que la finalidad fundamental del aparato penal consiste en proteger los bienes jurídicos más valiosos existentes en nuestra sociedad. Esta protección se plasma entendiendo que la pena cumple dos fines diferenciados: la prevención general – dedicada a servir como advertencia a la población en general – y la prevención especial, centrada en la figura del sujeto activo de un comportamiento contrario a derecho penal. Desde este punto de vista utilitarista de la pena, las excusas absolutorias tienen su razón de ser en aquellos casos en los que la punición de una acción no sirve para los fines expuestos, esto es, vienen a operar en los supuestos en los que la imposición de una pena no iba a servir ni como medida de prevención general ni especial. Determinar la punibilidad en estas circunstancias convertiría a la pena en un mero instrumento de venganza o de retribución.

En cuanto al principio de intervención mínima, éste se fundamenta en el hecho de que las normas penales suponen la más grave afección a los derechos de los ciudadanos y que, por tanto, con deseo de respetar la proporcionalidad del *ius puniendi* estatal, el Derecho penal ha de reservarse para aquellos casos en los que la gravedad de las lesiones producidas a un bien jurídico merecedor de especial protección requiere de la más firme de las reacciones, no pudiendo obtenerse una solución mejor por medio de otras ramas del ordenamiento jurídico tales como el Derecho administrativo o el civil. En definitiva, la aplicación del Derecho penal debe tener siempre el carácter de *ultima ratio*. Teniendo en cuenta todo lo expuesto resulta evidente que con las excusas absolutorias se pretende garantizar que la actuación punitiva penal no actúe en aquellos casos en los que la imposición de la pena pudiera provocar más daños que beneficios.

2. Concepto y clases

Dado que nuestro CP no contiene una definición expresa de qué debemos entender por excusas absolutorias es preciso detenerse en el análisis del concepto elaborado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Así, algunos autores las han definido como

condiciones personales extrínsecas que tienen como efecto la exclusión de la pena frente a un comportamiento típico, antijurídico y culpable por razones de política criminal. Es decir, son circunstancias propias del sujeto activo (tales como el parentesco, por ejemplo) o comportamientos valiosos realizados después de la comisión del delito (evitar la propagación de un incendio) que el legislador tiene en cuenta a la hora de optar por la no punición de un determinado comportamiento basándose en razones sociales o políticas ²⁸.

En lo referente a la definición dada por la jurisprudencia podemos tomar en consideración la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 26 de diciembre de 1986 en la que nuestro Alto Tribunal las caracterizó como "un conjunto de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica que, colocadas junto al delito a que afectan, son de difícil clasificación, pero, prescindiendo de hacer un ensayo clasificatorio, la «propia» excusa absolutoria debe su origen a razones de política criminal que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad [...]". Puede apreciarse, por tanto, que tanto doctrina como jurisprudencia mantienen una definición similar de las excusas absolutorias, entendiéndose de manera unánime que tienen un fundamento puramente utilitario de política criminal²⁹.

Por otra parte, en cuanto a la clasificación de las excusas absolutorias es preciso señalar que la doctrina no ha encontrado una postura unánime al respecto. Sin embargo, muchos son los autores que se decantan por la clasificación establecida por Luzón Cuesta, la cual diferencia entre excusas absolutorias en sentido estricto y en sentido amplio:³⁰

- Las excusas absolutorias en sentido estricto pueden ser definidas como aquellas concurrentes en el momento de la comisión del delito. Es decir, las excusas absolutorias que hacen referencia a situaciones o circunstancias que ya venían produciéndose o existiendo en el momento en el que el sujeto activo realiza el comportamiento típico, antijurídico y culpable. Hablamos, por tanto, de un comportamiento que nunca llega a ser considerado punible. El ejemplo más

²⁸ MANJÓN – CABEZA OLMEDA, A. *Las excusas absolutorias en Derecho español*, Ed, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p, 21.

²⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, S. MATUS ACUÑA, JP. y RAMIREZ, MC. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed, Jurídica de las Américas, Chile, 2010, p,361.

³⁰ LUZÓN CUESTA, JM. *Compendio de Derecho Penal, Parte general*, Ed, Dykinson, Madrid, 2015, p,320.

claro de esta clase de excusas es el relativo a la excusa por parentesco recogido en el artículo 268 CP a cuyo estudio nos remitimos a próximos epígrafes o el encubrimiento entre parientes (artículo 464 CP): “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados [...]”.

- Las llamadas excusas absolutorias en sentido amplio son aquellas que hacen referencia a circunstancias no concurrentes en el momento de la realización del tipo, sino en un momento posterior al mismo. Nos encontramos, por tanto, ante un comportamiento que en el momento de su comisión si reúne los requisitos necesarios para ser punible, carácter que pierde posteriormente por determinadas circunstancias establecidas legalmente. Esta clara diferencia con respecto a las excusas absolutorias en sentido estricto ha llevado a parte de la doctrina a otorgarles el nombre de causas de levantamiento o anulación de la pena. Dentro de esta categoría pueden encuadrarse las recogidas, entre otros, en el artículo 218.2 CP, en cuanto a la responsabilidad por matrimonio fraudulento para perjudicar al otro cónyuge. El contrayente de mala fe, sin embargo, “*quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado*”, o el artículo 462 CP relativo a la exención de punibilidad de quien haya prestado falso testimonio en causa criminal “*se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate*”.

