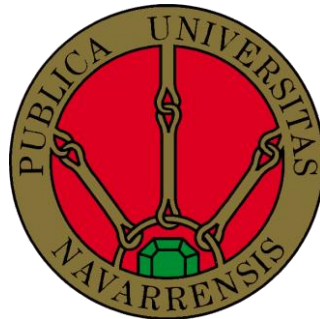


# La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal



UNIVERSIDAD PÚBLICA DE NAVARRA

TRABAJO FIN DE MÁSTER ACCESO A LA ABOGACÍA

*Iñigo Olza Sanz*

*Septiembre 2014*

## ÍNDICE DEL TRABAJO

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>5</b>
<b>2. ANÁLISIS JURÍDICO .....</b>	<b>7</b>
2.1 <i>Teoría del delito .....</i>	7
2.2. <i>El concepto de delito: .....</i>	8
2.3. <i>Las excusas absolutorias .....</i>	12
2.3.1. <i>Origen y etimología .....</i>	12
2.3.2. <i>Concepto y fundamento .....</i>	13
2.3.3. <i>Clases .....</i>	15
2.3.4. <i>Distinción con otras figuras .....</i>	16
2.3.5. <i>Las excusas absolutorias en el Código Penal Español de 1995 .....</i>	17
<b>3. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>20</b>
3.1. <i>Tipo penal.....</i>	20
3.2. <i>Comentario/crítica al precepto legal.....</i>	21
3.3. <i>Fundamento de la excusa absolutoria del artículo 268 CP .....</i>	24
3.4. <i>Elementos del precepto .....</i>	28
3.5. <i>Ámbito de aplicación .....</i>	34
3.6. <i>¿A qué delitos es aplicable? .....</i>	36
3.7. <i>Consideraciones finales .....</i>	36
<b>4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>37</b>
4.1. <i>Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 23 de Junio de 2010 ....</i>	37
4.2. <i>Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2ª de 24 de abril de 2007 .....</i>	40
4.3. <i>Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2ª de 2 de febrero 2011 .....</i>	43
4.4. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 7 de diciembre de 2011 .....</i>	44

4.5. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 13 de Noviembre de 2003</i> .....	45
4.6. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de Diciembre de 2012</i> .....	47
4.7. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de enero de 2004</i> .....	48
4.8. <i>Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 julio de 2011</i> .....	49
4.9. <i>Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2001</i> .....	50
<b>5. CONCLUSIONES – OPINIÓN PERSONAL .....</b>	<b>51</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>53</b>
<b>7. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>54</b>
7.1. <i>Legislación</i> .....	54
7.2. <i>Jurisprudencia referenciada</i> .....	54

## ***ÍNDICE DE ABREVIATURAS UTILIZADAS:***

**CE:** Constitución Española, 1978.

**CP:** Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

**LECrim:** Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

**LOPJ:** Ley Orgánica del Poder Judicial mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

**LO:** Ley Orgánica.

**TC:** Tribunal Constitucional.

**Núm.:** Número

**Art. y Arts.:** Artículo y Artículos

**Pág. o Págs.:** Página o Páginas

**FJ:** Fundamento jurídico

**JPI:** Juzgado de Primera Instancia

**SAP:** Sentencia de Audiencia Provincial

**STS:** Sentencia de Tribunal Supremo

**STC:** Sentencia de Tribunal Constitucional

**ACP:** Antiguo Código Penal

**CP 1973:** Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre

**Prof.:** Profesor

**Vol.:** Volumen

**Ed.:** Edición

**RJ:** Referencia Jurídica

**V. Gr:** Verbi gratia

**EDJ:** Base de datos jurídica El Derecho Jurisprudencia

**EDL:** Base de datos jurídica El Derecho Legislación

## 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo fin de máster que ahora presento versa esencialmente sobre la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal, realizando también, previamente, una breve mención a las excusas absolutorias en nuestra legislación penal. El motivo por el cual he elegido este tema para la elaboración de mi trabajo fin de máster fue esencialmente el total desconocimiento que tenía sobre el tema la primera vez que oí hablar de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Durante las prácticas realizadas en el despacho asignado durante la ejecución del Máster de Acceso a la Abogacía se me presentó para su estudio un caso de estafa en el cual concurría la excusa que titula el presente trabajo. Estando en dicha época en período de elección de un tema para la elaboración del trabajo final se me presentó la oportunidad idónea para abordar con detalle un tema jurídico que no había estudiado durante la licenciatura y sobre el cual tenía numerosas incógnitas.

Una vez explicada la razón por la cual elegí el “leit motiv” de mi trabajo fin de máster me gustaría a continuación realizar una breve exposición de cómo he estructurado el presente así como los objetivos que persigo con el mismo.

En primer lugar me gustaría abordar el tema de más a menos, es decir, partir de los fundamentos de las excusas absolutorias y su relación con la teoría general del delito, pasando por las clases de excusas absolutorias presentes en nuestra legislación penal y finalmente llegar al examen concreto y preciso de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal; pues creo que partir directamente al examen de la misma sin realizar si quiera un somero examen del contexto jurídico en el cual se sitúa conllevaría a un trabajo y una visión de la misma un tanto reduccionista e incompleta.

