

UAH

**EL PARENTESCO COMO CAUSA DE  
EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD: ANÁLISIS  
DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL**

**KINSHIP AS A CAUSE FOR EXCLUSION FROM  
CRIMINAL PENALTY: ANALYSIS OF THE ARTICLE  
268 OF THE CRIMINAL LAW**

**Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado**

Presentado por:

D.<sup>a</sup> Inés Gómez Marcos

Dirigido por:

Prof. Dra. D.<sup>a</sup> Carmen Pérez-Sauquillo Muñoz

Prof. Dra. D.<sup>a</sup> Raquel Roso Cañadillas

Alcalá de Henares, a 26 de abril de 2021

# ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ABREVIATURAS .....	1
INTRODUCCIÓN .....	2
OBJETIVOS.....	3
METODOLOGÍA .....	4
1.- TEORÍA GENERAL DEL DELITO .....	5
2.- LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO.....	9
<b>2.i.- Condiciones objetivas de punibilidad.....</b>	<b>11</b>
<b>2.ii.- Causas personales de supresión de la punibilidad .....</b>	<b>13</b>
<b>2.iii.- Causas personales de exclusión de la punibilidad.....</b>	<b>15</b>
3.- EL PARENTESCO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD .....	20
<b>3.i.- Ámbito social: evolución histórica .....</b>	<b>20</b>
<b>3.ii.- Artículo 268 del Código Penal: la condición del parentesco en los delitos económicos o patrimoniales .....</b>	<b>25</b>
<b>3.iii.- Relación entre los artículos 23 y 268 del Código Penal .....</b>	<b>41</b>
<b>3.iv.- Análisis jurisprudencial.....</b>	<b>44</b>
<b>3.v.- Consideraciones personales.....</b>	<b>47</b>
CONCLUSIONES .....	50
BIBLIOGRAFÍA.....	52

## **RESUMEN**

El parentesco es una circunstancia que tiene una tradición histórica muy importante en nuestro Ordenamiento Jurídico. Su regulación ha estado presente desde el s. XIX en nuestro Código Penal, y a día de hoy la podemos encontrar en varios preceptos del mismo.

Este Trabajo de Fin de Máster va a centrar su estudio en la circunstancia de parentesco como causa de exclusión de la punibilidad, regulada en el artículo 268 del Código Penal, y analizará, no solo sus antecedentes históricos y legales, sino también el contexto legal en el que se desenvuelve en la actualidad, así como las diferentes corrientes jurisprudenciales.

Asimismo, se pretende reflejar la influencia que tiene desde una perspectiva social, poniendo de relieve la necesidad de una reforma o una distinta apreciación de la existencia de una relación de parentesco en el contexto de un delito patrimonial, debido a la gran evolución que se ha producido en la institución de la familia en los últimos tiempos. Evolución que ha venido dada, en primer lugar, por una demanda social de reconocimiento de nuevas situaciones familiares, que podían tener influencia en el plano jurídico, y en segundo lugar, por la respuesta del Ordenamiento al regularlas, como por ejemplo las parejas de hecho, o los matrimonios homosexuales.

## **ABREVIATURAS**

**InDret** – Revista para el análisis del Derecho

**LLP** – La Ley Penal

**RDPCrim** – Revista de Derecho Penal y Criminología

**RGDP** – Revista General de Derecho Penal

**RIDJ** – Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia

## INTRODUCCIÓN

Desde la mas tierna infancia, la familia es el pilar fundamental de la vida de cualquier individuo: es el primer contacto con la sociedad, las primeras relaciones que se forjan y, sobre todo, las primeras experiencias vitales. Por ello, se forma un aura de confianza y afectividad única, el “volver a casa” siempre es sinónimo de protección y seguridad; o, al menos, esa es la creencia general.

Una institución de tal importancia no podía pasar desapercibida para el Derecho, por lo que, al igual que con todos los aspectos de la sociedad, ha sido regulada y tipificada en todos los campos que se ha considerado necesario; y uno de ellos, es el ámbito penal.

Aunque pueda parecer increíble e inimaginable, la seguridad de un hogar puede no ser más que una mera ilusión. Cada vez con más frecuencia, llegan a nuestros oídos noticias de delitos que se cometen en el seno familiar; delitos de toda índole, no solo aquellos de naturaleza mas grave, como puede ser un homicidio, sino también aquellos de índole económica, que aunque no atenten contra la vida e integridad de las personas, lo hacen contra su patrimonio, y ello también comporta una lesión de un bien jurídico protegido por el Ordenamiento Jurídico.

Cuando se comete un delito dentro de una familia, la sensación de desprotección e inseguridad es mayor, ya que se trata de personas con las que se comparte, o mas bien se compartía, una relación muy fuerte de afectividad y confianza. El Ordenamiento ha dado respuesta a esta desprotección, y ha regulado las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de la existencia de una relación de parentesco entre el autor de un delito y la víctima del mismo. Sin embargo, no la aprecia de la misma forma en todos los delitos.

Así, nos encontramos que el parentesco se puede llegar a apreciar como circunstancia agravante, atenuante o eximente de la responsabilidad penal, en atención a la naturaleza del delito que se comete.

Este Trabajo de Fin de Máster se va a centrar en la apreciación del parentesco como causa eximente de responsabilidad penal, en los delitos de carácter patrimonial, regulada en el artículo 268 del Código Penal. Para el correcto estudio y análisis de este precepto, convendrá llevar a cabo una primera aproximación general a la estructura del delito y sus elementos.

Por ello, a modo de introducción, se expondrá la Teoría General del Delito, sus fundamentos y elementos, para a continuación centrarnos en uno de ellos, la punibilidad. Dentro de la misma,

haremos referencia a las diferentes categorías que puede comportar, siendo estas: las condiciones objetivas de punibilidad, las causas personales de supresión de la punibilidad, y las causas personales de exclusión de la punibilidad; en esta última categoría es donde tiene cabida el parentesco, y aquí se daría por finalizado el examen del contexto jurídico en el cual se sitúa esta causa.

Una vez llegados a este punto, se comenzará analizando el ámbito social de la circunstancia de parentesco mediante la explicación de la evolución histórica del mismo, así como del concepto de familia, lo cual es clave para entender la regulación penal de esta circunstancia. A continuación, se estudiará el artículo 268 del Código Penal, su tipo penal, sus elementos, y la intención del legislador con esta figura.

En esta misma línea, se realizará un análisis comparativo de este precepto con el artículo 23 del Código Penal, el cual recoge la circunstancia mixta de parentesco, y se expondrá el porqué de la apreciación del parentesco como circunstancia agravante, atenuante o eximente. Y, después, se realizará un recorrido jurisprudencial de esta causa, analizando diferentes pronunciamientos judiciales.

Por último, el trabajo finalizará con unas breves conclusiones, en las que reflejaré el conocimiento adquirido gracias a la labor de investigación realizada, así como una opinión subjetiva, fundamentada en aquello.

## **OBJETIVOS**

El objetivo principal de este Trabajo de Fin de Máster es analizar el parentesco como causa de exclusión de punibilidad en los delitos patrimoniales, incluida en el artículo 268 del Código Penal. Para llegar a este punto, será necesario, en primer lugar, explicar la Teoría General del Delito y sus elementos, desde un plano general, para introducir la punibilidad como elemento del delito, y con ello, el parentesco como causa de exclusión de la misma.

Sin embargo, antes de proceder al análisis de su tratamiento como circunstancia eximente de la responsabilidad penal, se expondrá la transición a la que se ha visto supeditada a lo largo de la historia, no solo como eximente, sino también como agravante y atenuante de la responsabilidad

penal; así como los diferentes tratamientos que se le han venido dando, dependiendo, casi en su exclusividad, del concepto de familia.

Con este trabajo, se pretende poner de relieve la regulación actual, y anterior, del artículo 268 del Código Penal, su tratamiento por los Tribunales, y, sobre todo, plantear una imperante necesidad social, ya que debido al cambio estructural que se ha producido sobre la institución de la familia, el reconocimiento de nuevos modelos de familia, y su regulación legal, convendría revisar el tratamiento que se le viene dando hoy en día a las relaciones de parentesco, en el ámbito patrimonial.

## **METODOLOGÍA**

Para la elaboración de este trabajo de investigación, nos hemos valido de diferentes medios y fuentes a la hora de buscar la información requerida para su redacción.

En primer lugar, a fin de conocer e investigar, en términos generales, la Teoría del Delito junto con todos sus elementos, con especial interés en la punibilidad, se ha procedido a la lectura de manuales referentes a la parte general del Derecho Penal.

A continuación, una vez cumplimentada esta parte de la investigación, era necesario analizar el tratamiento de la circunstancia de parentesco (como agravante, atenuante y eximente) en nuestro Ordenamiento Jurídico penal. Por ello, se ha procedido a la búsqueda de numerosos artículos doctrinales, sin dejar de lado la lectura de distintos manuales, a fin de comprobar las opiniones de diferentes autores sobre el tema, tanto actuales como anteriores, para poner de relieve el cambio y la evolución que se han ido produciendo en los últimos años en cuanto a la consideración de esta causa.

Asimismo, se ha llevado a cabo una búsqueda y análisis jurisprudencial, a fin de conocer el tratamiento de este ámbito por parte de nuestros Tribunales, concretamente el Tribunal Supremo, resultando fehaciente la poca variedad de jurisprudencia existente en cuanto a esta causa, debido a lo acotado del artículo 268 del Código Penal, lo cual refleja la posible indefensión jurídica que se está provocando al ciudadano.

## 1.- TEORÍA GENERAL DEL DELITO

El Derecho Penal tiene su razón de ser en nuestro Ordenamiento Jurídico, y es que se trata de aquella rama del Derecho encargada de sancionar aquellas conductas consideradas como las más graves y reprobables desde el punto de vista de la sociedad. Este Derecho trata, por tanto, aquellas conductas que son consideradas como las más nocivas o lesivas para la sociedad, por quien ostenta el poder<sup>1</sup>, por lo que su labor consiste en prohibir dichas conductas, que puedan perjudicar el desarrollo de la sociedad, mediante la imposición de sanciones, o más bien, penas.

Para que esa labor tenga éxito, es preciso determinar quién es el responsable de esa conducta, por medio de la **imputación de responsabilidad**, y este es el fundamento principal de la Teoría General del Delito. La imputación de la responsabilidad consiste en lo siguiente:

- Se determina que alguien ha cometido un hecho;
- Que ese hecho es contrario a lo establecido por el Ordenamiento Jurídico;
- Y, como tal, ese alguien se considera **culpable** de ese hecho.

Como consecuencia de este proceso, el individuo en cuestión debe responder por sus actos, y se le impone la pena que el Ordenamiento Jurídico, previamente, hubiera previsto para ese tipo de conducta<sup>2</sup>.

Para la consecución de este objetivo, y que quien sea culpable de un hecho lesivo para la sociedad responda por éste, y se cumpla el fin último del ordenamiento penal, la **Teoría General del Delito** se encarga de elaborar un **listado** con una serie de **elementos** que resulten **comunes** a todos los **tipos penales**, es decir, elabora el estudio de aquellas características comunes que deben darse en cualquier conducta para que pueda calificarse como delito<sup>3</sup>. Y, de esta manera, garantizar la seguridad jurídica del ciudadano, en el sentido de éste pueda conocer, antes de la comisión del delito, cómo va a calificar y decidir el tribunal; y de favorecer que la respuesta penal que se dé al hecho delictivo sea lo más ajustada posible atendiendo a la gravedad del mismo, y a los factores subjetivos que operen<sup>4</sup>.

El **Derecho Penal** de un Estado social y democrático de Derecho se entiende como un **medio de prevención**, con lo cual, aquellas normas que incluyen las conductas que se consideran

---

<sup>1</sup> Lascuráin Sánchez, Manual de Introducción al Derecho Penal, 2019, p. 28.

<sup>2</sup> Sánchez-Ostiz, Conceptos y fundamentos del Derecho Penal, 2015, p. 63.

<sup>3</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2019, p. 189.

<sup>4</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte general, 3ª edición, 2016, p. 127.

delito deben motivar a los ciudadanos en contra de la comisión de las mismas. Sin embargo, aunque el ordenamiento jurídico deba proveer los métodos adecuados para la prevención de la comisión de delitos, también ha de poner **límites a esa potestad punitiva**, y es que el ciudadano no puede quedar a merced de una intervención arbitraria o excesiva por parte del Estado<sup>5</sup>. Así, esta función de prevención queda condicionada por ciertos límites o principios<sup>6</sup>:

- En primer lugar, el principio de legalidad exige que el delito debe estar tipificado, y que el mismo debe ser consecuencia de la infracción de una norma primaria.
- En segundo lugar, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos impone que el delito debe ser un ataque, no justificado, a un bien jurídico-penal.
- En tercer lugar, el principio de culpabilidad implica que dicho ataque pueda atribuirse de forma objetiva, subjetiva y personal a aquella persona que lo ha perpetrado.
- Y, por último, el hecho cometido debe ser suficientemente grave como para necesitar de una pena que lo sancione.

En este punto, conviene definir qué es lo que se entiende exactamente por el concepto “delito”, pudiendo considerarlo desde varias perspectivas. En primer lugar, encontramos un concepto **legal** de delito en el artículo 10 del Código Penal, el cual establece que “*son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley*”. En relación con este concepto, MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN determinan que, desde un punto de vista **jurídico**, “*delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena*”<sup>7</sup>. Es decir, deriva del principio de legalidad, *nullum crimen sine lege*, por el cual no es posible considerar como delito una conducta que no haya sido contemplada por el legislador como tal.