3. Distinción con otras figuras afines

Las excusas absolutorias no son los únicos instrumentos existentes en nuestro ordenamiento que comportan la exclusión de la punibilidad ante determinado comportamiento típico, antijurídico y culpable. Es por ello por lo que resulta preciso detenerse en el análisis y diferenciación con otras figuras que aunque puedan parecer afines tienen una caracterización jurídica muy diferente.

3.1 Las condiciones objetivas de punibilidad

En principio la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable trae como consecuencia la imposición de una determinada pena. No obstante, en ocasiones se exige requisito extra formulado en términos positivos que recibe el nombre de condición objetiva de punibilidad cuya construcción ha sido tarea de la doctrina pues en nuestro derecho positivo no existe referencia alguna al respecto. Si bien es cierto que en un primer momento se puso en duda la existencia autónoma de esta figura al entender que todos los elementos que configuran el delito ya son en sí mismos condiciones objetivas de punibilidad, lo cierto es que actualmente se acepta su categoría, definiéndola como aquellas situaciones del hecho que en el momento de la comisión del hecho deben concurrir y, al mismo tiempo, ser extrañas a la propia conducta y al agente, sin que tengan que ser conocidas por éste para que pueda imponerse una pena. El mejor ejemplo con el que contamos es el relativo a la condición de reciprocidad en los delitos contra el derecho de gentes contenido en el artículo 606.2 CP, el cual establece que: “Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior [delito de homicidio y de lesiones del artículo 149 y 150 CP cuya víctima sea un Jefe de Estado extranjero o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, así como cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas] no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior”³¹.

3.2. Los requisitos de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad se diferencian de las excusas absolutorias y de las condiciones objetivas de punibilidad en que su ausencia es, por lo general, subsanable y no impide la punibilidad de la conducta realizada. Asimismo, la existencia de una excusa absoluta o la falta de una condición objetiva de punibilidad no impide que en la práctica se pueda iniciar un procedimiento penal al respecto, cosa imposible en aquellos supuestos en los que falte algún requisito de procedibilidad. Son muchos y muy variados los requisitos que aparecen regulados o exigidos en nuestra normativa

³¹ ZÁRATE CONDE A., GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho Penal, Parte general*, Ed, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017, pp, 200 y ss.

positiva. Así pues, sin ánimo de ser exhaustivos, podemos señalar, entre otros, los siguientes³²:

- La denuncia previa del ofendido en los delitos privados, tales como el delito de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 227 y 228 CP), lesiones por imprudencia dolosa leve (art. 147.2 CP) o injurias leves en el ámbito familiar (art. 173.4 CP).
- La autorización previa del juez cuando se trate de delitos de injurias vertidas en juicio (art. 215.2 CP).
- La existencia de una sentencia firme en el caso de delito de acusación o denuncia falsa (art. 456.2 CP): “No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada”.
- La querrela en los delitos de injurias y calumnias de conformidad con lo establecido en el artículo 215.1 CP: “Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal”.

En todos estos casos puede apreciarse la existencia de un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible que, sin embargo, requiere del cumplimiento de una serie de requisitos (por lo general, de carácter meramente formal) para que pueda procederse a su enjuiciamiento.

³² *Ibidem* pp, 205 y ss.

IV. LA EXCUSA ABSOLUTORIA POR PARENTESCO

1. Regulación legal

En sentencia de 30 de junio de 1981³³ el TS hizo un repaso histórico de esta figura jurídica, estableciendo sus orígenes más remotos tanto en el Derecho romano (Paulo, Ley 16 *De furtis* y Digesto, Libro XXV, Título II, Ley 3) como en las legislaciones germánicas. La exoneración por parentesco fue introducida en el ordenamiento jurídico de nuestro país a través de Las Partidas (Ley 4, Título 14, Partida VII), para pasar posteriormente al artículo 756 del CP de 1822, al artículo 468 del CP de 1848³⁴ y, finalmente, al CP de 1973 a cuyo análisis nos detendremos a continuación.

Resulta evidente que la excusa absolutoria por parentesco no fue introducida en nuestro Derecho penal de la mano de nuestro actual CP. Por el contrario, como apunte, se trata de una figura jurídica que ya había sido reconocida y garantizada por el legislador en anteriores cuerpos legales. Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos detenernos a analizar la regulación legal contenida en el artículo 564 del CP de 1973³⁵, la cual aparecía redactada de la siguiente forma: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren:

- 1.º Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea.
- 2.º El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.
- 3.º Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito”. De esta redacción puede apreciarse que la excusa absolutoria aparecía recogida para un número muy determinado de delitos patrimoniales (robo, hurto, defraudaciones, apropiación indebida o daños), los cuales no podían cometerse ni con violencia ni con intimidación para poder beneficiarse de esta exención de la punibilidad. Por tanto, en el antiguo CP el legislador optó por una fórmula concreta al establecer un *numerus clausus*

³³ Aranzadi, 2937

³⁴ RIVES SEVA, AP. *El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed, Vlex, Madrid, 2013, p,227.