Una vez alcanzada la clave de bóveda de mi trabajo intentaré realizar un examen pormenorizado de la excusa absolutoria del 268, desgranando y analizando el precepto atendiendo a los numerosos comentarios doctrinales que sobre la misma se han realizado, analizar su precedente legislativo (el artículo 564 del Código Penal de 1973), su correlación con el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, etc., terminando con una recopilación jurisprudencial de las sentencias a nuestro

juicio más destacables relativas a la excusa absolutoria. Por lo tanto y en atención a lo señalado anteriormente, podríamos señalar como objetivos del presente trabajo los siguientes:

- Lograr una visión nítida de las excusas absolutorias en general y su correlación con la teoría del delito.
- Analizar en profundidad la excusa absolutoria del artículo 268 CP, su tipo, sus elementos, su fundamento y su naturaleza.
- Contrastar los comentarios y críticas doctrinales que sobre la misma se han realizado.
- Estudiar la aplicación práctica por parte de los tribunales españoles de la excusa absolutoria, analizando para ello los pronunciamientos jurisprudenciales más relevantes.

Por lo señalado *ut supra*, he considerado estructurar mi trabajo de la siguiente manera. En primer lugar comenzar por un análisis jurídico del delito a modo de introducción, analizando someramente cada uno de sus elementos, para, en segundo lugar, pasar a hablar ya de las excusas absolutorias, analizarlas en general y señalar las presentes en nuestra legislación penal.

En tercer lugar llegar al tema sobre el cual orbita mi trabajo, la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Sobre ella hablaremos como es lógico largo y tendido de todo lo que tiene que ver con la misma: sus antecedentes jurídicos, su fundamento, sus elementos, crítica, requisitos de aplicación, efectos de su aplicación y realizando unas consideraciones finales finalmente.

En cuarto lugar realizaremos un recorrido jurisprudencial de la excusa analizando diversos pronunciamientos judiciales, ya que, como iremos viendo, debido a la ambigüedad del precepto, la excusa ha debido ser interpretada e integrada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo de los años.

Por último concluiremos el trabajo con una opinión personal en la que señalaré unas breves conclusiones subjetivas a todo lo expuesto anteriormente.

## 2. ANÁLISIS JURÍDICO

### 2.1 Teoría general del delito

Como bien es sabido, el delito en el Derecho penal se suele definir como la “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”. Por tanto en esta definición se contiene la estructura básica del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Si bien cabe señalar que, algunos autores añaden también la punibilidad como quinto elemento, por lo que delito sería toda acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Respecto al concepto de punibilidad podemos definirla de la siguiente manera: la punibilidad es cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena (dependiendo de ciertas circunstancias), en el terreno de la coerción materialmente penal no es una característica del delito sino el resultado de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable que cumple determinadas condiciones.

Autores como Jiménez Segado<sup>1</sup>, comprenden la punibilidad como último elemento esencial del concepto de delito y sostienen que, en caso de concurrir determinadas causas en una acción típica, antijurídica y culpable, no pueda hablarse técnicamente de delito porque la punibilidad ha sido excluida.

Sin embargo, podríamos decir que esta postura doctrinal es minoritaria en la actualidad ya que, para muchos autores esta fundamentación es incorrecta porque el delito existe pese a que, por motivos muy residuales de oportunidad, o de política criminal, quedara fuera de lo punible, pero no por ello deja de ser un delito; sin que su argumentación de que deje subsistente la responsabilidad civil y las posibilidades de legítima defensa apoyen su tesis sino más bien la contraria. Creemos que esta es la postura correcta de no considerar la punibilidad como elemento esencial del delito, considerándola más bien como un presupuesto adicional de la pena, o bien como un elemento común o esencial únicamente para un grupo muy reducido de delitos. En este

---

<sup>1</sup> *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal*. CARMELO JIMENEZ SALGADO, Editorial Dykinson, Madrid 2003, pág. 114



sentido señala Cerezo Mir<sup>2</sup>, que si incluimos la punibilidad en el concepto de delito estaríamos incurriendo en una “tautología meramente aparente y ello, al incluirse lo definido en la definición por lo que estaríamos definiendo el delito no por sus caracteres sino por sus consecuencias”.

## **2.2. El concepto de delito:**

Como hemos señalado el concepto de delito precisa de la existencia de una “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”, conceptos que de manera sucinta se concretan en los siguientes aspectos:

1. Acción u omisión: entendida como la base de toda la estructura del delito, por lo que se considera a la acción como núcleo central y el sustrato material del delito, esto es, su concurrencia es presupuesto indispensable para los demás requisitos del delito y, por tanto, la ausencia de acción dispensa ya de examinar cualquiera de los otros elementos. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

Una de las principales funciones del concepto de acción es servir de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que puedan ser relevantes para el Derecho penal. El concepto de acción ha experimentado una marcada evolución en la que se han entremezclado puntos de vista filosóficos, político-criminales y dogmáticos.

Así pues podemos abordar la acción desde diversos puntos de vista como:

-Concepto causal o tradicional de acción: La acción sería la "conducta voluntaria humana, que consiste en un movimiento de su organismo destinado a

---

2 *Curso de derecho penal español vol. I*, CEREZO MIR, JOSÉ, Editorial Tecnos, Madrid 1990, pág. 256

producir cierto cambio, o la posibilidad, en el exterior del mundo vulnerando una norma prohibitiva”.