Si analizamos el concepto contemplado en la ley penal, se puede deducir que, en primer lugar, para poder apreciar la existencia de un delito, se ha tenido que producir un **comportamiento humano relevante en el ámbito penal**<sup>8</sup>, dependiente de la voluntad del individuo que lo haya cometido<sup>9</sup>. Y además, esa conducta, evidentemente, ha de venir **contemplada previamente en la ley**, a fin de salvaguardar el principio de legalidad y sus garantías<sup>10</sup>. Asimismo, este mismo

---

<sup>5</sup> Piva Torres, Teoría del delito y el Estado Social y Democrático de Derecho, 2019, p. 33.

<sup>6</sup> Mir Puig, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2015, p. 148.

<sup>7</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2019, p. 189.

<sup>8</sup> Demetrio Crespo, en Demetrio Crespo (coord.) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. II, 2ª edición, 2015, p. 20

<sup>9</sup> Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte general, 2015, pp. 139-140.

<sup>10</sup> Demetrio Crespo, en Demetrio Crespo (coord.) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. II, 2ª edición, 2015, p. 22.



artículo hace referencia a la necesidad de que sean conductas punibles, de que estén “penadas por la ley”.

En atención a lo establecido por la doctrina, el concepto de delito tiene una doble perspectiva, y es que el delito es un juicio de desvalor que recae, por un lado, sobre la **conducta**, y por otro, sobre su **autor**. En el caso de la conducta, a ese juicio de desvalor se le denomina como ilicitud o antijuricidad, y en el segundo caso, culpabilidad o responsabilidad<sup>11</sup>.

La **ilicitud o antijuricidad** se considera como la desaprobación del hecho realizado, en ella se incluyen no solo la conducta, sino también los medios con los que se ha llevado a cabo, y la relación causal con el resultado; exige que el hecho sea típico y que no se hayan dado causas de justificación. Mientras que la **culpabilidad** o responsabilidad es la atribución del mismo a quien lo ha llevado a cabo, a fin de que responda por ello, e incluye las facultades psíquicas y psicológicas éste, si conocía que la conducta realizada estaba prohibida por la ley, y la posibilidad de que debiera haber actuado de otra manera; el hecho cometido debe ser necesariamente una infracción de la norma primaria que sea imputable a un sujeto que sea culpable.

Ambos elementos se encuentran relacionados entre sí, de tal manera que *“no hay culpabilidad sin antijuricidad, aunque sí hay antijuricidad sin culpabilidad”*<sup>12</sup>. Por norma general, siempre que se da un hecho antijurídico, se produce una reacción por parte del sistema penal. Sin embargo, hay hechos antijurídicos que se realizan por un autor culpable y que, sin embargo, no son delito. El legislador ha decidido sancionar solo aquellas conductas que se consideren como las más graves, por medio de una pena, a lo que se denomina como **tipicidad**. Esto es, la tipicidad es el poder asociar un hecho cometido a la descripción que se hace en la ley penal de ese hecho en concreto. Este elemento deriva del principio de legalidad, rector del Derecho Penal, y que supone la adecuación de un hecho cometido a la descripción que la ley penal hace del mismo<sup>13</sup>, conforme viene establecido por el artículo 1.1 del Código Penal, en virtud del cual *“no será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración”*.

---

<sup>11</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2019, p. 190.

<sup>12</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2019, p. 191.

<sup>13</sup> Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte general, 2015, p. 140.

Por lo tanto, la estructura básica del delito incluiría los siguientes elementos: **acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad**. Sin embargo, algunos autores incluyen un quinto elemento en esta estructura, que sería la **punibilidad**, resultando la definición de **delito**, desde un punto de vista **material**, como aquella **acción típica, antijurídica, culpable y punible**.

La concurrencia de estos elementos nos permite determinar cuándo una conducta humana constituye un hecho delictivo, y, como consecuencia de haber llevado a cabo esa conducta, se le pueda atribuir responsabilidad penal. Todos ellos conforman una estructura de pirámide<sup>14</sup>, o de secuencia<sup>15</sup>, en virtud de lo cual, si en algún momento se aprecia la falta de uno de ellos, ya no podrá considerarse que haya delito.

En primer lugar, debe ocurrir una acción, que se trata de un comportamiento humano que realiza por su propia voluntad. Una vez que se ha cometido una acción, se comienza evaluando la tipicidad de la misma, ya que solo si la conducta está contemplada en la ley penal, podremos llegar a considerarla como delito, esto es, debe encajar en la descripción incluida en el Código Penal. A continuación, se analiza la antijuricidad del hecho, o lo que es lo mismo, se analiza si la conducta realizada es contraria al ordenamiento jurídico. Le sigue la averiguación acerca de si el autor del hecho se puede considerar como culpable o no, si posee las capacidad mínimas como para poder atribuirle la realización del mismo, es decir, se analiza la imputabilidad y la ausencia de causas de inimputabilidad o de exculpación. Por último, la punibilidad comprende la posibilidad de imponer una pena.

---

<sup>14</sup> Zárata Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 139.

<sup>15</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2019, p. 193.

## 2.- LA PUNIBILIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Recordando la definición de delito expresada en el capítulo anterior, se denomina de tal manera aquella acción típica, antijurídica, culpable y, según algunos autores, punible, aunque gran parte de la doctrina no considera que éste último sea un elemento integrante en todo caso del delito. La **punibilidad** es una categoría muy discutida dentro de la doctrina, y consiste en unas condiciones que han de darse para que el hecho cometido pueda castigarse, una vez que se han cumplido el resto de elementos de la definición.

Esta circunstancia obedece a **razones de conveniencia política-criminal**, que son ajenas a la gravedad de la infracción cometida, e incluso, en ocasiones, no tienen nada que ver con la posibilidad de imputar responsabilidad penal a quien haya realizado el hecho delictivo; razones que desaconsejan la imposición de una pena, en determinados casos. Estas razones van a ser múltiples, por ejemplo, la existencia de otras soluciones alternativas a la pena, que sea la víctima quien decida interponer la acción penal, o que se den ciertos hechos después de la comisión del delito que consigan que la pena sea innecesaria.

Según MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>16</sup>, *“la punibilidad es una forma de recoger y elaborar una serie de elementos o presupuestos que el legislador, por razones utilitarias, diversas en cada caso y ajenas a los fines propios del Derecho Penal, puede exigir para fundamentar o excluir la imposición de una pena y que solo tienen en común que no pertenecen ni a la tipicidad, ni a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, y su carácter contingente es decir, sólo se exigen en algunos delitos concretos”*.

**La consideración de la punibilidad como categoría autónoma de la teoría jurídica del delito ha sido ampliamente debatida por la doctrina.** En la actualidad, las opiniones se dividen entre quienes consideran la punibilidad como una categoría autónoma del propio delito, y quienes consideran que simplemente es su consecuencia jurídica normal.

Aquel sector que la considera como una categoría autónoma fundamenta esta opinión en el carácter esencial de la punibilidad como elemento del delito; incluso, según JIMÉNEZ DE ASÚA, considerándola como lo que, en última instancia, caracteriza al delito, que consiste en el hecho de ser punible, que nos encontremos ante un acto merecedor de pena. De hecho, solo puede calificarse como delito aquel comportamiento humano, que venga reflejado como tal en la ley

---

<sup>16</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte General, 10ª edición, 2019, p. 380.

penal, y que lleve aparejada una pena<sup>17</sup>. El autor SILVA SÁNCHEZ<sup>18</sup> también comparte esta opinión acerca de la consideración de la punibilidad como una categoría distinta y autónoma, y defiende un sistema bipartito del Derecho Penal, liderado por dos categorías: la antinormatividad y la sancionabilidad penal; dentro de esta última es donde encontraríamos la subcategoría de la punibilidad.

Dentro de este mismo sector destaca la opinión del autor QUINTANO<sup>19</sup>, quien defiende que el hecho de que existan causas que eximen de pena, sin que ello implique que no se reconozca la efectiva comisión de un delito, no significa que la punibilidad no se haya de considerar como un elemento necesario, ya que también existen causas que excluyen tanto la culpabilidad como la imputabilidad, y su concurrencia no niega que se haya cometido un delito. De tal manera que, si la culpabilidad se considera un elemento esencial para determinar que un hecho ha de ser un delito, y sin embargo existen causas que la pueden llegar a eximir, sin que ello afecte a la existencia de aquél, el mismo argumento podría ser argüido con respecto a la punibilidad.

Sin embargo, por otro lado, la opinión generalizada del segundo sector al que nos hemos referido es que la punibilidad no es otra cosa más que la consecuencia necesaria del propio delito; así, por ejemplo, el autor GRACIA MARTÍN<sup>20</sup> considera que este elemento no altera el hecho delictivo cometido, sino solo su posterior juicio acerca de si procede o no la imposición de una pena, con lo cual no tendría relación con el supuesto de hecho descrito en el Código Penal, sino más bien se trataría de una consecuencia jurídica del delito.

Esta discusión tiene especial relevancia, dado que no se dan muchos casos en los que sea necesario que se dé un requisito específico para la punibilidad del hecho, aparte del injusto y de la culpabilidad. Es decir, si retomamos los elementos del delito, un hecho que sea típico, antijurídico y culpable, ya va a ser merecedor de una pena, y por lo tanto punible.

Los supuestos que se pueden incluir dentro de este aspecto son heterogéneos, en función de si se atribuye al propio hecho cometido o al autor del mismo.

---

<sup>17</sup> Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 299.

<sup>18</sup> Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, 2ª edición, 2010, pp. 656 y ss.

<sup>19</sup> Quintano Ripollés, La punibilidad en el sistema de la Parte General del Derecho Penal español, Estudios Penales y Criminológicos, VI, citado en Zárate Conde, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 299

<sup>20</sup> Gracia Martín, Punibilidad y delito, Colección de Derecho Penal, Madrid, 2007, citado en Zárate Conde, Derecho Penal. Parte General, 2015, pp. 298-299.

En opinión de LUZÓN PEÑA<sup>21</sup>, no es posible clasificar la punibilidad como una categoría autónoma del delito, ya que existen circunstancias que pertenecen al hecho en sí mismo, otras que pertenecen al autor del hecho en el momento en que lo comete, y otras que dependen de las actuaciones posteriores de dicho autor. Las primeras circunstancias a las que se ha hecho referencia serían las **condiciones objetivas de punibilidad**, las segundas las **causas personales de exclusión de la punibilidad**, y las terceras las **causas personales de supresión o anulación de la punibilidad**.

Por otro lado, según algunos autores, el fundamento de la punibilidad como elemento del delito recaería en la distinción entre **merecimiento y necesidad de pena**; así, toda conducta que reúna las características comunes del delito resultaría ser merecedora de una pena, pero si concurre una condición objetiva de punibilidad, o una causa de supresión o exclusión de la punibilidad, por los motivos político-criminales que sean de aplicación al asunto, ya no resultaría necesaria<sup>22</sup>.

Es decir, según esta última apreciación, una conducta típica, antijurídica y culpable ya sería merecedora de pena, y supondría una posibilidad de punibilidad, que solo se llegaría a castigar si se diere la necesidad de punibilidad.

## **2.i.- Condiciones objetivas de punibilidad**

Esta primera categoría consiste en **condiciones de carácter objetivo** que se han de dar en algunos delitos, además de tratarse de un hecho tipificado legalmente, para que puedan ser punibles, **independientemente de la actuación del actor**.

Nos encontramos ante una serie de requisitos añadidos por el legislador, que no pertenecen ni a la tipicidad ni a la antijuricidad ni a la culpabilidad del hecho cometido<sup>23</sup>. Por lo tanto, en el tipo penal han de quedar incluidos, no solo los presupuestos específicos de la infracción de la norma primaria, sino también aquellas condiciones para aplicar la norma secundaria, referidas a la objetiva relevancia penal del hecho cometido<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, pp. 554-555.

<sup>22</sup> Demetrio Crespo, en Demetrio Crespo (coord.) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. II, 2ª edición, 2015, p. 387.

<sup>23</sup> Demetrio Crespo, en Demetrio Crespo (coord.) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. II, 2ª edición, 2015, pp. 390-391.

<sup>24</sup> Mir Puig, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2015, p. 154.

Según ello, existiría una conducta típica, antijurídica y culpable, cuyo castigo penal queda supeditado a la producción de un **hecho incierto y futuro de carácter objetivo**.

Dado que es independiente de la conducta del autor, no es necesario que esa condición objetiva quede abarcada dentro del dolo ni deberse a la imprudencia del sujeto, y tampoco es preciso constatar una relación de causalidad ni de imputación objetiva entre la acción realizada por el mismo y la condición objetiva<sup>25</sup>.

En definitiva, **si se cumple la condición objetiva que establece la ley, el hecho queda castigado como delito consumado**, pero si no se da dicha condición, el hecho no puede ser punible, sin que quepa la posibilidad de castigarlo como tentativa: simplemente no sería posible la aplicación de una pena.

Un caso que constituye claramente una condición objetiva de punibilidad es el contemplado en el **artículo 30 del Código Penal**, concretamente en sus apartados 2 y 3:

*“1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.*

*2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:*

*1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.*

*2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.*

*3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.*

*4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.*

*3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.”*

En este artículo se establece la autoría en los delitos de imprenta o medios de comunicación, en los cuales los autores responden de manera subsidiaria y escalonada, es decir, si no pueden

---

<sup>25</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, p. 556.

responder los autores del texto o no se les puede perseguir, responderán los directores de la publicación, y así sucesivamente. De tal manera que no se puede saber *a priori* quién responderá del delito, siendo esa imposibilidad de responder o perseguir a los primeramente responsables un hecho incierto y futuro de carácter objetivo, que no descarta que se haya producido efectivamente dicho delito, y no está relacionado con el dolo o la imprudencia con que se haya cometido.