³⁵ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

de delitos, frente a la redacción más genérica que contempla el actual artículo 268 CP. Por el contrario, la regulación del CP 1973 carecía de ciertas menciones que actualmente si aparecen recogidas. Un ejemplo de ello es el silencio que guardaba respecto a las situaciones de separación de hecho, legal o nulidad. Al hacer mención únicamente al término “cónyuges” podía aparecer la duda de cuál era la solución dada en los casos que acabamos de señalar. De lo que si hablaba era de la situación de la viuda con respecto a los bienes del difunto, que ha desaparecido en la regulación actual, optando por una redacción más moderna. Asimismo, se establecía la obligación de que tanto los hermanos como los cuñados convivieran con la víctima del delito para poder encuadrarse dentro del ámbito de aplicación del precepto. Por el contrario, la redacción con la que actualmente cuenta nuestro ordenamiento jurídico se deshace de términos como viuda y cuñado, optando por una enunciación mucho más jurídica y neutra.

Desde la promulgación de nuestro CP actual el artículo 268 ha sufrido una única, pero importante modificación en el año 2015. En el siguiente cuadro podremos analizar los cambios existentes entre la redacción original del artículo 268 y la actual:

REDACCIÓN ORIGINAL ART. 268 CP	REDACCIÓN ACTUAL ART. 268 CP
<p>1. <i>Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.</i></p> <p>2. <i>Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.</i></p>	<p>1. <i>Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, <u>o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.</u></i></p>

	<p><i>2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.</i></p>
--	---

Cuadro de elaboración propia

Tal y como puede apreciarse la regulación legal de esta excusa absolutoria se ha mantenido prácticamente intacta desde la promulgación del CP, solo viéndose modificada en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo con el fin de introducir una excepción a esta exención de responsabilidad criminal en lo relativo a aquellas conductas que se hayan realizado abusando de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de su edad o por la discapacidad sufrida por la víctima. Entiende el legislador que aprovecharse de estas circunstancias merece reproche penal y que, por tanto, los delitos patrimoniales cometidos no pueden verse exentos de responsabilidad criminal al sobrepasar el fundamento y la finalidad de esta excusa, la cual, tal y como analizaremos con detenimiento en siguientes páginas, no es otra que la del respeto al ámbito familiar (STS nº 91/2005, de 11 de abril).³⁶

En la propuesta de reforma del artículo 268 CP presentada por el Comité español de representantes de personas con discapacidad se destacaba que la redacción anterior del mencionado precepto recogía una doctrina que no tenía en cuenta todos los supuestos, como aquellos en los que se abusa de una persona con discapacidad de especial protección. Por eso se afirmaba la necesidad de proceder a su modificación y, de esta forma, dar cabida a todas aquellas situación en la que actuación típica, antijurídica y culpable de un familiar, aun tan directo como los enumerados en el precepto, se efectúa aprovechándose de la situación en las que se encuentran las personas con discapacidad especialmente vulnerables por el tipo o intensidad de los apoyos que precisan. Afirmaba la propuesta de reforma que solo de esta forma el Derecho penal daría la protección necesaria a esas situaciones, frecuentes en la práctica, en las que se produce un expolio del patrimonio de una víctima vulnerable por conductas ilícitas de su entorno familiar³⁷.

³⁶ ECLI: ES: TS: 2005: 2158

³⁷ COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD. “Propuesta de modificación del artículo 268 del Código Penal, Excusa absolutoria en los delitos patrimoniales entre

Asimismo, las opiniones a favor de la modificación señalaban que la redacción original del artículo 268 CP podía entrar en contradicción con lo reconocido en el artículo 12.5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, el cual impone a todos los Estados signatarios (entre los que se incluye España) la obligación de que: "Tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria". Quienes apoyaban la reforma entendían que para que nuestra legislación penal respetara el precepto que acabamos de enunciar era necesario que las personas con discapacidad recibieran una protección reforzada, siendo imprescindible la represión penal de las conductas de familiares, que a pesar ser los principales obligados a proteger los intereses económicos de los discapacitados, abusan de su posición de superioridad para expoliar su patrimonio³⁸.

Es por ello por lo que en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 el legislador establece la necesidad de que las personas con discapacidad sean objeto de una protección penal reforzada en atención a su especial vulnerabilidad, para lo que fue necesario adecuar las normas del CP que servían a este fin a la ya mencionada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Fruto de esta adaptación surgió la reforma sufrida por el artículo 268 CP.

En cuanto a la regulación podría surgir la duda de si la discapacidad de la víctima debe ser mental o física. En opinión de la doctrina, debe aceptarse cualquier tipo de discapacidad reconocible, esto es, para alegar que no concurren las circunstancias establecidas en el artículo 268 CP es preciso que la discapacidad alegada pueda ser calificada administrativamente como tal. Tanto si nos encontramos ante una discapacidad psíquica como física, ello habrá sido aprovechado por el pariente para cometer el delito patrimonial lo cual merece una especial reprochabilidad y, por lo

parientes, cuando la víctima es una persona con discapacidad de especial protección", [última visita, 17 de octubre de 2021]

https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/novedades/Reforma_C_digo_Penal_art_culo_268.doc

³⁸ *Ibidem*, p. 5.

tanto, el hecho será castigado penalmente sin resultar de aplicación la excusa absolutoria³⁹.