- Concepto finalista de acción: Toda la vida comunitaria de los seres humanos se estructura sobre la actividad final de éstos. Los miembros de la sociedad pueden actuar conscientes del fin, es decir, proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia del fin. Esta actividad final se denomina acción.

Una acción humana sería un ejercicio de actividad final. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que la persona humana, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad. Puede proponerse fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan previamente trazado, a la consecución de esos fines. Se suele criticar de las teorías finalistas de la acción que este concepto final no se acomoda bien a la estructura de los delitos de omisión propia, pues en ellos por definición no hay control o supradeterminación final de un curso causal; se critica también que esta teoría responde a un modelo demasiado racionalista de la conducta humana, ya que hay multitud de actuaciones humanas en que el sujeto no se plantea ni piensa en fin u objetivo alguno.

-Concepto social de la acción: es un concepto declaradamente normativo pues se remite como mínimo a las normas y usos sociales para delimitar lo que tiene relevancia o trascendencia social de lo que no la tiene, aduciendo por tanto, que sólo lo socialmente relevante va a ser también jurídicamente relevante y lo que carezca de esa cualidad se puede descartar de entrada como acción, pues no le va a interesar al Derecho Penal como posible base de un delito.

2. Tipicidad: Se denomina tipicidad al encuadramiento o adecuación de la conducta humana en un tipo penal. Cuando la ley describe el homicidio diciendo «el que matare a otro [...]», el tipo está constituido por el hecho concreto de matar a otro. La tipicidad nace del principio de legalidad, según el cual, todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, deben estar regulados por la ley.

En el tipo se incluyen todas las características de la acción prohibida que fundamentan positivamente su antijuricidad.

El tipo es una figura que crea el legislador haciendo una valoración de una determinada conducta delictiva. Se puede decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.

Por tanto el tipo cumple diversas funciones:

-de garantía o plasmación de la legalidad en su garantía criminal, esto es, asegurar que únicamente sean delito las conductas antijurídicas seleccionadas y descritas por la ley penal.

-de determinación general de conductas: destaca frente a toda la sociedad que una determinada conducta está desvalorada generalmente y prohibida de modo general so amenaza de pena, intentando así motivar o determinar a que nadie la realice o cometa.

-de llamada de atención: destaca que una conducta es penalmente relevante, alertando así a la sociedad.

-definidora y delimitadora de unos tipos frente a otros precisando sus elementos, sirviendo así de base para la labor sistemática y clasificadora.

3. Antijuricidad: Desde un punto de visto formal, la antijuridicidad es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta. La acción será antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas. Ha de comprobarse, no obstante, que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no está cubierta bajo ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica.

Desde un punto de vista material se suele considerar la antijuridicidad como la dañosidad o nocividad social de la acción, lo que únicamente sucede si ésta lesiona o pone en peligro algún bien jurídico. No obstante, hay que precisar que no todo bien jurídica necesita protección penal, sino que, en virtud del

principio de subsidiariedad o intervención mínima y del carácter fragmentario y de última ratio del Derecho Penal éste sólo debe proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a las formas de ataques más reprobables, por lo que para la protección de los bienes jurídicos en otras circunstancias basta con la intervención de otras ramas del Derecho.

La antijuricidad por tanto sería un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano y que señala que ese comportamiento es contrario a las exigencias que establece el ordenamiento jurídico.

La tipicidad, para algunas corrientes doctrinarias, se considera indicio de que el comportamiento puede ser antijurídico (*ratio cognoscendi*). Para éstas, el tipo y la antijuricidad son dos categorías distintas de la teoría del delito. El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella.

Para otros, existe una cierta identificación entre tipo y antijuricidad, es decir, existe una directa relación entre éstas (*ratio essendi*). Se critica esta posición, pues conduce a considerar las causas de justificación como elementos negativos del tipo. Se añade que en la cotidianidad, es difícil equiparar una conducta atípica (por ej. matar un insecto) con una conducta típica, pero realizada en una causa de justificación (matar a alguien en defensa propia). Las consecuencias de identificar o diferenciar claramente tipo y antijuricidad se reflejan en la teoría del error (error de tipo y error de prohibición).

4. Culpabilidad: Bajo la categoría de la culpabilidad, como cuarto y último elemento del concepto de delito se agrupan aquellas cuestiones relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Va a ser el elemento donde se sitúe todo lo subjetivo, un elemento puramente descriptivo, como comprobación de un nexo o relación (sin valorar nada). Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la reacción o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho. La diversa intensidad de ese nexo de unión da lugar a las formas de culpabilidad: el dolo o la imprudencia. En caso de dolo

el nexos psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho; mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexos psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, no quiere realizar el hecho típico, pero pese a todo se ve la relación, en que quiere la acción en sí, o en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico. Como presupuesto de esas formas de culpabilidad se exige la imputabilidad, es decir, capacidad individual por condiciones de madurez, normalidad psíquica; y por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, etc. podrían graduar o excluir la culpabilidad.