## **2.ii.- Causas personales de supresión de la punibilidad**

Se trata de aquellas situaciones en las que debido, a un **comportamiento positivo** por parte del autor o partícipe del hecho delictivo, *a posteriori* de la realización del mismo, la punibilidad queda suprimida, anulada o remitida, aunque en un principio el hecho la merecía plenamente. Son, asimismo, circunstancias de **índole personal**, y como tales solo afectan al sujeto o individuo que las cumpla, no al resto de intervinientes en el delito.

Al tratarse de circunstancias que se producen con posterioridad al delito, no pertenecen al mismo ni provocan que deje de existir, simplemente impiden que se aplique la pena que hubiera correspondido<sup>26</sup>.

Dentro de estas circunstancias, encontramos varios supuestos, dependiendo si se producen con anterioridad a la consumación del delito o con posterioridad al mismo, en opinión del autor LUZÓN-PEÑA<sup>27</sup>.

Con anterioridad a la consumación del delito, destaca el supuesto de **desistimiento voluntario**, en la fase de tentativa y de los actos preparatorios punibles. De nuevo solo se aplica para aquel sujeto que desiste, no para todos los intervinientes en el delito, según los apartados 2 y 3 del artículo 16 del Código Penal.

En el caso de este supuesto, dicha opinión es compartida por autores como MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN<sup>28</sup>, y respaldada por la jurisprudencia, según el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, y que queda reflejado en algunas de sus Sentencias, como las SSTS 446/2002 y 1270/2006<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, p. 562.

<sup>27</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, pp. 562-564.

<sup>28</sup> Muñoz Conde/García Arán, Derecho Penal. Parte General, 10ª edición, 2019, p. 381.

<sup>29</sup> Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 306.

No obstante, para otros autores, como MIR PUIG, el desistimiento voluntario es un elemento negativo del tipo de la tentativa, y por tanto se ubica en la tipicidad, no en la punibilidad<sup>30</sup>.

Con posterioridad a la consumación del delito, se admite, en primer lugar, en los delitos de **sedición** y **rebelión**, que son delitos de consumación anticipada, por mor de los artículos 480 y 549 del Código Penal.

El artículo 480 contempla que “*quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias. A los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiendo a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en grado. La misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella*”; y el artículo 549 dictamina que dicho precepto es, igualmente, de aplicación al delito de sedición.

También se admite la supresión de punibilidad en el caso de que **se evite la propagación del incendio** en montes o masas forestales gracias al autor del hecho, tal y como se incluye en el artículo 354.2 del Código Penal.

Asimismo, otras circunstancias que suprimen la punibilidad son la **confesión** y la **retractación** en los delitos de cohecho o falso testimonio, según los artículos 426 y 462 del Código Penal.

En el ámbito de los delitos fiscales y contra la Seguridad Social, el **reintegro** o la **regularización** de la situación fiscal puede llegar a resultar en una eximente, si se cumplen determinadas condiciones en el delito, posibilidad contemplada en los artículos 305.1 y 4, 307.1 y 3 y 308.1, 2 y 5 del Código Penal. De igual manera, en el delito de malversación de caudales públicos, si se procede al reintegro de los mismos, la punibilidad queda atenuada (artículo 434).

Fuera de estos casos, la **reparación** o **confesión** pueden disminuir la punibilidad, sin suprimirla: es el caso de las atenuantes ordinarias previstas en el artículo 21, apartados 4º y 5º, o de atenuantes específicas, como por ejemplo las incluidas en las modalidades menos graves de malversación de caudales públicos (artículo 433, apartados 1º y 2º, del Código Penal), en la deposición de armas en los delitos de rebelión y sedición (artículos 480.2 y 549 del Código

---

<sup>30</sup> Mir Puig, Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, 2015, pp. 368-372.



Penal), o en la retractación en el delito de falso testimonio si ha derivado en privación de libertad (artículo 462 del Código Penal)<sup>31</sup>.

### **2.iii.- Causas personales de exclusión de la punibilidad**

Estas causas también suelen conocerse bajo la denominación de “excusas absolutorias”; sin embargo, se trata de una terminología que puede causar confusión, dado que bajo esta misma definición, dependiendo del autor, se pueden abarcar tanto estas como las causas personales de supresión de la punibilidad, o solo incluir un grupo de las mismas; además, el mismo término puede confundir, y pensar que se trata de una exclusión de la culpabilidad, y no debe ser así, dado que un hecho que no es punible puede ser perfectamente culpable. Por ello, no debe utilizarse tal denominación<sup>32</sup>.

El efecto principal que provocan estas causas de exclusión de la punibilidad es **la imposibilidad de responsabilidad penal** por parte de unas **personas concretas** frente a unos delitos en concreto, o frente a cualquier delito, la cual responde a razones que son **ajenas al injusto y a la culpabilidad**<sup>33</sup>.

Esta exclusión de punibilidad es personal, solo afecta a aquella persona que cumpla con la causa, no a todos los intervinientes en el hecho delictivo. Además, aunque no sea posible exigirle responsabilidad penal, en algunos casos sí procede la responsabilidad extrapenal.

#### Inviolabilidades e inmunidades

En este apartado es importante hacer una apreciación con respecto a las inmunidades, y es que no toda la doctrina opina que se deban considerar como una causa de exclusión de la punibilidad, sino como un mero obstáculo de procedibilidad en la punibilidad. A título de ejemplo, los autores LUZÓN PEÑA<sup>34</sup>, ZÁRATE CONDE<sup>35</sup> o GARCÍA PÉREZ<sup>36</sup> las consideran como requisitos de procedibilidad, sin que afecten a la punibilidad propiamente dicha, mientras que otros autores, como por ejemplo MUÑOZ CONDE<sup>37</sup> o DEMETRIO CRESPO<sup>38</sup>, sí que las aprecian

---

<sup>31</sup> Para todo lo anterior, véase por ejemplo *Luzón Peña*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, pp. 562-564.

<sup>32</sup> *Luzón Peña*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, p. 559.

<sup>33</sup> *Luzón Peña*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, p. 559.

<sup>34</sup> *Luzón Peña*, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, pp. 560-561.

<sup>35</sup> *Zárate Conde/González Campo*, Derecho Penal. Parte General, 2015, pp. 306-311.

<sup>36</sup> *García Pérez*, La punibilidad en el Derecho Penal, 1997, pp. 59 y ss.

<sup>37</sup> *Muñoz Conde/García Arán*, Derecho Penal. Parte General, 10ª edición, 2019, p. 381.

<sup>38</sup> *Demetrio Crespo*, en Demetrio Crespo (coord.) Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. II, 2ª edición, 2015, p. 388.

como causas de exclusión de la punibilidad. Dado que existe diversidad de opiniones, resulta conveniente incluirlas.

Así, las **inmunidades** son requisitos de procedibilidad temporales, como en el caso de los parlamentarios, que se prolongan durante el tiempo de duración del mandato en cuestión, y que dependen de la autorización de la Cámara respectiva (artículo 71.2 de la Constitución española).

Las **inviolabilidades** son aquellas impunidads personales basadas en el orden constitucional. La más conocida dentro de éstas es la que ostenta el **Jefe del Estado**, que viene contemplada en el artículo 56.3 de la Constitución española: *“La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2”*. La doctrina se encuentra dividida en el sentido de si cabe apreciar cualquier delito que pueda cometer el monarca, o si este precepto únicamente se refiere a los actos realizados en el ejercicio de sus funciones. Siempre y en todo caso, para poder juzgar al Rey, es necesaria la inhabilitación por indignidad, para lo que se requiere la intervención de las Cortes Generales, lo que implica una inmunidad procesal.

De igual manera, los **Diputados y Senadores** gozan de este privilegio, reconocido por el artículo 71 de la Constitución, así como por el artículo 10 del Reglamento del Congreso de los Diputados y por el artículo 21 del Reglamento del Senado.

La inviolabilidad de éstos queda contemplada en el primer apartado del artículo 71, estableciendo que *“los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones”*, inviolabilidad que, incluso, puede perdurar una vez finalizado su mandato<sup>39</sup>. MUÑOZ CONDE destaca que esa inviolabilidad opera como una causa de justificación, establecida en el artículo 20.7º del Código Penal, que incluye al que *“obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*, extendida a todas las opiniones que se manifiesten por los Diputados y Senadores durante el tiempo de su mandato<sup>40</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en la causa especial 40/1995, ha destacado que lo que otorga la inviolabilidad es la función atribuida, y no el espacio territorial, con lo cual quedarán

---

<sup>39</sup> STC 51/1985, 10-4.

<sup>40</sup> Muñoz Conde, Teoría General del delito, 4ª edición, 2007, citado en Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte General, 2015, p. 309.

incluidas todas las opiniones que se manifiesten, independientemente de que se hallen o no en el Congreso o en el Senado<sup>41</sup>.

En el ámbito de las **Comunidades Autónomas**, esta inviolabilidad también queda aplicada a sus **parlamentarios**, dictaminada por los Estatutos de cada una de ellas, y comprende los votos u opiniones que puedan realizar durante sus funciones.

Asimismo, el **Presidente y el resto de miembros del Gobierno** gozan de un fuero especial ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, privilegio de carácter procesal que obliga a que la única competente para conocer las causas penales en las que los acusados sean los mencionados sea dicha Sala.

Y, por último, tanto los **magistrados del Tribunal Constitucional** (artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) como el **Defensor del Pueblo** y sus adjuntos (artículos 6.2 y 4 de la Ley del Defensor del Pueblo) gozan igualmente de este privilegio, a fin de garantizar su libertad de expresión y de actuación en el ejercicio de sus funciones. Los preceptos que lo contemplan no suponen un límite al ejercicio de estas, sino que simplemente son exenciones personales de pena.

#### La menor edad en la segunda infancia y adolescencia

El artículo 19 del Código Penal establece que *“los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor”*.

A su vez, la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, tal y como se contiene en su artículo 1, se aplica para exigir la responsabilidad de aquellas personas que sean mayores de 14 años, pero menores de 18, que hayan cometido algún hecho tipificado como delito en el Código Penal o en las leyes penales especiales.

De esta manera, surge la problemática acerca de la naturaleza jurídica de la **menor edad penal**, que viene fundamentalmente por la cuestión de si un menor de edad va a ser inimputable en todo caso.

---

<sup>41</sup> Zárate Conde/González Campo, Derecho Penal. Parte General, 2015, pp. 309.

En opinión del autor LUZÓN PEÑA<sup>42</sup>, esta apreciación solo sería posible en lo que se denomina como “primera infancia”, dado que en esta etapa vital, el menor no se encuentra en un estado de madurez y desarrollo de sus facultades intelectuales óptimo como para ser plenamente consciente y responsable de sus actos. Sin embargo, a partir de una cierta edad, es decir, en la infancia más desarrollada y adolescencia, la menor edad ya no sería una causa de inimputabilidad, sino más bien de exclusión de la punibilidad, porque en esta etapa vital sí que hay imputabilidad, aunque aún no sería completa como en el caso de un mayor de edad (en situación de normalidad psíquica)<sup>43</sup>. Esto es debido a razones de política jurídica y criminal, y por ello no se les imponen penas, únicamente entre los 14 y los 18 años se les puede imponer “medidas” especiales, acordes a la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores.

### Parentesco

Dado que esta causa de exclusión de la punibilidad es el tema de análisis principal de este trabajo, simplemente se va a proceder a su introducción, y el resto de aspectos concernientes a la misma se abordarán en el siguiente capítulo.

La regulación de esta causa viene establecida en el artículo 268 del Código Penal, el cual dispone lo siguiente:

*“1. 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, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.*

*2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.”*

Esto es, en aquellos **delitos patrimoniales**, en los que **no** concurra **violencia, intimidación, o abuso de vulnerabilidad de la víctima**, debido a la edad o a que se trate de una persona con discapacidad, **no será posible la exigencia de responsabilidad penal** en el caso de que el

---

<sup>42</sup> Luzón Peña, Lecciones de Derecho Penal. Parte General, 3ª edición, 2016, p. 562.

<sup>43</sup> Conviene aclarar que esta es la postura del autor Luzón Peña, pero no se trata de una opinión generalizada en la doctrina. Otros autores, como por ejemplo, Muñoz Conde o Mir Puig, no la contemplan dentro de las causas de exclusión de la punibilidad.

hecho delictivo se haya cometido por cualquiera de los **parientes incluidos en este precepto**. Sin embargo, la responsabilidad extrapenal sí que subsiste en estos casos.

Esta consideración del parentesco como causa personal de exclusión de la punibilidad obedece a razones de política criminal, a fin de garantizar la protección jurídica de la familia, a la vez que evitar, según el legislador, un deterioro irreversible dentro del núcleo familiar. Asimismo, existe en nuestro Ordenamiento Jurídico una tradición muy longeva en cuanto a esta circunstancia, lo cual obedece a la consideración tradicional de la institución de la familia.

Esta causa ha suscitado debate entre los distintos sectores de la doctrina, acerca de si procede, o no, mantener el efecto eximente de tal consideración del parentesco, atendiendo a la evolución que se ha producido, sobre todo en los últimos años, de la estructura de la familia.

Una vez expuestos los aspectos iniciales y nucleares de esta causa, se procede a su análisis completo y detallado en el siguiente capítulo.

### 3.- EL PARENTESCO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA PUNIBILIDAD

Continuando con la introducción del parentesco como causa de exclusión de punibilidad, procedemos a su análisis pormenorizado. Aunque, antes de profundizar en este, conviene reseñar que el parentesco, en términos generales, es una circunstancia muy interesante y polivalente; ya que no solo puede comportar la exclusión respecto a la sanción que correspondería por unos hechos en concreto, sino que si concurre la pena de los hechos delictivos cometidos puede ser más grave o más leve con respecto a cuando esta circunstancia no concurre.