2. Fundamento

Si bien ya hemos analizado el fundamento y base de las excusas absolutorias desde un punto de vista genérico, entendemos apropiado abordar ahora el estudio del fundamento de la excusa absolutoria por parentesco. Son muchos los argumentos que se han venido esgrimiendo para defender la existencia de la exclusión de punibilidad contenida en el artículo 268 CP. No obstante, a pesar del elevado número de teorías o fundamentaciones resulta evidente que todas ellas han girado en torno al concepto de familia.

Así pues, los argumentos más tradicionales basan la exención de responsabilidad en la existencia de una confusión de patrimonios. Para comprender esta argumentación es preciso tener en cuenta el modelo familiar imperante en nuestra sociedad a comienzos del siglo XX, donde el núcleo de parientes convivía en un mismo lugar y se producía una especie de copropiedad en la que era muy difícil determinar en quién recaía la propiedad de una determinada cosa. En una situación como aquella no resulta difícil entender que la irrupción del Derecho penal para resolver las controversias patrimoniales pudiera traer más consecuencias negativas que soluciones⁴⁰.

Otros, por el contrario, han afirmado que la exclusión de criminalidad de este tipo de conductas en el seno familiar responde al hecho de que la familia se configura como una instancia informal de control social que dispone de sus propios mecanismos de detección y sanción. Desde esta perspectiva, y en pleno respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, la aplicación de la maquinaria coactiva del Estado solo tendría como resultado un empeoramiento de las relaciones familiares⁴¹.

Tomando como base lo dicho hasta ahora, podemos afirmar que la *ratio esendi* de la figura jurídica contenida en el artículo 268 CP radica en la comunidad patrimonial

³⁹ MAGRO SERVET, V. “La punibilidad entre parientes, ¿En qué supuestos se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 CP?”, *Diario La Ley*, N° 9296, *Sección Doctrina*, 12 de Noviembre de 2018.

⁴⁰ OLZA SANZ, I. “La excusa absolutoria en el artículo 268 del Código Penal”, Universidad de Pamplona, 2014, p.24.

⁴¹ GARCÍA PEREZ, O. *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed, Aranzadi 1997, Cizur Menor, Navarra, 1997, pp, 117 y ss.

familiar o en el deseo del legislador de no afectar negativamente los vínculos parentales más directos con la aplicación del *ius puniendi* del Estado⁴².

En un sentido muy similar se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TS, pudiendo destacarse su Sentencia nº 334/2003, de 5 de marzo⁴³ en la que nuestro Alto Tribunal afirmó que: “la razón de ser de la excusa absolutoria [...] se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el artículo 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad” (FD. 1º).

Por lo tanto, el fundamento de la excusa absolutoria por parentesco descansa en el deseo del legislador de respetar el ámbito familiar considerando más adecuado que las controversias de carácter patrimonial se diriman por el derecho privado y no por el derecho penal⁴⁴, sin perjuicio de que la existencia de violencia, intimidación o abuso de una posición de poder sobre una persona vulnerable por razón de su edad o de su discapacidad excluyan la aplicación de esta exención.

3. Elementos de la excusa absolutoria

Para ahondar en el estudio de la excusa absolutoria por parentesco debemos examinar sus principales elementos y requisitos. Para ello analizaremos el artículo 268 CP y nos haremos eco de los pronunciamientos judiciales más destacados.

3.1 Existencia de una determinada relación de parentesco o matrimonio

Tal y como ya hemos señalado en páginas anteriores, gracias a la excusa absolutoria por parentesco quedan exentos de responsabilidad penal y únicamente sujetos a la civil, una serie de personas que pueden encuadrarse dentro de un amplio concepto de familia. La

⁴² RIVES SEVA, AP. “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Op. cit.* p.231.

⁴³ ECLI: ES: TS: 2003: 1489

⁴⁴ RIVES SEVA, AP. “El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Op. cit.* p. 232.

primera situación a la que se refiere el artículo 268 CP es a la de los cónyuges, los cuales solo se verán amparados en esta exención cuando no se encuentren separados legalmente ni de hecho.

Esta situación última se justifica en que, aunque aún existe vínculo jurídico entre los contrayentes, ha cesado la convivencia conyugal y ha desaparecido, por tanto, la afectación marital o *affectio maritalis*⁴⁵. Se trata, sin duda alguna, de una de las más importantes modificaciones que trajo consigo el actual CP de 1995, pues la norma penal de 1973 guardaba silencio al respecto y, por tanto, permitía aplicar esta excusa absolutoria aun cuando mediara una separación legal o de hecho.