Suele ser común definir la culpabilidad como la reprochabilidad de un acto típico y antijurídico, fundada en que su autor, en la situación concreta, lo ejecutó pudiendo haberse conducido de una manera distinta, es decir, conforme a Derecho. Es de destacar como algunos códigos penales latinoamericanos, como el de Paraguay de 1998 llegaban a hacer desaparecer el término "culpabilidad", siendo este sustituido por el de reprochabilidad. Sin embargo, la doctrina española pone de manifiesto como el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso concreto (Gimbernat Ordeig<sup>3</sup>), por lo que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad (de la Cuesta Aguado<sup>4</sup>).

## **2.3. Las excusas absolutorias**

### **2.3.1. Origen y etimología**

Si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua, podremos observar las dos palabras que componen "excusa absolutoria", así por "excusa" encontraremos tres acepciones, a saber:

---

<sup>3</sup> *Estudios de derecho penal*, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. Editorial Tecnos, Madrid 1979, pág. 78

<sup>4</sup> *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, PAZ M. DE LA CUESTA AGUADO Librería-Editorial Dykinson, 2004, pág. 45

*1ª Acción de excusar*

*2º Motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión*

*3º Excepción (motivo jurídico que hace ineficaz la acción del demandante).*

Esta última acepción ya hace referencia a “algo” que impide que se produzca un efecto determinado. Respecto al segundo elemento, “absolutoria” encontramos que como definición nos ofrece la siguiente: “dicho de un fallo, de una sentencia, de una declaración, de una actitud, etc.: que absuelven”. Por tanto, sumando ambos elementos podemos decir a primera vista que la excusa absolutoria es un hecho que impide que se produzca un efecto que se tiene por negativo.

### **2.3.2. Concepto y fundamento**

Las excusas absolutorias establecen la exención del reproche penal en atención a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento postdelictivo positivo. Por tanto se van a relacionar con las causas de exclusión de la punibilidad (concepto anteriormente recalcado y analizado en atención a los elementos del delito, ver págs.12 y 13).

En este sentido comprenden una categoría dogmática, ciertamente compleja y controvertida, cuya introducción en el Derecho español se atribuye al penalista Luis Silvela<sup>5</sup>. Se trata, según la opinión doctrinal más generalizada, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable. En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Supremo, al señalar que, bajo la denominación de excusas absolutorias, se «vienen comprendiendo un conjunto

---

<sup>5</sup> Luis Silvela Casado (Madrid, 3 de junio de 1865 - ibídem, 1928) fue un abogado, periodista y político español. Fue ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, ministro de Gobernación y ministro de Marina durante el reinado de Alfonso XIII de España. Fue Alto Comisario Español en Marruecos en 1923 y Alcalde de Madrid en dos ocasiones.

de circunstancias de dudosa y controvertida naturaleza jurídica [...], que aconsejan dejar sin punición determinados hechos delictivos no obstante estar presentes en ellos las notas de antijuridicidad tipificada y culpabilidad» (Sentencia de 26 de diciembre de 1986).

Respecto a su fundamento es comúnmente señalado que en las excusas absolutorias éste estriba fundamentalmente en consideraciones de política criminal. El Diccionario de la Lengua Española define la política como “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados”, y define criminal como: “Perteneiente o relativo al crimen o que de él toma origen”. Así pues, la política criminal formaría parte de la política en general siendo la definición resultante de la yuxtaposición de los dos términos: la doctrina u opinión del gobierno del Estado referente al crimen.

Más debatido que el propio concepto o su fundamento, resulta, en la doctrina, la determinación de las previsiones legales constitutivas de auténticas excusas absolutorias.

Por tanto, las cuestiones de política criminal van a decidir por razones, generalmente utilitarias o de conveniencia, cuándo un hecho que reúne todos los requisitos necesarios para considerarse como delito, se va a considerar conveniente no castigarlo.

Respecto a dichos fundamentos que inspiran la creación de las excusas absolutorias podemos señalar y/o destacar que:

- Razones utilitaristas: Prevención General y Especial.

Las razones utilitaristas o de conveniencia están en la fundamentación básica de las excusas absolutorias. En una concepción utilitaria de la pena, como la de los penalistas ilustrados, el motivo de la no punibilidad de las conductas en las que concurre una excusa absolutoria vendría dado en que esa reacción del derecho penal no cumple con su finalidad protectora.

El Derecho Penal tiene como finalidad proteger a la sociedad de determinadas conductas que, por su gravedad, se tutelan a través de él. Los fines son de prevención general – amenaza que va dirigida a la globalidad de la ciudadanía con el fin de dirigir su comportamiento para que sea conforme a Derecho- y de prevención especial – ésta dirigida a aquéllos ciudadanos que han delinquido y se obtiene mediante la aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: las penas y medidas de seguridad que han de ejercer tanto un efecto de intimidación sobre el delincuente, como de reeducación y reinserción social en aras del artículo 25 de la Constitución.

Así pues, en los casos de concurrencia de una excusa absolutoria, el legislador va a entender que el castigo de la conducta delictiva no va a ser conforme a los fines de la pena, ni de la prevención general, ni de la especial.

- Principio de intervención mínima.

Como ya hemos dicho, el Derecho Penal está reservado para las conductas que merecen un mayor reproche social, la aplicación del derecho penal debe tener siempre el carácter de “última ratio”, por lo que en determinados delitos, sería desaconsejable el castigo de la conducta típica. Por ejemplo, haciendo un breve adelanto, en el supuesto del artículo 268 del Código Penal, la imposición de una pena no cumpliría con los fines de prevención especial a los familiares que cometan delitos contra la propiedad, fácilmente recuperables económicamente y que, en caso de imposición de la pena, podrían causar mayores daños a la estructura y relaciones familiares. Sobre esto como es lógico hablaremos con gran grado de detalle posteriormente.