Por ello, antes de profundizar en el análisis de esta causa de exclusión de la punibilidad, conviene conocer qué es lo que se entiende exactamente por el término “parentesco” en el Derecho Penal, cuál ha sido su evolución y tratamiento hasta la regulación que conocemos a día de hoy, y qué es lo que comporta su concurrencia.

#### 3.i.- **Ámbito social: evolución histórica**

El parentesco, las relaciones familiares, son realidades que han ido mutando a lo largo de la historia, evolucionando a la par que lo hacía la sociedad, y que significaban una parte nuclear de la vida de todo individuo. Estas realidades y su evolución no han pasado inadvertidas para el Derecho ya que, como bien expresa LORENZO-REGO, “*el Derecho no es ajeno a la realidad social, sino que la regula y ordena*”<sup>44</sup>, y por ello, dado que la familia era, y es, uno de los pilares fundamentales en nuestra vida, debía regularse.

Los conceptos de **parentesco** y **familia** se han venido utilizando indistintamente en el lenguaje coloquial, lo cual nos hace preguntarnos si es lo mismo un pariente que un familiar. Si tratamos de pensar en un ejemplo de familiar, seguramente nos venga a la mente nuestro hermano, o uno de nuestros padres, alguien muy cercano a nosotros; sin embargo, si por el contrario pensamos en un pariente, probablemente esta vez se trate de una tía lejana a la que vemos una vez al año, y con suerte.

En cuanto al concepto de **parentesco**, hemos de referirnos al utilizado en Derecho civil, que lo abarca de manera amplia, incluyendo todas aquellas relaciones que tienen cabida en el Derecho de familia, que son el matrimonio, las relaciones de consanguinidad y afinidad, tutela y adopción. Entre estas relaciones podemos diferenciar aquellas que se generan de forma

---

<sup>44</sup> Lorenzo-Rego, El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar, 2014, p. 19.

biológica, como son las relaciones de consanguinidad, y aquellas que se crean mediante un vínculo jurídico, que son el matrimonio, las relaciones de afinidad, la tutela y la adopción. Teniendo esto en cuenta, el parentesco sería un vínculo jurídico que tiene sus correspondientes efectos jurídicos<sup>45</sup>.

Por otra parte, con respecto al concepto de **familia**, según HERRERA, *“la familia es aquella comunidad de vida, fundada en el parentesco, que tiene por fin el desarrollo personal y la mutua ayuda de quienes la forman”*<sup>46</sup>, y en este mismo sentido, PUIG BRUTAU la define como *“una realidad social que el Derecho puede tener en cuenta con mayor o menor amplitud. Puede considerarla en sentido amplio hasta donde se halle un parentesco de sangre; pero también puede tenerse en cuenta, de una manera más restringida, como comunidad entre padres e hijos en un mismo hogar”*<sup>47</sup>.

Esto es, la familia es un grupo cerrado de personas que están unidas entre sí por una relación de parentesco, por lo que el **concepto de familia** quedaría englobado en el de **parentesco**, siendo el primero un concepto **social**, mientras que el segundo sería de índole **jurídica**<sup>48</sup>. De tal manera que una persona puede guardar un grado de parentesco con un grupo de personas, pero de ese grupo no todas van a ser consideradas como familiares en sentido estricto.

Una vez aclarados estos términos, conviene hacer una importante apreciación, y es que el **concepto de familia** que tenemos hoy en día nada tiene que ver con el que se tenía en el siglo XIX, por ejemplo, ya que se trata de **uno de los aspectos sociales que más cambios ha experimentado**, especialmente en el último cuarto del siglo XX y principios del siglo XXI. Por ello, es conveniente volver muy atrás en el tiempo, para comprender la regulación que tenemos hoy en día, y en qué punto comenzó.

Para esta labor, nos vamos a servir de la obra de BAJO FERNÁNDEZ, dada la importancia de su investigación en este ámbito. Según este autor, la **evolución de las relaciones familiares** ha discurrido entre dos polos<sup>49</sup>:

---

<sup>45</sup> Íñigo Corroza, InDret, 4, 2011, p. 4.

<sup>46</sup> Herrera, Persona y Derecho, 10, 1983, pp. 353-366.

<sup>47</sup> Puig Brutau, Fundamentos de Derecho Civil, t. IV, 2ª edición, 1985, p. 3.

<sup>48</sup> Íñigo Corroza, InDret, 4, 2011, p. 4.

<sup>49</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, p. 17.

- Por un lado, un concepto de familia **amplio**, bajo el que se incluían diversas relaciones que incluso iban más allá del vínculo de consanguinidad, y que se regía bajo los principios de **autoridad y jerarquía**.
- Por otro, un concepto de familia más **reducido**, que se limitaba únicamente a los vínculos de **consanguinidad**, y como tal se fundamentaba en una **ética familiar**, no existía una jerarquía ni una figura de autoridad.

La primera perspectiva de la familia era la que imperaba en los tiempos de la Antigua Roma. En aquel entonces la familia era considerada un grupo socio-político, a la cabeza del cual se encontraba el paterfamilias, que era quien ejercía la autoridad en dicho grupo, y los miembros restantes estaban sometidos a él. De hecho, cada vez que algún miembro de la familia cometía un acto delictivo, era éste el encargado de sancionar e impartir castigos. El Derecho Penal no tenía cabida en el contexto familiar.

Esta concepción de la familia se mantiene más o menos inalterable con el paso del tiempo; se iban introduciendo algunos cambios, pero se seguía manteniendo la jerarquía y la autoridad del paterfamilias. Sin embargo, cuando comienza la Revolución Industrial, esta estructura familiar comienza a perder fuerza, debido al cambio de la economía agraria por la industrial, y con ella, de las necesidades de la población y de su mentalidad. Según BAJO FERNÁNDEZ, este cambio de mentalidad se simboliza *“en el cambio del dios justiciero y autoritario de la escolástica medieval por el dios bonachón creado por el teísmo burgués. Aquel padre jefe político del grupo familiar, detentador de la autoridad se sustituye por el padre amante encargado de la felicidad y la prosperidad del hogar”*<sup>50</sup>.

De esta manera, **el círculo familiar se fue estrechando paulatinamente, pasando de ser un grupo extenso a conformar la familia típica de finales del siglo XX**, que fundamentalmente estaba formada por dos progenitores, y su descendencia directa. Con lo cual se evoluciona desde una concepción amplia de la familia, hasta una restringida, que puede denominarse como **familia nuclear**<sup>51</sup>.

Esta evolución ha tenido una influencia muy importante en el ámbito del Derecho, y en el tratamiento jurídico que se le ha venido dando a las relaciones de familia y parentesco a lo largo

---

<sup>50</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, p. 19.

<sup>51</sup> Lorenzo-Rego, El concepto de familia en derecho español: un estudio interdisciplinar, 2014, pp. 22-23.



de la historia. Un ejemplo de ello es el carácter de **exclusión de la punibilidad** que tiene el **parentesco** en el ámbito de los **delitos patrimoniales y económicos**.

Esta causa de exclusión de la punibilidad se remonta a muy atrás en el tiempo, y encuentra su fundamento, por una parte, en una herencia histórica, y por otra, la creciente relevancia de las relaciones familiares a lo largo de la historia, lo que deriva en una creencia de presunción de menor culpabilidad en aquellos delitos cometidos por un individuo contra la propiedad de un pariente suyo<sup>52</sup>.

A efectos de considerar esta causa, se tenían que tomar en cuenta tanto el carácter económico de la lesión como la relación existente entre quien cometía el delito y el perjudicado. Resulta muy interesante cómo en un principio, cuando se comenzó a aplicar esta causa, el efecto más relevante era precisamente el carácter económico de la lesión, como sucedía en la Antigua Roma.

En esta época, el Derecho romano negaba la *actio furti*<sup>53</sup> a determinadas personas, al mismo tiempo que las Leyes de Partidas prohibían demandar a los autores del *furtum*<sup>54</sup> en determinadas circunstancias. Normalmente, estas circunstancias se debían a la inexistencia de un desplazamiento patrimonial en ese *furtum*, de tal manera que la *actio furti* se negaba al paterfamilias, porque se consideraba que lo que le pertenecía a su hijo, le pertenecía a él también, con lo cual la cosa en sí no había cambiado de propietario, y lo mismo sucedía en el caso de que le sustrajera algo su esposa<sup>55</sup>.

Y, sin embargo, a medida que ha discurrido la historia, el efecto de la relación existente entre el autor del hecho y el perjudicado por el mismo ha ido ganando mayor importancia, también como consecuencia de la evolución del concepto de familia, al cual ya se ha hecho referencia con anterioridad.

La primera vez que se recoge en nuestra legislación esta causa de exclusión de la punibilidad es en el **Código Penal de 1822, en su artículo 756**, el cual establecía lo siguiente: “*El marido que quita o toma las cosas de su mujer, la mujer que toma o quita las de su marido, el viudo o viuda que toma o quita las que hubiesen pertenecido a su difunto cónyuge, el padre o madre*

---

<sup>52</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, p. 93.

<sup>53</sup> Acción penal infamante ejercitable por el dueño o responsable de la cosa robada contra el ladrón de ésta y circunscribiéndose a sus cómplices y fili en casos de ser paterfamilias. (Dos variantes: *manifesti* y *nec manifesti*)

<sup>54</sup> Sustracción fraudulenta de la cosa mueble, que puede ser sobre cosa propia o ajena.

<sup>55</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, pp. 94-96.

*que quita o toma las de sus hijos o descendientes; los hijos y descendientes que toman o quitan las de sus padres o madres, u otros ascendientes, y todos aquellos que se hallen en el mismo grado de afinidad, no pueden ser demandados sino para la restitución y resarcimiento. Pero todos aquellos que hubieren participado a sabiendas de la cosa tomada, o que lo hubiesen ocultado o hubieren auxiliado, serán castigados como reos de hurto, o como encubridores o auxiliares respectivamente”.*

Desde entonces, ha estado presente en nuestro Ordenamiento Jurídico, en el Código Penal de 1848, en su artículo 479; en el Código Penal de 1928, en su artículo 759; en el Código Penal de 1932, en su artículo 557; en el Código Penal de 1944, en su artículo 564, manteniéndose también en el Código Penal de 1973; y ha llegado hasta la redacción actual, del **Código Penal de 1995, en su artículo 268**. Por tanto, es una norma de gran arraigo histórico en nuestro país.

Sin embargo, muchas son las **críticas** dirigidas a este precepto, sobre las que trataré más adelante, en el sentido de que la redacción del mismo no se ha adaptado como debería a la evolución del concepto de familia que se ha venido dando en los últimos años, y por ende, del parentesco. En opinión de la autora ÍÑIGO CORROZA, no solo es que haya cambiado el concepto en sí, sino también el contenido y el valor del mismo, y ello ha quedado reflejado en el propio Código Penal con la eliminación de algunos preceptos como: el infanticidio, el parricidio, el aborto *honoris causa*, el derecho de corrección, las atenuantes de vindicación, la agravante de ofensa a la familia, adulterio y amancebamiento, entre otros, en los que se tenía en cuenta la relación parental; y ello deja ver el cambio en la percepción de la familia y los efectos que ésta despliega<sup>56</sup>.

Un reflejo de este cambio que tanto se ha mencionado es la existencia de relaciones que difieren de lo que tradicionalmente se venía entendiendo como familiares, denominadas “relaciones análogas a las familiares”, y la demanda por parte de la sociedad de que se reconocieran jurídicamente. Hemos asistido a numerosas reformas legislativas en los últimos años, relacionadas con las parejas de hecho, la filiación, las uniones de parejas del mismo sexo, lo cual denota la gran diferencia entre el panorama social de 2021 y el que podía haber en 1995. Y, como tal, el Derecho debe estar en constante cambio y adaptación, para dar respuesta jurídica

---

<sup>56</sup> Íñigo Corroza, InDret, 4, 2011, p. 4.

a las demandas sociales, y que las realidades existentes queden debidamente reguladas, para evitar la indefensión de cualquier individuo.

### **3.ii.- Artículo 268 del Código Penal: la condición del parentesco en los delitos económicos o patrimoniales**

En primer lugar, conviene determinar qué es lo que dictamina exactamente este precepto legal.

#### **Artículo 268 del Código Penal**

*“1. 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, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.*

*2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.”*

El primer apartado de este artículo es el que recoge fundamentalmente la causa de exclusión de punibilidad en los delitos patrimoniales, según la cual el **autor** queda **exento de responsabilidad penal**, pero quedando siempre **sujeto a la civil**, si comete un delito patrimonial contra los **parientes** que se especifican en el mismo, siempre y cuando no haya mediado violencia, ni intimidación, ni abuso de vulnerabilidad de la víctima (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5ª, 15-09-2009, rec. 252/2009).

#### Fundamento

Cuando te inicias en el mundo del Derecho, hay muchos aspectos que escapan a tu conocimiento y comprensión, dada su amplitud y diferentes posturas que se pueden tomar ante un mismo ámbito. Uno de estos aspectos que, en mi opinión, despiertan más la atención, es el porqué de esta causa de exclusión, por qué el compartir una relación de parentesco con el autor del delito, en el caso de un delito patrimonial, es motivo de exención de la pena, si en otros tipos delictivos es una circunstancia que simplemente lo atenúa, llegando incluso a agravarla en otros; qué es lo que determina que, ante este tipo de delitos, se considere como una causa eximente, y no como un agravante, fundamentándose por ejemplo en el abuso de confianza, que es una circunstancia agravante contemplada en el artículo 22.6º del Código Penal.