En cuanto a la situación de las parejas de hecho dentro del ámbito de aplicación de la excusa absolutoria por parentesco. Resulta llamativa la ausencia de cualquier referencia a las situaciones de convivencia efectiva sin existencia de vínculo matrimonial. En efecto, las parejas de hecho no son incluidas de forma expresa en el artículo 268, lo cual puede resultar desconcertante pues no se trata de un concepto desconocido para nuestro CP puesto que en varios de sus preceptos se hace mención a ellas. Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en el artículo 153 CP relativo al delito de violencia habitual en el que se condena a quien cause un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. Si al CP no le resulta extraño el concepto de pareja de hecho cabría preguntarse el sentido de su silencio en el artículo 268 CP, lo cual podría considerarse una laguna a subsanar en próximas reformas.

El silencio del legislador ha llevado a que sea de nuevo la jurisprudencia la que resuelva esta cuestión. La respuesta a este interrogante lo encontramos de la mano del Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005, en la que nuestro Alto Tribunal determina que: “*A los efectos del artículo 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial*”, remitiéndose a la STS 91/2005⁴⁶, de 11 de abril para su desarrollo jurisprudencial. La citada sentencia parte de tres premisas para resolver la cuestión (FD. 4º):

⁴⁵ A este respecto nos remitimos a la STS 121/2014, de 19 de febrero (ECLI: ES: TS: 2014: 602) en la que nuestro Alto Tribunal defendió la no aplicación de esta excusa absolutoria en los supuestos de separación de hecho alegando que, en estos casos, no existe ámbito familiar que proteger.

⁴⁶ ECLI: ES: TS: 2005: 2158

- En primer lugar, el TS afirma que el Código penal no contiene definiciones generales acerca de la familia, utilizando ese término y los grados de parentesco de forma diversa a lo largo de su articulado.
- En segundo lugar, se hace eco del aforismo *odiosa sunt restringenda favorabilia sunt amplianda*, en virtud del cual la interpretación legal es distinta en cuanto beneficia al acusado que en aquello que lo perjudica, que conduce a una interpretación extensiva y favorable de aquellos elementos beneficiosos para el acusado.
- Finalmente, es preciso tener en cuenta la evolución sufrida en la realidad social, la cual ha modificado tanto el concepto de familia como sus fundamentos.

Teniendo en cuenta las premisas señaladas en la STS se comprende la decisión de incluir a las parejas de hecho dentro del ámbito de aplicación del citado precepto. Si el fundamento de la excusa absolutoria es proteger el ámbito familiar una interpretación extensiva y favorable al reo del artículo 268 justifica que las parejas de hecho, una modalidad de familia que cada vez está más presente en nuestra sociedad, se encuadre dentro de esta figura jurídica.

Los cónyuges no son la única relación familiar que puede verse beneficiada de esta excusa absolutoria. En efecto, el artículo 268 hace mención de otros vínculos de parentesco, pudiendo destacarse bien a los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción. Esto no ha presentado grandes problemas en su aplicación práctica, por lo que baste con decir que, por lo que respecta a los hermanos, la exención de responsabilidad criminal alcanza tanto a los de doble vínculo como a los de vínculo sencillo. Así lo dispuso la STS nº 42/2006, de 27 de enero⁴⁷, argumentando que “ni el Código Penal ni el civil cuando habla de hermanos distingue a los consanguíneos o uterinos de los de doble vínculo”. Asimismo, continuando con los hermanos, el Acuerdo no jurisdiccional del TS de 15 de diciembre de 2000, afirmó que tampoco se exige entre ellos la existencia de una convivencia efectiva. En definitiva, para poder aplicar esta excusa absolutoria con respecto a ascendientes, descendientes y hermanos no es preciso

⁴⁷ ECLI: ES: TS: 2006: 400

que exista ni convivencia ni relación de afectividad, circunstancias que si se exigen a los cónyuges y a los afines de primer grado (suegros, yernos, etc.).

Finalmente podríamos analizar el supuesto de una pareja en la que cada miembro tiene hijos de relaciones anteriores y deciden comenzar una convivencia efectiva. Cabría preguntarse si la excusa absolutoria de parentesco comprende entre sí a los hijos no comunes de la pareja. En el caso de que ésta finalmente contraiga matrimonio entendemos que aplicar la excusa absolutoria no debería presentar problema alguno, pues al igual que el ordenamiento no hace distinción entre hermanos adoptivos o consanguíneos, tampoco debería ofrecer un trato diferenciado en este caso. Si, por el contrario, la pareja no decide contraer matrimonio, lejos de haber encontrado una respuesta al respecto, pero basándonos en lo ya dicho por el Tribunal Supremo en cuanto al fundamento de esta institución jurídica, entendemos que la posibilidad de aplicar la excusa del artículo 268 CP depende de si se han establecido los lazos de cercanía y familiaridad que se presume de las relaciones de parentesco entre hermanos. No obstante, dado el silencio del legislador y de la doctrina, habría de estarse a cada caso en concreto.

3.2 Exigencia de convivencia

Entre las diversas dudas que ha planteado la vigente redacción del precepto, podríamos detenernos en analizar, en segundo lugar, si ésta exige – al igual que en el CP de 1973 – la convivencia entre hermanos para beneficiarse de la exención de responsabilidad criminal. La respuesta a esta pregunta la encontramos en la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal, pudiendo destacarse en su sentencia, nº 1801/2000, de 20 de diciembre⁴⁸ en la que la Sala Segunda estableció lo siguiente: “Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que si se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros. Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria” (FD. Único).