### **2.3.3. Clases**

Podríamos hacer diversas clasificaciones, por ejemplo, atendiendo a sus efectos se podrían distinguir dos clases de excusas absolutorias: las que hacen extinguir totalmente la pena, que serían las excusas absolutorias en sentido estricto, y las atenuantes, que únicamente y como su nombre indica atenuarían la pena. También podríamos clasificarlas atendiendo a su fundamento en razones: a) utilitarias b) de reparación del mal causado por el delito y, c) las que consideran los lazos familiares y sentimientos de afecto.



#### 2.3.4. Distinción con otras figuras

Debido a la gran semejanza bien en su naturaleza bien en sus efectos que guardan las excusas absolutorias con otras figuras jurídicas nos parece conveniente realizar las siguientes distinciones para aclarar y diferenciar conceptos:

-Condiciones objetivas de punibilidad: estas vienen caracterizadas por la necesidad de que en el momento de realizarse la conducta delictiva concurren unas determinadas circunstancias de hecho, extrañas a la misma conducta, ajenas al agente y que no tienen que ser conocidas por el mismo. V.gr. art. 602.2 CP o art.23 LOPJ

-Requisitos de perseguibilidad: estos sólo impiden la imposición de pena si no llegan a cumplirse. V.gr. necesidad de denuncia previa en determinados delitos

-Inmunidades y fueros especiales: se justifican en atención al cargo de especial relevancia que ocupa una determinada persona reconociéndoles el derecho a ser juzgados por un tribunal superior. Su estudio correspondería al Derecho Procesal Penal. La inmunidad la podríamos definir como la imposibilidad de ser detenido salvo cuando concurren determinados requisitos como en el caso de Diputados y Senadores ex artículo 71.2 de la CE, así como la imposibilidad de inculpar o procesar sin que se den determinados requisitos.

-Inviolabilidad: consiste en una exención de responsabilidad criminal para ciertas personas. V.gr. la recogida en el art. 71.1 de la CE. Su estudio correspondería al ámbito del Derecho Penal material.

En opinión de Jiménez Segado<sup>6</sup>, tanto las inviolabilidades como las inmunidades, en función de la persona afectada, exceptúan o limitan la aplicación de la ley penal, por motivos de orden público, ya sean estatales o internacionales. Para Cerezo Mir<sup>7</sup> representan excepciones al principio de igualdad ante la ley, pero no suponen un privilegio para esas personas, sino que se establecen para salvaguardar las instituciones a las que pertenecen, o representan esas personas.

---

<sup>6</sup> *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal.* CARMELO JIMENEZ SALGADO, Editorial Dykinson, Madrid 2003, pág. 107

<sup>7</sup> *Curso de derecho penal español vol. I,* CEREZO MIR, JOSÉ, Editorial Tecnos, Madrid 1990, pág. 197

### **2.3.5. Las excusas absolutorias en el Código Penal Español de 1995**

En el Código Penal han sido consideradas excusas absolutorias las contenidas en los siguientes preceptos legales:

- El artículo 16, que, en su párrafo 2, contempla el desistimiento en la tentativa, al disponer que «quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta». Con igual salvedad, establece el párrafo 3 del citado artículo 16 que, «cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación».

- El artículo 218.2, según el cual, quien, para perjudicar al otro contrayente, hubiese celebrado matrimonio inválido «quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado».

- El artículo 269, que, en una disposición «no aplicable a los extraños que participaren en el delito», recoge la tradicional excusa parental, si bien alterando tanto su ámbito subjetivo (posibles beneficiarios y condiciones para serlo) como el contenido material de la excusa, ampliándose el número de delitos sobre los que puede incidir. Prevé, en efecto, esta disposición que «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».

- Los artículos 305, 307 y 308, que incorporan unas generosas excusas absolutorias introducidas, por la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, en relación a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

En cuanto al fraude fiscal, establece el artículo 305.4 que «quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria [...] antes de que se le haya notificado [...] la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias».

En términos prácticamente idénticos se configura la exención de pena para el que regularice su situación con la Seguridad Social (art. 307.4) y para aquél que, habiendo obtenido, mediante fraude, subvenciones, desgravaciones o ayudas públicas, «reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió» (art. 308.4).

Respecto a estas excusas, cabe destacar que su contenido excede del ámbito material de los propios delitos a los que directamente se conectan, pues, en todos estos supuestos, añade la norma que la exención de responsabilidad penal alcanzará igualmente al infractor por las posibles irregularidades contables o falsedades instrumentales «que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación».

- El artículo 354.2, conforme al cual, «la conducta prevista en el párrafo anterior [prender fuego a montes o masas forestales] quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor».

- El artículo 427, al establecer que «quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del

correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos».

- El artículo 454, que regula el encubrimiento entre parientes, conforme a la nueva sistemática de la autonomía conferida al acto en sí, reproduce, prácticamente, el contenido del derogado artículo 18. Dice, en efecto, el nuevo precepto que «están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del núm. 1 del artículo 451», esto es, quienes hubiesen auxiliado, sin ánimo de lucro propio, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito.