El Derecho Penal es aquella rama del Ordenamiento Jurídico que únicamente se aplica cuando se ha producido la lesión de un bien jurídico protegido por el mismo, es decir, ante las situaciones más graves y reprobables que se puedan dar en la sociedad. Una de estas situaciones, que precisamente está contemplada por el ordenamiento penal, sucede cuando se comete un delito patrimonial, porque se está lesionando el patrimonio de la víctima.

Resulta pertinente aclarar qué es lo que se entiende por **patrimonio**, como bien jurídico protegido en los delitos patrimoniales. La mayor parte de la doctrina lo entiende como aquel *“conjunto de bienes, derechos y valores dotados de valor económico que se encuentran en poder de una persona en virtud de una relación reconocida por el ordenamiento jurídico”*<sup>57</sup>, y dentro del mismo quedarían incluidos todo tipo de bienes, tanto muebles como inmuebles, derechos y obligaciones.

De tal manera que si se comete un delito patrimonial, se está lesionando alguno o algunos de esos elementos individuales que componen el patrimonio, lo que le provocará a la víctima un **perjuicio patrimonial**, entendido como una disminución valorable económicamente del patrimonio de la persona afectada<sup>58</sup>.

Con lo cual, *a priori*, lo lógico sería que efectivamente el Derecho Penal diera respuesta a estas situaciones, e impusiere la pena correspondiente ante estos hechos. Sin embargo, es importante recordar que la acción penal no tiene la misma intensidad en todos casos, sino que se halla graduada en el Código Penal<sup>59</sup>.

En el contexto patrimonial, el Derecho Penal hace una apreciación con respecto a la posibilidad de que el conflicto suceda en el **seno de una familia**. En un primer momento, podemos pensar que resulta obvio que, si un hijo le roba dinero a su madre, se ha producido un ataque a un bien jurídico protegido por el ordenamiento, pero éste se plantea si dar una respuesta penal es la mejor opción, dado que, en este ejemplo, existen **relaciones afectivas muy estrechas**, y se puede llegar a causar un **deterioro irreversible**, fundamentando esta duda en el artículo 39 de la Constitución española, el cual dictamina que *“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*.

---

<sup>57</sup> Núñez Castaño, en Gómez Rivero (dir.) Nocións fundamentales de Derecho Penal. Parte especial, vol. II, 2ª edición, 2015, p. 28.

<sup>58</sup> Núñez Castaño, en Gómez Rivero (dir.) Nocións fundamentales de Derecho Penal. Parte especial, vol. II, 2ª edición, 2015, p. 28.

<sup>59</sup> Pérez Arias, RIDJ, 21, 2019, p. 26.

Como ya se ha hecho referencia anteriormente, el fundamento de esta causa de exclusión de la punibilidad se encuentra en una herencia histórica. Dentro de la doctrina encontramos varias justificaciones en cuanto al fundamento de la misma, que tienen como denominador común el **concepto de familia** al que ya se ha hecho alusión: un modelo de familia **extensa**, estructurada, que se sustentaba en la efectiva **convivencia** de todos sus miembros, y en una **relación afectiva** entre éstos, en la que además, se consideraba que las **infracciones patrimoniales** que se pudieran llegar a cometer eran siempre “**de escasa entidad**”<sup>60</sup>. En la actualidad, lo que se pretende con esta causa de exclusión es, de alguna manera, la “salvaguarda de la paz familiar”, por medio de la exclusión de algunas que, *a priori*, si los sujetos fueran otros, se considerarían delictivas, pero que al cometerse entre sujetos entre los que existe un estrecho vínculo familiar, ya no se aprecian de la misma manera<sup>61</sup>.

Por tanto, el fundamento clásico de esta causa de exención de la punibilidad, según MAGRO SERVET, “*encuentra su origen 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 para no provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar*”<sup>62</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de abril de 2007 (rec. 2415/2006), aprecia que “*la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente Código Penal, equivalente al art. 564 del anterior CP, 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 art. 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*

---

<sup>60</sup> Ferrandis Ciprián, RGDP, 26, 2016, p. 2.

<sup>61</sup> Pérez Arias, RIDJ, 21, 2019, p. 28.

<sup>62</sup> Magro Servet, LLP, 80, 2011, pp. 6 y ss.

*quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.*

En esta misma línea, algunos autores consideran que, en atención a la unidad institucional que conforma la familia, en ocasiones resulta complicado discernir la propiedad de las cosas muebles, la denominada “**confusión de patrimonios**”, sobre todo entre cónyuges<sup>63</sup>. Los bienes objeto del delito se encuentran en régimen de copropiedad, lo que implica considerar una disminución de la culpabilidad, por dos motivos fundamentalmente: bien porque ello dificulta enormemente averiguar quién es el verdadero propietario del bien en cuestión<sup>64</sup>, o bien porque el autor se cree perdonado, lo que altera la apreciación de gravedad en la conducta<sup>65</sup>.

Asimismo, es importante referirnos a uno de los principios rectores del Derecho Penal, que es el **principio de intervención mínima**. Éste se fundamenta en la función intimidatoria que ejerce el Derecho Penal, que, de alguna manera, previene al ciudadano de llevar a cabo cualquier conducta delictiva, porque conoce que su acción va a tener consecuencias penales. No obstante, esta función intimidatoria no es más eficaz, cuanto más dura es la sanción penal, es decir, por mucho que la severidad en las penas se vea aumentada, no va a tener como resultado el proporcional aumento de la intimidación deseada; y lo mismo sucede con el caso contrario, aunque la severidad se disminuya, no va a provocar que la intimidación por la norma también lo haga<sup>66</sup>. Ello implica que, en este tipo de casos, prima la innecesaria intervención del Derecho Penal sobre la necesidad de pena en sí<sup>67</sup>.

### Sujetos

Con respecto a quiénes quedan amparados bajo el paraguas de esta causa de exclusión, la enumeración de aquellos sujetos contemplada por el precepto, en principio, es un *numerus clausus*, aunque más adelante se analizarán algunos casos en los que el Tribunal Supremo admite la analogía *in bonam partem*. El precepto incluye el siguiente listado: una concreta relación parental; cónyuges no separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción y afines en primer grado si vivieran juntos.

---

<sup>63</sup> García Pérez, La punibilidad en el Derecho Penal, 1997, pp. 112 y ss.

<sup>64</sup> Álvarez Vizcaya, Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, 2002, p. 28.

<sup>65</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, p. 102.

<sup>66</sup> Silva Sánchez, Aproximación al Derecho Penal contemporáneo, 2ª edición, 2010, p. 393.

<sup>67</sup> Íñigo Corroza, InDret, 4, 2011, p. 21.

Nos encontramos ante una **norma de privilegio**, considerada como tal por la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril del 2005, la cual señaló que: *“La jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal”*. En este sentido, la causa de exclusión contemplada en el artículo 268 alcanza, única y exclusivamente, a aquellas personas que contempla de manera expresa dicho precepto.

En el segundo apartado del artículo 268, se ubica una **cláusula residual**, referente a los diferentes individuos que puedan participar, en las diferentes formas de autoría y participación en la comisión del delito. Aclara que, si se comete el delito por varias personas, y algunas de ellas no poseen relación alguna de parentesco con la víctima del delito, no se les podrá aplicar esta causa de exclusión, remitiéndonos en estos casos a la norma general, y, por lo tanto, sí que quedarían sujetos a responsabilidad penal.

Vamos a proceder al análisis de los sujetos que se pueden acoger a esta causa de exclusión de la punibilidad, pudiendo dividirlo en tres grupos:

- Los cónyuges, siempre y cuando no estén separados legalmente ni he hecho, ni en proceso judicial para ello.
- Los ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza o adopción, de doble vínculo o de vínculo sencillo.
- Los afines de primer grado.

En cuanto al primer grupo, de la dicción literal del precepto no cabe ninguna duda en cuanto que **los cónyuges**, siempre que no se encuentren separados legalmente ni de hecho, van a quedar amparados por esta causa de exclusión. Sin embargo, conviene hacer una serie de apreciaciones, en cuanto a la existencia de un proceso judicial en curso, y en cuanto a las parejas o relaciones de hecho.

En primer lugar, es importante averiguar cuándo se considera que se ha iniciado un **proceso judicial de separación, divorcio o nulidad del matrimonio** para poder valorar la aplicación o no de esta causa de exención; acerca de este punto, no existe acuerdo.

Como norma general, se atiende a si se ha interpuesto la demanda correspondiente en el momento en que el delito se comete. La interposición de la demanda implica que existe una

voluntad de finalizar ese vínculo, pero un sector de la doctrina también opina que es necesario esperar a que haya un pronunciamiento judicial, aunque no sea firme, ya que en ese punto ya no sería posible rectificar y retroceder en el procedimiento. Aunque, verdaderamente, no sería estrictamente necesaria la resolución judicial, ya que el propio artículo 268 incluye entre sus supuestos la separación de hecho, y para tal circunstancia no se requiere que se dicte sentencia, sino que basta con argumentar dicha separación mediante el cese de la convivencia<sup>68</sup>.

En segundo lugar, el estado civil de **pareja o relación de hecho** se ha convertido en una realidad muy presente en nuestra sociedad, y en lo que atañe a esta causa de exclusión, es muy relevante conocer cuál es su apreciación, ya que, en muchas ocasiones, esas parejas ni siquiera se encuentran inscritas en el Registro correspondiente, y como tal, a efectos legales, es muy complicado demostrar su concurrencia.

Ante esta desprotección, el Tribunal Supremo, por medio de un Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional, de fecha 1 de marzo de 2005, se pronunció, dictaminando que *“a efectos del artículo 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”*. De tal manera que, para la aplicación de este artículo, es necesario demostrar que existe esa relación, y que es de carácter estable.

Para evitar interpretaciones erróneas en torno a la cuestión de qué se debe considerar como una relación “estable”, el Tribunal Supremo determinó cuáles serían los requisitos para dicha interpretación: *“No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad, puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito”*<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> *García David*, LLP, 146, 2020.

<sup>69</sup> STS 91/2005, 11-4.



Refiriéndonos al segundo grupo, la causa de exclusión del artículo 268 es aplicable a **ascendientes, descendientes y hermanos**, pudiendo ser por naturaleza o adopción, o de doble vínculo o de vínculo sencillo.

En atención a estos sujetos, y a los requisitos que se requieren para poder aplicar este artículo, procede hacer referencia al Acuerdo de Pleno No Jurisdiccional del Tribunal Supremo de fecha 15 de diciembre del año 2000, que estableció lo siguiente: *“No se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal”*.

Teniendo en cuenta dicho Acuerdo, y el propio precepto, queda patente que a estos sujetos no se les requiere ningún requisito para que se les aplique el mismo, aparte de la propia relación de parentesco. Esta circunstancia denota una tremenda desigualdad en comparación con los otros parientes que se contemplan en este artículo, dado que, si ni siquiera se tiene en cuenta la convivencia, es imposible valorar si existe una relación de afectividad entre ambos parientes, la cual perfectamente puede ser mala o incluso inexistente; sin olvidar que, tradicionalmente, ha sido precisamente la existencia de esa afectividad lo que ha provocado la aplicación de la exención.

Por último, el artículo 268 también ampara a los **afines de primer grado**, con la diferencia de que, con respecto a este bloque de parientes, sí que exige la **efectiva convivencia** para su aplicación.

#### Ámbito de aplicación

En cuanto a su **ámbito de aplicación**, como podemos leer en el precepto, no especifica qué delitos patrimoniales en concreto quedan afectados por esta exención, sino que hace una referencia genérica. Dada su ubicación en el Código Penal, dentro del Capítulo X “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, que pertenece al Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, quedarían **incluidos** los siguientes **delitos**:

- Los hurtos.
- Los robos.
- La extorsión.
- El robo y hurto de uso de vehículos.
- La usurpación.

- Las defraudaciones, entre las que se incluyen la estafa, la administración desleal, la apropiación indebida y las defraudaciones de fluido eléctrico y análogos.
- La frustración de la ejecución.
- Las insolvencias punibles.
- La alteración de precios en concursos y subastas públicas.
- Los daños.

Según el autor QUINTERO OLIVARES<sup>70</sup>, en el caso de alguno de estos tipos delictivos, como por ejemplo la alteración de precios en concursos y subastas públicas, cuesta imaginarse cómo sería posible la aplicación esta exención, debido a la pluralidad de sujetos intervinientes y afectados. No obstante, de la dicción del precepto, y de su ubicación en el cuerpo legal, cabe entender que, de cometerse cualquiera de esos tipos delictivos, si existe la relación de parentesco requerida entre autor y víctima, procedería la aplicación de la causa de exclusión. Además, se puede plantear la duda acerca de qué sucedería con los delitos relativos a los derechos de la propiedad intelectual e industrial, ya que evidentemente tienen carácter de delitos patrimoniales. Sin embargo, debido a la ubicación del precepto en el Código Penal, no corresponde su aplicación a este tipo de delitos.

#### Circunstancias que eximen la aplicación del artículo 268 del Código Penal

Otro requisito fundamental para la aplicación del artículo 268 del Código Penal es que el hecho delictivo se haya cometido **sin violencia ni intimidación, ni abuso de vulnerabilidad de la víctima, bien sea por edad, o por razón de discapacidad**. Esta última condición fue introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de restringir el ámbito objetivo de esta causa de exclusión de la punibilidad.

Esta apreciación de la vulnerabilidad de la víctima encuentra su razón de ser en la existencia de una disminución o eliminación de los mecanismos de autodefensa de la misma<sup>71</sup>, y fue introducida debido a que la *“facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por*

<sup>70</sup> Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dir.) Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, 10ª edición, 2016, capítulo referente al artículo 268.