⁴⁸ EDJ 2000/52788

Así pues, la exigencia de una efectiva convivencia solo se aplica a los cónyuges y a los afines de primer grado. En cuanto a los primeros este requisito no resulta extraño toda vez que el deber de convivir aparece reflejado en el artículo 68 CC cuando enuncia las obligaciones de los cónyuges: “están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”. En cuanto a los afines de primer grado ha de tenerse en cuenta que se trata de una serie de personas que, en la práctica no suelen integrar el núcleo familiar de una persona salvo que medie convivencia efectiva entre ellos. Lo dicho hasta ahora viene a significar que aquellas personas que integran el núcleo familiar originario de una persona, esto es, padres, abuelos, hermanos, se pueden ver aparados por esta excusa absoluta sin necesidad de cumplir con ninguna otra condición. La ausencia de estos requisitos da lugar a que sea suficiente la condición objetiva de pariente para la aplicación de la excusa, interpretación que es asumida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial que en las escasas ocasiones que han tenido para pronunciarse sobre el tema, lo ha hecho con unanimidad entendiendo que la convivencia es un requisito solo exigible a los afines⁴⁹.

3.3 Comisión de un delito patrimonial con ausencia de violencia, intimidación o abuso de superioridad sobre la víctima

La excusa absoluta por parentesco no alcanza a cualquier tipo de delito sino que, en realidad, solo resulta aplicable cuando el delito que se ha cometido tenga carácter patrimonial. De lo dicho en el artículo 268 CP podemos entender que se aplica a los capítulos anteriores del Título XIII, esto es, hurtos, hurto de uso de vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas cuando se defraude a un familiar, insolvencias punibles, daños, alzamiento de bienes. Por el

⁴⁹ En este sentido podemos hacer mención de la STS nº de 26 de junio de 2000 (RJ 2000/5794) en la cual nuestro Alto Tribunal afirmó que: “la excusa absoluta que analizamos ha ido sufriendo un progresivo proceso de restricción de la exigencia de la convivencia para su apreciación que culminó en la redacción actual alcanzada. Con esta perspectiva debe procederse a la lectura del vigente precepto, cuya mera lectura del nuevo artículo pone de manifiesto la separación que con el empleo de conjunciones copulativas se establece entre un primer grupo de sujetos exentos (los cónyuges) con sus propias condiciones para la aplicación de la exención, y otro segundo para los que no se introducen condiciones para la aplicación de la exención (los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción), a las que sigue un tercer grupo (los afines en primer grado) introducido sistemáticamente no mediante una conjunción, si no con la expresión “así como” procedida a su vez de una coma, lo que denota la patente finalidad de separar ese nuevo grupo de sujetos al efecto de referir exclusivamente a ellos la expresión cuyo alcance se discute, de suerte que se puede afirmar que la condición “ si viven juntos” solo es exigible a esos fines”.

contrario, no resulta aplicable a la extorsión ni usurpación cuando se emplee violencia o intimidación, a la alteración de precios en consumo o a las subastas públicas dado que la naturaleza del delito es totalmente diferente a la de la excusa absolutoria, no coincidiendo sus presupuestos. Lo mismo se predica del delito de daños en instalaciones militares, de los concursos fraudulentos o de la presentación de balance falso en un concurso⁵⁰.

Tal y como señalábamos anteriormente la actual redacción del CP ha optado por una enunciación abierta a diferencia de lo establecido en el CP 1973 donde el legislador había realizado una lista exhaustiva de los delitos a los que se podía aplicar. Si bien es cierto que el establecimiento de una lista abierta permite una mayor flexibilidad, lo cierto es que también ha traído consigo ciertas dudas interpretativas, sobre todo en lo relativo a los delitos societarios y a los delitos conexos de contenido último económico. A este respecto la jurisprudencia se ha mostrado de acuerdo con una interpretación analógica *in bonam partem*, permitiendo extender la exención de responsabilidad criminal a estos supuestos⁵¹. Ejemplo de ello lo encontramos en la STS nº 42/2006, de 27 de enero anteriormente citada: “Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación *in bonam partem* debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 C.P” (FD.10º). Parte de la doctrina se ha mostrado conforme con la opinión del TS y ha afirmado que la interpretación de la norma penal actúa de forma diferente cuando con ella se beneficia al acusado a cuando se le perjudica en virtud del aforismo *odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*. Este principio tiene su plasmación en nuestro ordenamiento jurídico penal al prohibir la analogía *in malam partem* como en una interpretación extensiva y favorable en lo que pueda beneficiar al reo⁵².

⁵⁰ LORENZO REGO, I. *El concepto de familia en Derecho español, un estudio interdisciplinar*, Ed, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014, p.175.

⁵¹ PÉREZ ARIAS, J. “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Vol, 21, diciembre 2019, Almería, p.32.