Debe advertirse, al respecto, que, aunque, para la mayoría de nuestros autores, el encubrimiento entre parientes es una causa de exclusión de la culpabilidad y, más concretamente, un reconocimiento del principio de no exigibilidad, un destacado sector doctrinal sostiene que este supuesto constituye una genuina excusa absolutoria.

- El artículo 462, que contempla la retractación del falso testigo como excusa absolutoria o atenuante específica. Confiere la norma el primer efecto al establecer que «quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate».

Naturaleza bien distinta tiene el artículo 715 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no es más que una norma procesal con fundamento en el principio acusatorio adoptado como sistema, para el juicio oral, por nuestra ley procedimental y que configura una específica condición objetiva de procedibilidad o, lo que es lo mismo, un requisito previo sin el que no puede abrirse el proceso y que impide, en consecuencia, la imposición de la pena.

- El artículo 480, que, pese a la crítica generalizada al artículo 226 del Código anterior, reproduce prácticamente su contenido, al disponer, en su párrafo 1, cómo «quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias». Tal previsión es aplicable, así mismo, al delito de sedición (art. 549).

Por último, el Código Penal Militar contiene diversas previsiones normativas integrantes, para la generalidad de la doctrina o algún sector de la misma, de excusas absolutorias. Es el caso del encubrimiento entre parientes (arts. 23.3 y 129.2 y 3), de la denuncia del implicado en un delito de traición o espionaje (art. 67) o de la revelación del implicado en una rebelión en tiempo de guerra (art. 82.1).

### **3. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CÓDIGO PENAL**

#### **3.1. Tipo penal**

El artículo 268 del Código Penal de 1995 establece:

*“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.*

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

Esta excusa absolutoria se contemplaba en el anterior código penal de 1973 en su artículo 564 con la siguiente redacción:

*“Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil por los robos sin violencia o intimidación en las personas, hurtos, defraudaciones, apropiación indebida o daños que recíprocamente se causaren:*

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

- 2. ° *El consorte viudo respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otra persona.*
- 3. ° *Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.*

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

### **3.2. Comentario/crítica al precepto legal**

Para muchos autores, el artículo 268 es, sin duda, un precepto desafortunado, ya que, constituye, como certeramente señaló por ejemplo Quintano<sup>8</sup>, una patente de corso para delinquir que garantiza la absoluta impunidad de las más graves conductas contra los bienes del pariente. Sostiene que no hay explicación alguna convincente sobre la impunidad de un delito de daños o de estafa que conduzca a la ruina del perjudicado. En consecuencia, algún autor aconsejó interpretar el precepto con cierto “temperamento equitativo” para no extenderlo, por ejemplo a los supuesto más graves como los de ruina del pariente. No obstante, dado el carácter de norma de privilegio de este precepto y su consiguiente interpretación estricta y rígida, “la exclusión de supuestos como éstos es imposible y únicamente cabe la esperanza de una futura reforma legal”<sup>9</sup>.

Con parecidas palabras iniciaba el Profesor Bajo, allá por el año 1973, sus reflexiones críticas sobre el contenido y regulación de la excusa absolutoria para los delitos patrimoniales que se hallaba regulada en el artículo 564 del CP anteriormente expuesto y antecedente legal del presente 268. Reflexiones muy críticas que venían motivadas básicamente por la discordancia existente entre la disposición legal y la realidad social del tiempo en que ésta debía aplicarse. Para el profesor Bajo Fernández, el concepto de familia para el que estaba pensada la aplicación del mencionado precepto legar, había cambiado sustancialmente<sup>10</sup>, quedando en su opinión, la norma obsoleta.

---

<sup>8</sup> *Tratado de la parte especial del derecho penal español: parte general en esquemas (3ª ed.)* ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, EDITORIAL DE DERECHO REUNIDAS, Madrid 1978

<sup>9</sup> *El parentesco en Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Barcelona, 1973, págs. 140-141

<sup>10</sup> *El parentesco..*, Cit., pág. 152, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, <la realidad se le ha escapado de las manos al legislados. L 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 si bien entonces quedaba la esperanza de una futura reforma legal, es posible imaginar cómo después de innumerables proyectos que culminarían, por fin, con un nuevo Código penal, al Prof. Bajo probablemente sólo le quedara un sentimiento de frustración ante el resultado presentado.

Si comparamos la redacción del antiguo artículo 564 del CP/1973, podemos comprobar que aquellas consideraciones críticas que hemos señalado en los párrafos arriba transcritos, no sólo no han perdido vigencia alguna, sino que mantienen, en su mayoría, la más absoluta actualidad. No obstante, no todo es negativo, ya que hay que reconocer que se han realizado algunas mejoras en el precepto, tanto desde un punto de vista técnico, como en cuanto a su contenido, recogién dose, por ejemplo, la situación de separación de los cónyuges.

Por tanto, y en conclusión a este epígrafe, creo que puede afirmarse, sin ambages, que el espíritu que anida en el precepto continua siendo prácticamente similar al que animaba al del derogado artículo 564.