<sup>71</sup> Ferrandis Ciprián, RGDP, 26, 2016, p. 3.

*ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse, supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor”<sup>72</sup>.*

Volviendo a lo establecido por el precepto, esta **vulnerabilidad** solo debe apreciarse en razón de la **edad** o del grado de **discapacidad** que pueda tener la víctima del delito, tal y como establece el legislador en el precepto. Esta circunstancia se debe interpretar de manera restrictiva, no pudiendo aplicarse por analogía a otras circunstancias personales de la víctima, como pueda ser una enfermedad o su “situación personal”, porque hacerlo supondría, de algún modo, crear responsabilidad penal, y eso sería analogía *in malam partem*.

Una cuestión importante es qué debe entenderse por “vulnerabilidad”, y la realidad es que en el ámbito jurídico no se ha establecido una definición jurídica como tal, no existe una definición exacta, por lo que se debe valorar cada caso y cada persona de forma completamente individual, y deberá, en todo caso, tener conexión con los elementos del tipo<sup>73</sup>.

En el precepto no se indica nada acerca de cuáles son aquellos tramos de edad en los que se consideraría la existencia de abuso de vulnerabilidad, ni tampoco sobre el grado de discapacidad que sería necesario para su apreciación.

En cuanto a la edad, se apreciarían dos extremos: bien por edad muy temprana, o bien por edad muy avanzada; es decir, se consideraría que existe vulnerabilidad tanto en el caso de menores como en el personas de edad muy avanzada, siempre y cuando ello implicara una atenuación o disminución de su capacidad para oponerse al delito<sup>74</sup>.

Por otra parte, con respecto a la discapacidad, el legislador ha considerado necesario incluir a las personas con discapacidad en este precepto debido a que, como consecuencia de la disminución o inexistencia de mecanismos de autodefensa, se encuentran en una situación de mayor indefensión con respecto a otra persona que no tenga ningún grado de discapacidad.

Para abordar este extremo del precepto, debemos hacer alusión a diferentes legislaciones. En primer lugar, acudimos al artículo 25 del Código Penal, que determina que con ello se refiere a “*aquella situación en que se encuentra una persona deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar*

---

<sup>72</sup> STS 131/2007, 16-2.

<sup>73</sup> *García David*, LLP, 146, 2020.

<sup>74</sup> *Ferrandis Ciprián*, RGDP, 26, 2016, p. 3.

*o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*". Esta definición coincide con la incluida en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

En segundo lugar, en nuestro Ordenamiento Jurídico, debemos prestar especial atención al Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre), ya que es la normativa aplicable en este aspecto<sup>75</sup>. En este cuerpo legal encontramos, por una parte, la definición de discapacidad, en el artículo 2: *"situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"*, y por otra, en el artículo 4, a quienes se consideran personas con discapacidad: *"aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. [...] a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad"*.

De la lectura de todo ello, podemos concluir que la valoración de la discapacidad se ha de realizar caso por caso, e individuo por individuo, dado que es una circunstancia muy acotada.

Recordemos que el precepto no alude a la mera existencia de vulnerabilidad de la víctima, sino que el autor del hecho delictivo debe aprovecharse de esa situación especial, o lo que es lo mismo, utilizarlo como ventaja o como facilidad para cometerlo. Necesariamente tiene que darse un nexo causal o relación jurídica entre los elementos subjetivos y objetivos del tipo.

---

<sup>75</sup> Aunque, conviene reseñar que, existiendo una interpretación auténtica en el Código Penal, esa es la que debe primar a la hora de interpretar el artículo 268.

En este sentido, no todos los tipos de discapacidades que existen se van a considerar para la aplicación de esta exención, sino únicamente las sensoriales, las caracterológicas o las psíquicas, ya que el legislador entiende que son las que más probablemente sean utilizadas para la comisión del delito<sup>76</sup>.

Según el criterio del autor GARCÍA DAVID<sup>77</sup>, para considerar la existencia de abuso de vulnerabilidad, lo que implicaría no poder aplicar la causa de exención de la punibilidad del artículo 268, son necesarios dos requisitos:

- Es imprescindible que se dé un nexo causal o relación jurídica entre la vulnerabilidad y el fin perseguido por el autor del delito, es decir, mediante el abuso de esa situación le debe resultar más fácil la comisión de aquél.
- La víctima debe tener una patología clínica, aunque no esté debidamente diagnosticada, quedando excluidas en todo caso aquellas circunstancias en que tal patología no sea de suficiente entidad como para demostrar el nexo causal necesario entre la vulnerabilidad y la comisión del delito. Para tal labor, resultará indispensable la valoración del médico forense.

### Críticas al precepto

El parentesco como causa personal de exclusión de la pena ha sido objeto de **muchas reflexiones críticas**, y todas ellas comparten el mismo epicentro: la discordancia entre la regulación establecida por el artículo 268 del Código Penal y la realidad social en la que debe aplicarse.

Nos volvemos a referir de nuevo a la **evolución del concepto de familia** a lo largo de la historia, especialmente en los últimos 50 años, para fundamentar esta discordancia. Cuando se comenzó a regular esta causa de exclusión, todavía en ese momento perduraba el modelo de familia extensa (en la que existe una estructura jerarquizada, además de los vínculos de consanguinidad y afinidad) caracterizada por una efectiva convivencia y por una estrecha relación afectiva entre todos sus miembros. En este tipo de familia, las infracciones patrimoniales que pudieran cometerse no eran de mucha entidad, y además se ejercía un control social, de tal manera que los conflictos que se pudieran sobrevenir eran resueltos en el propio seno de la misma, por

---

<sup>76</sup> Ferrandis Ciprián, RGDP, 26, 2016, p. 5.

<sup>77</sup> García David, LLP, 146, 2020.

medio de mecanismos éticos y de conciliación, para poder mantener a salvo esa unión afectiva y no menoscabarla ni alterarla<sup>78</sup>.

Lejos queda ese modelo de familia, que fue evolucionando hasta la conocida como la “familia nuclear” actual, a la que ya nos hemos referido, compuesta normalmente por los cónyuges y su descendencia directa. Como ya no existe esa estructura jerarquizada, en la que convivían tantos miembros de la familia juntos, el control social que antes podía ejercerse se ha ido diluyendo, y los individuos han tendido a actuar de forma libre e independiente<sup>79</sup>.

Ya en 1973, el autor BAJO FERNÁNDEZ apuntaba que el legislador no había sabido responder ni adaptarse a los cambios imperantes de la realidad social: *“la familia actual se disgrega y los delitos económicos adquieren una diferente fenomenología en la sociedad industrial. El contenido vincular del parentesco adquiere menor intensidad y los efectos económicos del delito adquieren una mayor gravedad que en una economía eminentemente agrícola. [...] Esa conciencia de saberse perdonado o inexacta representación de la gravedad de la conducta que fundamentan la presunción de menor culpabilidad, no pueden darse en parentescos que han perdido toda intensidad vinculante ni en delitos de tan graves efectos”*<sup>80</sup>.

Esta crítica se fundamentaba en la redacción del artículo 564 del anterior Código Penal de 1973, que establecía lo siguiente:

#### **Artículo 564**

*“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:*

*1º.- Los cónyuges, ascendientes y descendientes o afines en la misma línea.*

*2º.- El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.*

*3º.- Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.*

*La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren en el delito”.*

---

<sup>78</sup> Ferrandis Ciprián, RGDP, 26, 2016, p. 2.

<sup>79</sup> Ferrandis Ciprián, RGDP, 26, 2016, p. 3.

<sup>80</sup> Bajo Fernández, El parentesco en el Derecho Penal, 1973, p. 142.

Si comparamos la redacción de este precepto con el vigente a día de hoy, podemos comprobar que, en cuanto al contenido, no ha variado apenas. Ello implica que, si ya en 1973 se consideraba que parecía que el legislador había ignorado por completo la evolución de la realidad social, en 2021 esta regulación está totalmente desfasada, debido no únicamente al cambio social que hemos presenciado en cuanto a la aparición de nuevos modelos y estructuras de familia, sino también al correspondiente cambio e innovación en la regulación de los mismos.

Volviendo al fundamento de esta causa de exclusión, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>81</sup>, se trata de una **razón de política criminal**, que evita inmiscuirse en el seno de la familia, lo que iría en contra del principio penal de mínima intervención, y por ello prefiere desviar el asunto a la jurisdicción civil, que considera menos traumática y más proporcionada a los intereses económicos afectados. Según el autor PÉREZ ARIAS, *“esta fundamentación doctrinal es una mera reinterpretación descontextualizada, basada en un Derecho Penal de mínimos al que no pertenece el artículo 268 del Código Penal”*<sup>82</sup>.

Existe un importante sector de la doctrina<sup>83</sup> que propone, de manera expresa, la derogación del artículo 268, fundamentándose, en primer lugar, en que este artículo concede una **ventaja totalmente injustificada al autor del delito patrimonial**, un trato de privilegio que se fundamenta en unas “razones decimonónicas de política criminal” que pretenden que se solucionen este tipo de conflictos en el seno de la familia, lo cual atenta contra las medidas de persecución de estos y otros delitos cometidos dentro del hogar, dejando completamente indefensos a los perjudicados por estos delitos; y, en segundo lugar, en que el fundamento de esta causa de exclusión ya no tiene sentido, hoy en día, en una sociedad que está padeciendo un **crecimiento desorbitado de todo tipo de delitos, incluyendo los cometidos en el ámbito familiar**.

Si acotamos un poco la visión de las críticas hacia este precepto, centrándonos en el ámbito de las **parejas**, este **privilegio interno intrafamiliar** se considera verdaderamente **injusto** por una parte de la doctrina, dado que son conductas que se considerarían delictivas de no haberse cometido dentro de la pareja, y que serían tratados por el ordenamiento penal. En estos casos,

---

<sup>81</sup> Pérez Arias, RIDJ, 21, 2019, p. 28.

<sup>82</sup> Pérez Arias, RIDJ, 21, 2019, p. 29.

<sup>83</sup> Magro Served, LLP, 80, 2011, pp. 6 y ss.

no se trata de que existan circunstancias de exoneración tradicionales de la responsabilidad penal, sino que la circunstancia que exime es la pareja en sí, de tal manera que *“lo que debería convertirse en una vía de protección mutua se acaba convirtiendo en otra de «aprovechamiento» de la convivencia para que quede exonerado el autor del hecho de responsabilidades”*<sup>84</sup>.

En cuanto a las separaciones de hecho o derecho y cese del matrimonio, claramente la causa de exclusión del artículo 268 queda vacía de argumento cuando **ha desaparecido la *affectio maritalis*, así como la convivencia familiar**. Los intereses económicos de los cónyuges se contraponen en los casos de separación de hecho o derecho y divorcio, tanto cuando está el proceso judicial en trámite como cuando está ya finalizado.

Así lo refleja la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de enero de 1996, rec. 746/1995, que señala: *“la sentencia de instancia estima —de acuerdo con la doctrina sentada en la S de 22 de junio de 1992— que la referida excusa absolutoria carece de toda razón de ser cuando ha desaparecido la *affectio maritalis* y también toda convivencia familiar, de tal modo que los intereses económicos de los cónyuges aparecen contrapuestos”*. Sin embargo, frente a este criterio, existe el contrario, por ejemplo en la Sentencia de 30 de marzo de 1989, siendo además, el mayoritario, el cual sostiene que para que no se aplique la causa de exclusión, es necesario que se haya dictado sentencia de nulidad o divorcio.

Otra crítica a este precepto radica en la **no necesidad de convivencia entre el autor y el perjudicado por el delito**, exceptuándose únicamente en los casos en que el grado de parentesco sea de afines de primer grado. Esta circunstancia difiere de lo contemplado en el artículo 564 del Código Penal de 1973, el cual si exigía convivencia entre hermanos y cuñados para beneficiarse de esta causa. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, de 24 de septiembre de 2003, rec. 119/2003, hace referencia a esta cuestión, entendiendo: *“Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí 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*

---

<sup>84</sup> Magro Servet, LLP, 90, 2012, pp. 79-84.



*supondría una excesiva intervención del Derecho Penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria”.*

La problemática principal de que el Estado no exija convivencia en el contexto de los descendientes, ascendientes y hermanos es que está presuponiendo que comparten los mismos intereses económicos dada la cercanía de su relación parental, pero, teniendo en cuenta la sociedad en la que vivimos actualmente, ese aspecto no se puede dar por supuesto. Llegada una cierta edad, cuando los hijos se han marchado ya de casa y se han independizado, forman núcleos familiares diferentes, incluso entre los propios hermanos, cada uno con sus intereses y necesidades económicas diferentes. Puede incluso darse la situación de que la relación entre ellos sea mala, o prácticamente inexistente. De esta manera el Estado permite que se cometan delitos patrimoniales entre parientes que no conviven, y que pueden no tener relación, sin que el Derecho Penal pueda responder ante esta indefensión.

Adicionalmente a todo lo añadido con anterioridad, **el artículo 268 no hace ningún tipo de alusión a la gravedad del injusto cometido, se permite la aplicación de la causa de exclusión sea cual sea el daño patrimonial causado.** Para poder aplicarla, deberían valorarse las necesidades y la capacidad económicas del perjudicado, porque dependiendo de estas, y del perjuicio patrimonial que se le haya causado, la gravedad y las consecuencias no son las mismas. Por ejemplo, no es lo mismo si un hijo le sustrae a su padre la cantidad de 1000 € para irse de viaje con sus compañeros de clase, si tenemos en cuenta que es una familia adinerada y sin ningún tipo de problema económico (aunque igualmente resultaría un comportamiento reprobable), que si se da el mismo supuesto, pero esta vez su familia está pasando por graves menoscabos económicos, percibiendo muy pocos ingresos mensuales. El menoscabo económico y patrimonial es mucho más grave en el segundo supuesto, pero para este artículo, ninguno respondería penalmente.