⁵² RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Ed, La Ley, Madrid, 2007, pp, 668-669

Finalmente, el último requisito exigido por el artículo 268 CP es el relativo a la ausencia de violencia, intimidación o abuso de superioridad sobre una persona especialmente vulnerable por razón de su edad o discapacidad. El motivo de esta exigencia tiene su razón de ser en el fundamento mismo de la excusa absolutoria. Tal y como ya hemos señalado anteriormente, la justificación de la exención de responsabilidad criminal entre parientes tiene como uno de sus pilares básicos el principio de intervención mínima del derecho penal en virtud del cual el ejercicio de *ius puniendi* estatal solo debe ponerse en marcha en aquellas situaciones que merezcan un reproche especial y cuando las normas penales puedan ofrecer la mejor solución al conflicto. Si bien es cierto que está ampliamente aceptado que los delitos patrimoniales entre familiares deben verse excluidos del ámbito penal, cuando el comportamiento incluya cualquier clase de violencia o intimidación la acción rebasa de manera evidente el fundamento de la excusa absolutoria, debiendo intervenir el aparato penal para dar una respuesta eficaz a ello. Lo mismo sucede cuando la víctima es especialmente vulnerable ya sea por su edad o por su discapacidad. En estos casos, el hecho de que un familiar – de quien se desprende una obligación ya sea legal o moral de proteger a la persona vulnerable – se aproveche de ello para beneficiarse económicamente es especialmente reprochable por lo que no ofrece ninguna duda el deber de imponer la correspondiente pena.

V. CONCLUSIONES

Una vez analizado y estudiado el tema propuesto en el presente trabajo entendemos necesario concluirlo haciendo referencia a las siguientes conclusiones:

PRIMERA- Dentro de la teoría del delito la punibilidad se configura como una sede autónoma y con un contenido totalmente independiente al resto de requisitos necesarios para que un comportamiento pueda ser sancionado penalmente. Es en esta última sede - la cual solo entramos a analizar cuando en un acto concurren las notas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad – donde tienen su encuadre las excusas absolutorias.

SEGUNDA- Mucho se ha discutido sobre el fundamento de las excusas absolutorias, existiendo opiniones dispares sobre el motivo de su existencia. No obstante, entendemos que su base más sólida se encuentra en el respeto al principio de intervención mínima del Derecho penal, en virtud del cual la actuación penal del Estado solo debe operar en aquellas situaciones donde la gravedad de lo acontecido lo merezca, dejando en manos del derecho privado la resolución del resto de conflictos. Ello, junto con el deseo del

legislador de proteger la paz del entorno familiar, constituyen los dos pilares básicos por los que se ha defendido la necesidad de esta clase de exenciones de responsabilidad criminal.

TERCERA-. Dentro de las diferentes excusas absolutorias merece especial atención la contenida en el artículo 268 CP, en virtud de la cual se eximen de responsabilidad criminal (pero no civil) a determinadas personas por los delitos patrimoniales cometidos sin violencia, intimidación o abuso de superioridad sobre la víctima en el seno de las relaciones familiares. Se trata de una excusa con una amplia tradición histórica cuyas raíces podemos encontrar ya en el Derecho romano. Dentro de nuestro país el actual CP no es el primero en regular esta figura jurídica, ya habiendo sido recogido en otros como, por ejemplo, en la norma penal de 1973.

CUARTA-. Lo dicho anteriormente es uno de los principales aspectos positivos que presenta esta figura jurídica. A través de la excusa absolutoria por parentesco el ordenamiento jurídico se asegura de solo actuar en aquellas situaciones donde las circunstancias especialmente reprochables merecen la intervención del Derecho penal. Eso no significa que los delitos patrimoniales entre parientes se encuentren siempre fuera del ámbito de actuación del ius puniendi estatal, pues la excusa absolutoria no opera cuando haya mediado violencia, intimidación o cuando la víctima sufra una discapacidad. Es decir, con la excusa del parentesco el Estado no deja en ningún caso desprotegida a la víctima, pudiendo ejercitar la acción penal cuando se den estas circunstancias.

QUINTA-. Si bien es cierto que las reformas que han ido introduciéndose en la excusa absolutoria por parentesco desde la regulación del CP de 1973 han sido acertadas y han conseguido evolucionar esta figura jurídica por medio de la eliminación de conceptos desfasados tales como “viuda” o la introducción de la separación legal o de hecho como motivo de exclusión de su aplicación, lo cierto es que la redacción actual del artículo 268 CP presenta ciertos fallos. En efecto, entendemos que el silencio guardado con respecto a las parejas de hecho o la presunción de afectividad con respecto a ciertos familiares tales como los ascendientes o los hermanos sin posibilidad de prueba en contrario pertenecen a una visión antigua de relación familiar que nada tiene que ver con el concepto actual de familia. En nuestra opinión resulta difícilmente justificable el hecho de dejar sin protección penal a las víctimas de graves delitos patrimoniales por el simple hecho de la relación de parentesco que les une con el autor del delito cuando en realidad no les une ninguna relación de afectividad como puede suceder en el caso de

hermanos o de padres y abuelos. Consideramos que éste es un aspecto que mejorar en futuras reformas por medio de la introducción de requisitos adicionales tales como una afectividad real para estos parientes. Hemos de tener en cuenta que si la existencia de esta excusa absolutoria se fundamenta en la necesidad de política criminal de que determinados conflictos patrimoniales sean resueltos en el núcleo familiar, es lógico que el legislador exija, si no ya unas relaciones de afectividad en el seno del grupo familiar, al menos la existencia de una convivencia entre los parientes. Si no existen ninguna de ambas cosas no hay familia que proteger y, por lo tanto, la excusa absolutoria carece de sentido.