Volviendo al análisis del artículo 268 CP, podemos sintetizar que permite la exclusión de la responsabilidad criminal para el autor de un delito de carácter patrimonial que ostente una determinada relación de parentesco con las víctimas del mismo, siempre y cuando la infracción se haya llevado a cabo sin violencia ni intimidación. Ante determinadas situaciones, el texto legal nos ofrece una misma solución jurídica: la exención de la responsabilidad criminal para los sujetos. En el caso, por ejemplo de:

- el hijo que sustrae a su padres 120 euros para pasar el fin de semana
- la suegra que mediante engaño obtiene una importante cantidad de dinero de la sociedad de gananciales sin tener intención de restituirlo
- o bien la de quien meses antes de presentar la demanda de separación expolia todo el patrimonio de su cónyuge

---

y los efectos económicos del delito adquieren una mayor gravedad que en una economía eminentemente agrícola>.

Estas situaciones son medidas por el ordenamiento jurídico de igual forma, es decir, todas quedan bajo el amparo del artículo 268 y, sin embargo no parece que entre ellas exista alguna identidad que no sea la que viene dada por el mero hecho de constatarse la relación del parentesco que une al autor de la víctima de la infracción. La respuesta del ordenamiento jurídico frente a la provocación de una situación de ruina o a la sustracción ocasional de una pequeña cantidad de dinero no es idéntica. Evidentemente en el primer caso existe una intensidad lesiva en la conducta que provoca que la sanción penal sea mayor que en la segunda hipótesis. Sin embargo, cuando estas mismas situaciones se producen entre parientes, vemos cómo el Código penal las equipara, conduciéndose a una exención de responsabilidad criminal. No parece suficiente argumento para fundamentar la completa exención de responsabilidad penal en estos casos, la mera constatación objetiva de la condición de pariente o de cónyuge.

En segundo lugar y siguiendo con el comentario a este precepto podemos decir que se da la sensación de que el legislador está pensando en una familia amplia en la que, además de los vínculos de consanguinidad o de afinidad, existe una relación afectiva que puede venir dada por la efectiva convivencia de los miembros de la misma, o por su estrecha relación. A esto debe añadirse, que también parece suponer que las conductas contra el patrimonio que pueda cometerse en el seno de la misma, serán siempre de escasa entidad –faltas o a lo sumo unos pequeños delitos-.

Sin embargo, ese concepto de familia que parece desprenderse de la regulación del artículo 268, poco o nada se acomoda a los cambios sociales tan radicales que se han producido en los últimos veinte años en la sociedad española. Cambios que han tenido un reflejo evidente en la concepción de la familia, la cual ha ido disgregándose, progresivamente, hasta concentrarse en lo que se ha denominado la “familia nuclear”. Los vínculos de consanguinidad, si no vienen acompañados de la existencia de relaciones de carácter afectivo y de convivencia, hoy en día significan bastante poco.

Como ejemplo de la clase de situaciones que se quieren señalar baste mencionar una bastante común: el cónyuge que ante las desavenencias matrimoniales decide separarse, pero antes de iniciar los trámites legales conducentes a la separación se hace con todo el patrimonio – que puede llegar a ser en algunos casos muy cuantioso - de la



sociedad de gananciales, de tal forma, que en el momento en que se procede a la liquidación de la misma ésta se halla completamente despatrimonializada. ¿Cuál es el motivo que puede justificar, en este caso, la exención de responsabilidad criminal? ¿Responde este supuesto a la finalidad del artículo 268?

Pero antes de exponer cuál es la fundamentación de esta excusa y, a efectos de obtener un panorama completo de la indefensión a la que puede llegarse en algunas de estas hipótesis, conviene recordar también la existencia del artículo 103 Ley de Enjuiciamiento Criminal que dispone expresamente que:

*“Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:*

- *1. ° 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.*
- *2. ° 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 normativo pone de manifiesto, como subraya gran parte de la doctrina, que la simple detentación de la condición de pariente, al menos de un determinado grado de parentesco, origina una desprotección casi absoluta en la posible conculcación del derecho a una tutela judicial efectiva.

### **3.3. Fundamento de la excusa absolutoria del artículo 268 CP**

Muy distintos han sido los argumentos que se han venido utilizando para fundamentar la existencia de la excusa absolutoria. Fundamentaciones que, evidentemente y por la propia esencia del precepto giran, básicamente, en torno al concepto de familia.

Los argumentos más tradicionales basan la exención de la responsabilidad en la existencia de una “confusión de patrimonios”. Se arguye que en el seno de la familia – sobre todo si tenemos en cuenta que se está pensando en la familia de principios de siglo que normalmente convive en un mismo hogar- se produce una especie de copropiedad familiar en que todo es de todos y por eso, a veces, es difícil saber con

certeza de quién es exactamente la propiedad de una determinada cosa. De ahí que pueda producirse una especie de “error” en el autor de la apropiación, ya que hasta cierto punto, desconocería, o al menos habría una cierta confusión, sobre la ajenidad de una cosa objeto de apropiación. También hay quien acude a razones político criminales, en las que se alude a la conveniencia social de no sancionar determinados conductas delictivas que se producen en el seno de la familia ya que es necesario preservar su unidad, considerándose contraproducente la intromisión del Derecho penal en ella. La intromisión del Derecho penal en el seno familiar no haría más que ahondar y agravar las posibles diferencias y problemas existentes en ella.