En el **ámbito procesal**, la circunstancia del parentesco se encuentra regulada por el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual establece que no podrán ejercitar acciones penales entre sí:

- Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

- Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros

Este precepto refleja, como subraya gran parte de la doctrina, que el simple hecho de compartir una determinada relación de parentesco origina una **desprotección casi absoluta en la posibilidad de ejercicio del derecho a una tutela judicial efectiva**.

Dentro de este mismo ámbito procesal, hay que considerar varias cuestiones, en atención a en qué **fase procesal procede apreciar la causa de exclusión** y si el Juzgado de Instrucción a que le corresponda el asunto se halla legitimado para ello, y a si **es necesario el enjuiciamiento penal o si debe remitirse a la jurisdicción civil** en cuanto se aprecie la causa.

Con respecto a la primera cuestión, la realidad es que **el Juez de Instrucción no está legitimado para apreciar la causa de exclusión**, dado que su valoración de los hechos tiene carácter provisional. Es el órgano de enjuiciamiento el que va a contar con todos los elementos probatorios propuestos y admitidos, y que por tanto, podrá llevar a cabo una valoración definitiva de los mismos. En atención a esas pruebas, deberá declarar la exención en sentencia, tal y como ocurre con los supuestos de exención de responsabilidad del artículo 20 del Código Penal, porque no puede dictar auto de archivo si los hechos investigados son constitutivos de delito<sup>85</sup>. **Se debe llegar, por tanto, a la fase de enjuiciamiento**, ya que en caso contrario, se estaría vulnerando el derecho de defensa del investigado.

La realidad es sin embargo que, en la mayoría de las ocasiones, los Jueces de Instrucción, contando con un informe favorable por parte del Ministerio Fiscal, emiten un juicio de valor que no les corresponde, pues no tienen capacidad de determinar y enjuiciar la concurrencia de las causas modificativas de la responsabilidad criminal, fuera de los casos legalmente establecidos de los artículos 800, 801, 802, 803 bis y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>86</sup>.

Y, con respecto a la segunda cuestión, acerca de si resulta necesario el enjuiciamiento penal, o de si se remite a la jurisdicción civil: como ya se ha mencionado, es necesario llegar a la fase de enjuiciamiento para que se valore la prueba y así poder apreciar la existencia o inexistencia

---

<sup>85</sup> *Magro Servet*, LLP, 80, 2011, pp. 6 y ss.

<sup>86</sup> *García David*, LLP, 146, 2020.

de esta causa de exclusión. El artículo 268 del Código Penal nada dice acerca de si es necesario que se remita a un procedimiento civil separado.

En atención a este extremo, encontramos algunas sentencias del Tribunal Supremo que lo resuelven:

- STS 851/16, de 11 de noviembre, que dice: *“resulta evidente que, para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil”*.
- STS 436/18, de 28 de septiembre, que establece que, *“entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal, que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello”*.

Así, existe una visión generalizada en la doctrina de que efectivamente **esta causa de exclusión de la punibilidad debe valorarse en el propio proceso penal, y es en este mismo en el que debe resolverse la responsabilidad civil derivada del delito**, en caso de que se acredite su comisión.

### **3.iii.- Relación entre los artículos 23 y 268 del Código Penal**

El artículo 23 del Código Penal, a diferencia del artículo 268, contiene una circunstancia mixta en cuanto a la apreciación del parentesco como modulador de la responsabilidad criminal.

#### **Artículo 23**

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

Esta concepción del parentesco es **tradicional en el Derecho español**, ya que ha estado presente en el mismo en todos los Códigos Penales vigentes desde el de 1870, aunque es desde el año 1928 a partir del cual se empieza a considerar como una circunstancia mixta.<sup>87</sup>

Tradicionalmente, se ha mantenido la postura de que el parentesco actúa como una circunstancia **agravante** en aquellos **delitos** denominados “**contra las personas**”, en los que bienes jurídicos lesionados suelen ser la vida, la integridad física o psíquica y la libertad e indemnidad sexual, mientras que en aquellos delitos en los que predomina su carácter **patrimonial** actúa como **atenuante** de la responsabilidad criminal.<sup>88</sup>

Conviene determinar cuál es el fundamento de esta consideración de la circunstancia de parentesco, en primer lugar con respecto a su agravación, y en segundo lugar, a su atenuación.

En el contexto familiar, desde una perspectiva subjetiva, las relaciones de parentesco están dirigidas a **compartir un proyecto vital**, es el fin último de la familia, y para ello, cobran especial relevancia ciertas cualidades, como la **lealtad**, la **confianza**, y el **afecto** y **respeto** mutuos entre los miembros de la familia. De tal manera que cuando un individuo lesiona un bien jurídico de otra persona a la que está unida mediante una relación de parentesco, ha infringido un deber especial de actuación, ha traicionado su confianza y ha abusado de ella. Por ello, la agravante de parentesco podría considerarse una subespecie de la de abuso de confianza, ya que **el pariente autor del hecho se vale de la confianza** existente en la relación familiar para lesionar un bien jurídico protegido, **la pena ha de ser mayor**<sup>89</sup>; opinión que comparten algunos autores, como MIR PUIG o LUZÓN-PEÑA.

Por otro lado, la apreciación del parentesco como **atenuante** también tiene en cuenta las cualidades de lealtad, convivencia, y relación de afectividad, pero pone el acento en otro tipo de delitos, aquellos que poseen únicamente carácter patrimonial<sup>90</sup>. Ahí radica la diferencia, ya que tradicionalmente, como ya se ha relatado a lo largo de este trabajo, se consideraba a la familia como una institución de control social, encargada de la resolución de los conflictos que pudieran sobrevenirse mediante mecanismos éticos, y en la que normalmente, las infracciones patrimoniales no eran de gran relevancia. Así, el parentesco como atenuante está relacionado

---

<sup>87</sup> *Mestre Delgado*, La atenuante y la agravante de parentesco, 1995, p. 12.

<sup>88</sup> *Íñigo Corroza*, InDret, 4, 2011, p. 8.

<sup>89</sup> *Íñigo Corroza*, InDret, 4, 2011, pp. 10-11.

<sup>90</sup> Este aspecto en concreto no viene exigido, expresamente, por el artículo 23 del Código Penal como tal, sino que responde más bien a una interpretación jurisprudencial y doctrinal.

con la **alteración de la motivación del autor a la hora de lesionar el bien jurídico**, en este caso es la afectividad la que afecta e influye a la capacidad del sujeto de ser motivado por la norma penal<sup>91</sup>.

Por lo tanto, con respecto al artículo 268 del Código Penal, lo que entiende parte de la doctrina es que al contemplar única y exclusivamente delitos patrimoniales, no cabe apreciar el parentesco como agravante. La diferencia de aplicación entre este artículo y el artículo 23 radica, principalmente, en que en los casos de este último el delito se comete por razón del parentesco, es decir, el parentesco tiene relevancia en cuanto al motivo de comisión del delito<sup>92</sup>

En resumen, a día de hoy siguen vigentes aquellas razones de política criminal según las cuales no procede la respuesta penal en aquellos delitos cometidos entre determinados parientes, en aras de la protección de la familia como institución. Tal y como ha quedado demostrado, estas razones ya no tienen razón de ser, la sociedad ha ido más rápida que la legislación, y actualmente ya no se pueden tener en cuenta estas circunstancias, y confiar en que sea la familia quien ejerza un control social sobre sus miembros y solucione sus conflictos.

Lo único que se logra por medio de la aplicación de estas circunstancias totalmente desactualizadas es generar una situación de indefensión a aquellos individuos que se ven perjudicados en delitos cometidos contra ellos por su propia familia. Esta causa de exclusión únicamente tiene sentido cuando la familia, de forma efectiva, pueda actuar como instancia de control social, porque respondería a su fin; y en la sociedad actual, dada la disgregación que se ha producido en las familias, ese control ya no es plausible, porque los cónyuges forman un núcleo familiar, y cada uno de sus descendientes uno distinto, con sus propias normas, e incluso pueden tener mala relación entre ellos. Es más, dada esta situación, el abuso de confianza es lo que se utiliza para cometer este tipo de hechos delictivos, porque son miembros de la familia, inevitablemente se tiene una confianza y un afecto; pero no olvidemos que, una vez que cada uno crea un núcleo familiar independiente del troncal, los intereses y necesidades económicos cambian, y pasan a ser los del núcleo independiente, no los del troncal. Y si efectivamente se abusa de la confianza mutua, la cual debe su existencia a la relación de parentesco entre ambas partes, ya no podríamos hablar de una circunstancia eximente o atenuante de la responsabilidad criminal, sino de una clara circunstancia agravante.

---

<sup>91</sup> *Íñigo Corroza*, InDret, 4, 2011, pp. 17-18.

<sup>92</sup> *Íñigo Corroza*, InDret, 4, 2011, p. 15.

### 3.iv.- Análisis jurisprudencial

Aunque a lo largo del trabajo se ha ido haciendo referencia a diferentes sentencias, este apartado sirve de guía para comprobar cuál ha sido el tratamiento del parentesco como causa de exclusión de la punibilidad por nuestros tribunales.

La **tendencia** de nuestros tribunales durante estos últimos años ha sido llevar a cabo una **interpretación extensiva** en cuanto a la causa de exclusión de la punibilidad del artículo 268 del Código Penal se refiere, lo cual contradice, no solo lo establecido por la doctrina, sino también lo dictaminado por jurisprudencia anterior: numerosas Sentencias del Tribunal Supremo, que ya podrían considerarse como históricas, teniendo en cuenta la fecha en la que fueron dictadas, afirmaban que tal precepto debía interpretarse de manera restrictiva, sin que cupiera su extensión analógica a otros delitos ni a otras personas distintos de los contemplados por la norma (SSTS de fecha 18/11/1878, 16/3/1909, 28/9/1927, 6/4/1954, 25/1/1955, 22/5/1956, 14/5/1963, 27/1/1967, 24/2/1968, 15/3/1969, 10/11/1969, 23/1/1970, 2/5/1972 , 10/6/1972, 21/2/1975, 26/2/1975)<sup>93</sup>.

Esta interpretación extensiva se fundamenta atendiendo, no sólo al artículo 268 del Código Penal, sino también al artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto se dé un ámbito en el que se exceda la aplicación del primer precepto. Es decir, cuando no cabe la exención de pena según el artículo 268 del Código Penal, la tendencia de la jurisprudencia es ampararse en el artículo 103 de la ley procesal penal, y así vetar el ejercicio de la acción penal para determinadas personas, en aras a su relación de parentesco con el autor.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 360/2013, de 3 de septiembre, indica que efectivamente existe una doble limitación por parte de la legislación española en cuanto a la incidencia del Derecho Penal en el contexto familiar:

- En primer término, a través del proceso penal, vetando el ejercicio de la acción penal a determinadas personas en función de su relación de parentesco con el autor del hecho delictivo, por mor del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- En segundo término, a través del Derecho Penal sustantivo, eximiendo de pena a aquellas personas que hayan cometido un delito de carácter patrimonial contra otras con

---

<sup>93</sup> *Pérez Arias*, RIDJ, 21, 2019, p. 31.

las que guarden una determinada relación de parentesco, por mor del artículo 268 del Código Penal.

Esta corriente jurisprudencial genera una situación de indefensión plausible en aquellos perjudicados por estos delitos, ya que en caso de que no se aprecie la exención de pena ex artículo 268, el tribunal considera que no cabe el ejercicio de la acción penal entre parientes, fundamentándose en el artículo 103. Además, implica una despenalización “de facto” de delitos para los que nunca el legislador previó la causa de exclusión de la punibilidad<sup>94</sup>.

No todas las sentencias aplican el mismo criterio. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo 933/2010, de 22 de octubre, niega esta situación, ya que considera que los planos jurídicos sobre los que operan ambos artículos no se superponen, ya que uno se refiere al ámbito estrictamente procesal en cuanto a la posibilidad de inicio del ejercicio de la acción penal, mientras que el otro regula una causa de exclusión de la punibilidad derivada del parentesco.

No obstante, queda patente la existencia de un conflicto de leyes en este ámbito, que requeriría de resolución, puesto que, tal y como están contemplados ambos preceptos hoy en día, caben ambas interpretaciones, lo que desvirtúa la unidad y coherencia del Ordenamiento Jurídico.

Otra corriente jurisprudencial que conviene analizar es aquella que se pronuncia en materia de **cuándo debe ser apreciada la causa de exclusión de punibilidad, y si debe llegar a la fase de enjuiciamiento**. Este aspecto ya ha sido tratado en un apartado anterior y, como ya ha quedado patente, se requiere necesariamente llegar a la fase de juicio oral, a fin de poder valorar correctamente la prueba, ya que en fase de instrucción solo se realiza una valoración provisional, y el Juez de Instrucción no está legitimado para poder apreciar circunstancias modificativas de responsabilidad criminal.

Sin embargo, nos podemos encontrar con criterios contrarios: sentencias que en efecto afirman lo anteriormente dicho, y sentencias que decretan que es posible el archivo o sobreseimiento en la fase intermedia del procedimiento.