SEXTA- Por el contrario, valoramos positivamente la reforma del precepto operada en 2015 gracias a la cual se protegió debidamente a las víctimas especialmente vulnerables por razón de la edad o de discapacidad. De esta forma el legislador ha conseguido armonizar la regulación de esta excusa absolutoria con las exigencias que se derivan de los diversos instrumentos internacionales de los que España forma parte como, por ejemplo, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El deber familiar, ya sea legal o moral, consiste en proteger a los parientes que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad por lo que un abuso de esta superioridad en el seno del núcleo de la familia no debe ser, en ningún caso, objeto de exención criminal sino de punición por su especial reprochabilidad.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARRADO CASTILLO, R. “Teoría del delito, evolución y elementos integrantes”, *Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 2018.
- BLANCO LOZANO, C. *Tratado de Derecho Penal Español, Tomo I, – Vol. 2*, J.M. Bosch Editor, Sevilla, 2005.
- CEREZO MIR, J. *Curso de Derecho Penal español, volumen II*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- CEREZO MIR, J. “Derecho Penal y derechos humanos, experiencia española y europea”, *Actualidad Penal*, nº14, 1993.
- COLLAZOS SOTO, M. “Derecho Penal I, Capítulo 19, Causas de justificación”, disponible en www.marisolcollazos.es, [última visita 24 de octubre de 2021].
- COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Propuesta de modificación del artículo 268 del Código Penal, Excusa absoluta en los delitos patrimoniales entre parientes, cuando la víctima es una persona con discapacidad de especial protección”, disponible en www.cermi.es, [última visita, 17 de octubre de 2021].
- DÍEZ RIPOLLÉS, JL. “La categoría de la punibilidad en el derecho penal español”, *Cuadernos de Derecho Penal*, julio - diciembre 2017.
- GARCÍA PEREZ, O. *La punibilidad en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, 1997, Cizur Menor, Navarra,
- GERAS MONTILLA, F. “Concepto, finalidades y análisis sistemático de las situaciones contempladas como excusas absolutorias en el Código Penal de 1995 desde una perspectiva eminentemente práctica con especial atención a las previsiones del artículo 268 del Código Penal por su mayor alcance y relevancia”, disponible en <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15433-las-excusas-absolutorias-en-el-codigo-penal/> [última visita 24 de octubre de 2021].
- HAVA, E. “Derecho Penal I”, *Publicaciones de la Universidad de Sevilla*, 2020.
- OLZA SANZ, I. “La excusa absoluta en el artículo 268 del Código Penal”, Universidad de Pamplona, 2014.
- LÓPEZ MESA, M. y CESANO, JD. *La antijuridicidad y causas de justificación contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*. Ed. Edisofer, 2010.

- LORENZO REGO, I. *El concepto de familia en Derecho español, un estudio interdisciplinar*, Ed, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2014.
- LUZÓN CUESTA, JM. *Compendio de Derecho Pena, Parte general*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- MACHICADO, J. “El concepto de delito”, *Revista Apuntes Jurídicos*, 2010.
- MAGRO SERVET, V. “La punibilidad entre parientes: ¿En qué supuestos se aplica la excusa absolutoria del artículo 268 CP?” *Diario La Ley*, Nº 9296, Sección Doctrina, 12 de Noviembre de 2018.
- MANJÓN – CABEZA OLMEDA, A. *Las excusas absolutorias en Derecho español*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., MARTÍN LORENZO M., y VALLE MARISCALDE GANTE, M. *Derecho Penal, parte general*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2020.
- MIR PUIG, S. “Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal”, *Revista publicaciones Universidad de Barcelona*, 1998.
- MUÑOZ CONDE, F, GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Pena, Parte General*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- PEDREIRA GONZALEZ, F. “Esquemas de Derecho penal, Parte General (Concepto, principios y teoría jurídica del delito)”, *Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 2021.
- PÉREZ ARIAS, J. “La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes”, *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 21, diciembre 2019.
- POLITOFF LIFSCHITZ, S., MATUS ACUÑA JP y RAMIREZ MC. *Lecciones de Derecho Pena, Parte General*, Ed, Jurídica de las Américas, 2010.
- RIVES SEVA, AP. *El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Ed. Vlex, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias*, Ed. La Ley. Madrid, 2007.

- ZÁRATE CONDE A., GONZÁLEZ CAMPO, E. *Derecho Penal, Parte general*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2017.

VII. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS nº 121/2014, de 19 de febrero.
- STS nº 42/2006, de 27 de enero.
- STS nº 1161/2000, de 26 de Junio de 2000.
- STS nº 91/2005, de 11 de abril.
- STS nº 334/2003, de 5 de marzo.
- STS nº 1801/2000, de 20 de diciembre.
- STS de 26 de diciembre de 1986.
- STS de 30 de junio de 1981.
- Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005.
- Acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2000.