En atención a la primera postura jurisprudencial, la Sentencia 42/2006 del Tribunal Supremo dictamina que en ningún caso se puede declarar un archivo directo de las actuaciones en fase instructora, atendiendo a la posibilidad de aplicación del artículo 268 del Código Penal. Y en

---

<sup>94</sup> *Pérez Arias*, RIDJ, 21, 2019, p. 33.

consonancia con esta, en la Sentencia del mismo Tribunal 83/2010, de 11 de febrero, se acuerda la absolución, por mor del artículo citado, en la fase del juicio oral, toda vez que el Ministerio Fiscal no ejercitó la acusación, y la acusación particular solo se fundamentaba en delitos de estricto carácter patrimonial.

Por el contrario, en atención a la segunda postura, la Sala 2ª del Tribunal Supremo, en Sentencia 361/2007, de 24 de abril, admitió la posibilidad de que se aprecien los efectos de la causa de exclusión de la punibilidad en la fase de instrucción, y como tal, procedía el sobreseimiento de la causa, al amparo del artículo 637.3 de la ley procesal penal.

En atención a esta corriente jurisprudencial, resulta llamativo el razonamiento de la Audiencia Provincial de Zaragoza en su Sentencia 18/2016, de 25 de enero:

*“Nos encontramos ante el ejercicio de acciones penales por delitos patrimoniales y de falsedad de una persona contra su cuñado, lo que está prohibido por el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo cual se debió ya apreciar en fase de instrucción. Como dice la STS 834/200750, de 22 de octubre, que los órganos jurisdiccionales intervinientes en el proceso no hubieran declarado la falta de legitimación activa para el ejercicio de la acción penal contra el acusado por su hermana y el marido de ésta (hermano por afinidad), en momento anterior a la celebración del juicio oral, no empece en modo alguno la realidad de que el artículo 103 Ley de Enjuiciamiento Criminal no permite a ninguno de ellos tal ejercicio acusatorio cuando no se trata de delitos cometidos contra las personas. La nitidez de la norma, que no admite interpretaciones, tenía que ser necesariamente conocida por el Letrado de las acusaciones particulares, a pesar de lo cual persistieron en mantener la imputación en el tiempo, sin razón o justificación alguna en clara y patente rebeldía contra la disposición legal. Esta contumacia en la ilegalidad, [sigue indicando esta Sentencia], no puede tener otra causa que la mala fe procesal y la temeridad de quienes así obraron, por lo que, sin duda, procede la estimación de lo establecido en el artículo 240.3º Ley de Enjuiciamiento Criminal, imponiendo a los querellantes particulares el pago de las costas correspondientes al indebidamente querellado”.*

De este pronunciamiento hay varios aspectos que llaman la atención:

- La apreciación de que el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no puede admitir apreciaciones.



- La sanción impuesta a la acusación particular por medio del pago de costas, fundamentada en mala fe.

Desafortunadamente, en este sentido se han dictado varias sentencias, lo que implica una vulneración del derecho de defensa del perjudicado:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 91/2006, de 30 de enero, reconoce que cuando se dan con claridad los presupuestos de la causa del artículo 268, la prosecución del proceso penal no se halla debidamente justificada.
- En este mismo sentido, con respecto a la declaración de la responsabilidad civil, la Sentencia del Tribunal Supremo 430/2008, de 25 de junio, establece que *“el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal”*.

La realidad es que no hay un momento tipificado en el que deba operar la causa de exclusión de punibilidad del artículo 268. Pero, si recordamos, esta causa debe partir necesariamente de un hecho típico, antijurídico y culpable, no estamos ante una causa de justificación ni ante un motivo de exclusión de la culpabilidad. Por lo tanto, según el autor Pérez Arias, y un sector amplio de la doctrina *“se hace necesario determinar, para reclamar la responsabilidad civil a que limita el Código Penal la actuación de la víctima, si el hecho objeto de conflicto abarca el tipo de injusto y resulta culpable. Dichas cuestiones, de naturaleza penal estricta, pueden y deben ser valoradas en el orden penal. No consideramos aplicable la posible reserva de acciones civiles en este caso, pues dándose esta es evidente que el proceso penal no tendría misión alguna para la víctima. Distinto sería que se obtuviera una sentencia de condena y se decidiera, motu proprio, acudir a la vía civil para la depuración de la responsabilidad civil, pues en este caso la sentencia penal actuaría como premisa fáctica de los hechos a dilucidar en el orden civil (efecto positivo de la cosa juzgada)”*<sup>95</sup>.

### **3.v.- Consideraciones personales**

De todo el análisis efectuado en este capítulo, hay una premisa clara que conviene destacar, y es que, efectiva e irremediablemente, el artículo 268 del Código Penal no está debidamente

---

<sup>95</sup> Pérez Arias, RIDJ, 21, 2019, p. 40.

redactado para que las necesidades imperantes en la sociedad en el contexto familiar queden reflejadas y reguladas del modo más adecuado posible.

En los últimos 50 años, hemos presenciado un gran cambio en la estructura familiar, lo cual ha favorecido la independencia y libertad de sus miembros, pero ha ido en detrimento de ese control social que caracterizaba a la institución, y que era el modo de resolución de los conflictos patrimoniales dentro del contexto familiar.

Al igual que hemos presenciado ese cambio en el ámbito familiar, es más que evidente que nos encontramos en una sociedad en la que cada vez se cometen más delitos, y eso también incluye a los delitos cometidos en dicho ámbito. Al no existir ese control social, los miembros de una familia nuclear, que serían los dos cónyuges y sus hijos, a medida que van pasando los años, se van desligando, formando cada uno de los hijos un núcleo familiar independiente, además del conformado por los dos cónyuges. Cada núcleo familiar independiente va a tener unos intereses económicos, que no tienen por qué coincidir con los del troncal, lo que implica que es posible que cada uno actúe en su propio beneficio.

Lamentablemente, hay muchos ejemplos de esto, en muchas familias se están ocasionando problemas porque los hijos cometen robo o hurto contra sus propios progenitores, o entre los hermanos, para sus necesidades propias y egoístas. Debido a la causa de exclusión de la punibilidad del artículo 268 del Código Penal, el Estado de Derecho les ha dejado desamparados, sin ningún tipo de protección que puedan argüir, y ni siquiera pueden solicitar medidas cautelares para impedir su continuación.

La circunstancia eximente incluida en este artículo ya no tiene fundamento, ya que está basada en unas razones de política criminal que hoy en día no se sostienen, y que lleva a muchas familias a vivir situaciones de absoluta indefensión y sin poder recurrir a la administración para obtener una debida tutela.

Es de vital importancia recordar un aspecto vital: la familia no se puede elegir. No quiero decir con ello que estemos rodeados de potenciales delincuentes, nada más lejos de la realidad, la mayoría de las familias mantienen una buena relación, o al menos cordial; no obstante, las relaciones familiares no tienen el mismo peso que tenían antaño, y a diferencia de aquellos tiempos, ahora no existe ese control que se ejercía por parte de la jerarquía familiar, ahora nada impide que se cometan esos delitos, y lo que es más grave, los autores suelen quedar impunes.

Existe un sector doctrinal partidario de que se derogue este artículo, mientras que otra parte de la doctrina entiende la utilidad del precepto. Lo que es evidente es que la dicción del precepto no puede mantenerse de esta manera, implica una desprotección e indefensión absoluta por parte del Derecho Penal, las familias se enfrentan a un muro infranqueable.

A título de ejemplo, debería contar con una apreciación acerca de la gravedad del injusto, porque no es equiparable que un hijo de 14 años le robe 80 € a su madre, que un hijo de 45 años, independizado y viviendo con su propia familia desde hace más de 15 años, con un trabajo estable y formación, le robe a su madre 10.000 €.

O, al menos, que se les brinde a aquellos que lo necesiten mecanismos de defensa para poder evitar que se siga produciendo un perjuicio patrimonial, aunque luego en la sentencia se le exima de pena. Son muchas las familias que se ven afectadas por estos problemas, y ante la falta de mecanismos de tutela por parte del Estado de Derecho, no les queda otra opción que sentir impotencia ante los reiterados delitos cometidos sobre sus pertenencias, por miembros de su propia familia.

## CONCLUSIONES

Del análisis efectuado en este Trabajo de Fin de Máster, no cabe duda de que nos encontramos ante una de las figuras más relevantes en nuestro Ordenamiento, dada su gran tradición histórica, y la importancia que la familia representa dentro de la vida de cada individuo.

No obstante, en este caso, la evolución de la sociedad ha ido más rápido de lo anticipado por el legislador, y éste no ha sabido adaptarse a las necesidades y demandas de la misma. La redacción del artículo 268 del Código Penal no ha cambiado prácticamente con respecto a la del artículo 564 del Código Penal de 1973, lo cual dista mucho de ser un reflejo fiel de la realidad social.

El concepto de familia que se tenía a mediados del siglo XX, poco o nada tiene que ver con el actual, y si ya en 1973 existían críticas con respecto a la apreciación del parentesco como causa eximente en los delitos de carácter patrimonial, a día de hoy, directamente, no tiene razón de ser.

A lo largo de estos años no solo hemos presenciado la regulación de nuevas formas de familia, sino también una modificación del propio concepto, llamémoslo, “tradicional”: la familia nuclear, el modelo más extendido hoy en día, está formada por ambos cónyuges, y su descendencia directa; una vez que sus descendientes cumplen una determinada edad, cada uno forma su propio núcleo familiar, completamente independiente del inicial, y de los colaterales, teniendo cada uno unos intereses económicos y necesidades distintas, y ya no existe convivencia.

Una vez expuesto esto, caben dos opciones: que haya buena relación entre los diferentes núcleos, y que la vida transcurra con total normalidad; o bien que la relación sea defectuosa, o inexistente, y ello implique o aliente que se cometan injustos patrimoniales, ya que el autor se cree totalmente libre de hacerlo, y sabe que no va a recibir castigo por ello. Para bien o para mal, la familia no se elige, y aunque no esté queriendo decir que la segunda situación sea la habitual, ni mucho menos, sí que es verdad que en la sociedad actual cada vez se cometen más delitos y, por ende, también se cometen más delitos en el contexto familiar.

La causa de exclusión de punibilidad del artículo 268 comporta, por tanto, una gran indefensión para aquellas familias que sufren estas situaciones, las cuales se sienten impotentes ante la falta

de tutela por parte del Estado de Derecho, lo cual va en contra, incluso, de la protección que inspira la Ley Orgánica 1/2004 y su propia filosofía de tutela.

Si acudimos al ámbito jurisprudencial, la indefensión del perjudicado se magnifica, ya que, debido a la existencia de este precepto, las familias ni siquiera pueden solicitar medidas cautelares contra aquél que ha lesionado su patrimonio. Adicionalmente, es muy generalizada la práctica por parte de los Tribunales, concretamente los Juzgados de Instrucción, de dictar auto de sobreseimiento libre, lo cual excede de su competencia legal ex artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y, dado que estamos ante una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, la exención debe declararse en Sentencia, y por tanto debería llegarse a la fase de enjuiciamiento por el Juzgado de lo Penal, al igual que sucede con los supuestos del artículo 20 del Código Penal.

En conclusión, convendría que se realizara, como mínimo, una reforma legal del precepto, y se acotase más el supuesto de hecho, dado que abarca muy diversas relaciones de parentesco, pero sin embargo no incluye ninguna condición, ni especifica a que circunstancias quedaría circunscrita su aplicación: no es lo mismo una pareja de hecho que una unión matrimonial, un matrimonio que lleva felizmente casado 30 años que uno que está en pleno proceso de separación, o dos hermanos que conviven que un hermano con el que hace 5 años que no tienes siquiera contacto con él.

Estas apreciaciones mejorarían la situación de indefensión y desprotección en la que se encuentran ahora mismo muchas personas, y además propiciaría el fin último del Derecho Penal, que es prohibir esas conductas que perjudican el correcto desarrollo de la sociedad, y que, quien sea responsable de su realización, responda de sus actos, al mismo tiempo que quien se haya visto perjudicado por dicha conducta, se vea resarcido.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Bajo Fernández, Miguel.* El Parentesco en el Derecho Penal, Bosch, Barcelona, 1973.
- Demetrio Crespo, Eduardo (coord..).* Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, Tomo II – Teoría del Delito, 2ª edición, Iustel, Madrid, 2015.
- Ferrandis Ciprián, Daniel.* Alcance de la excusa absolutoria de parentesco en los delitos patrimoniales tras la reforma de 2015, RGDP, 26, 2016, pp. 1 y ss.
- García David, Alejandro J.* La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Problemática principal y necesidad de enjuiciamiento, LLP, 146, 2020, “Estudios monográficos”.
- Íñigo Corroza, Elena.* Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco. Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta circunstancia, InDret, 4, 2011, pp. 1 y ss.
- Luzón-Peña, Diego-Manuel.* Lecciones de Derecho Penal. Parte general, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- Magro Servet, Vicente.* Interpretación de la excusa absolutoria del artículo 268 CP. Hacia una propuesta de derogación de la exención de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales cometidos entre parientes, LLP, 80, 2011, pp. 6 y ss.
- Mir Puig, Santiago.* Derecho Penal. Parte general, (colaboradores: *Gómez Martín, Víctor/Valiente Iváñez, Vicente*), 10ª edición, Reppertor, Barcelona, 2015.
- Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes.* Derecho Penal. Parte general, 10ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Pérez Arias, Jacinto.* La excusa absolutoria familiar en los delitos patrimoniales y la imposibilidad de acción penal entre parientes, RIDJ, 21, 2019, pp. 25-46.
- Roso Cañadillas, Raquel.* La apropiación indebida en la pareja. Amor, codicia y desamor, RDPCrim, número extraordinario 1, 2013, pp. 241-267.
- Zárate Conde, Antonio/González Campo, Eleuterio.* Derecho Penal. Parte general, La Ley, Las Rozas (Madrid), 2015.