En opinión de Bajo Fernández <sup>11</sup> “la conciencia de saberse personado y la falta de una exacta representación de la gravedad de la conducta” son los motivos que fundamentan la exención de la responsabilidad del pariente, teniendo esto como consecuencia, una menor culpabilidad en el autor del delito ya que éste no alcanza a tener una conciencia plena sobre la antijuricidad de la conducta.

Desde perspectivas doctrinales más actuales cabe señalar el estudio que sobre la punibilidad ha realizado García Pérez<sup>12</sup>, en donde el autor, refiriéndose al porqué debe eximirse de responsabilidad penal en los supuestos de concurrencia de determinado parentesco, entiende que la familia se configura como una instancia más de control social, solo que de carácter informal, y como tal, dispone de sus propios mecanismos de detección y sanción de estas infracciones; la intervención del derecho penal no conseguiría más que enconar la relaciones entre los sujetos. Añade el mencionado autor que además debe tenerse en cuenta que las relaciones familiares no solo se circunscriben a las personas afectadas por el delito patrimonial, sino que abarcan un círculo más amplio de relaciones familiares que acabarían por verse involucradas en el conflicto.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *El parentesco en Derecho Penal*, Bosch Casa Editorial, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, Barcelona, 1973, págs. 140-141

<sup>12</sup> *La punibilidad en el Derecho Penal*, GARCÍA PEREZ, OCTAVIO, Editorial Aranzadi 1997, Cizur Menor, Navarra, págs. 117 y ss.

<sup>13</sup> *La punibilidad en el Derecho Penal*, GARCÍA PEREZ, OCTAVIO, Editorial Aranzadi 1997, Cizur Menor, Navarra, 1997, Págs. 117 y ss.

Aludiendo también a los vínculos familiares pero con un matiz distinto, hay quien mantiene que “en el seno de relaciones familiares tan estrechas como las que el precepto describe parece inadecuado el recurso a la pena criminal, cuando se trata de meras lesiones patrimoniales. Esta inadecuación no se basa en un único motivo determinante, sino que obedece a consideraciones de diversa índole: el menor reproche social que puedan merecer estas conductas, el respeto a la familia y el reconocimiento de que la unidad familiar es, muchas veces, capaz de reaccionar por sí ante hechos de la índole descritos en la norma, la probabilidad de perdón etc.”. O bien, como pone de manifiesto González Rus,<sup>14</sup> “el menor reproche social que merecen este tipo de comportamientos y el convencimiento de que la intervención penal en el ámbito familiar debe ser lo más restringida posible”.

Existen ocasiones en que el legislador, a pesar de producirse la efectiva lesión de un bien jurídico, considera oportuno dejar en manos de la víctima la decisión de iniciar el procedimiento penal. Así sucede en los delitos semipúblicos, como por ejemplo los delitos contra el honor, en donde el artículo 215 dispone que solo se pueda castigar a alguien por una injuria o calumnia en virtud de querrela de la persona ofendida. Ello es así porque en muchos casos la iniciación de oficio del procedimiento penal podría ocasionar a la víctima mayores perjuicios, por ejemplo los derivados de la publicidad que puede generar un proceso, teniendo en cuenta las características del bien jurídico tutelado. La cuestión que se suscita es porque, en el supuesto que aquí estamos analizando, se excluye automáticamente, por la simple condición de cónyuge o pariente, la responsabilidad penal, sin dar opción alguna a la víctima de la infracción para decidir sobre la cuestión.

Creo que el artículo 268 CP parte de una serie de prejuicios. En primer lugar, en él late la idea de que nos enfrentamos a conductas delictivas constitutivas de delitos de bagatela, es decir, parece presuponer que en el ámbito familiar únicamente se cometen infracciones patrimoniales de escasa importancia. Si bien es cierto que así ocurre en la mayoría de las ocasiones, sobre todo si nos atenemos a aquellas conductas apropiatorias llevada a cabo por los descendientes, no necesariamente ocurre así en todas las

---

<sup>14</sup> *Compendio de Derecho penal español*. Parte especial, GONZÁLEZ RUS, JUAN JOSÉ, director COBO DEL ROSAL, Manuel, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000, Pág. 489

ocasiones. La dicción literal del artículo 268 no contempla la gravedad del injusto cometido a la hora de excluir la responsabilidad criminal. Es suficiente con que ocurra el injusto típico de alguna de las infracciones comprendidas en los correspondientes capítulos, independientemente de la cuantía de las mismas. Ello permite que en ocasiones el perjuicio ocasionado sea grave y, no obstante, pueda aplicarse la excusa, ¿cabe entender en ese caso que la víctima se sentirá satisfecha ante la exclusión de la responsabilidad criminal?

En segundo lugar cuando se analizan las relaciones de parentesco recogidas en este precepto, comprobamos que con excepción de las matizaciones que se han realizado a las distintas vicisitudes jurídicas por las que puede atravesar el contrato matrimonial, y que luego analizaremos poco o nada ha variado su tenor literal de la prescripción contenida en el artículo 564 ACP, y que tan merecidas críticas recibió. Sin embargo, como ya se ha señalado con anterioridad, a lo largo de estos años las relaciones familiares han variado de manera notable. Frente a una familia amplia en la que se convivía en la casa familiar, hoy en día nos encontramos ante una familia nuclear<sup>15</sup>, que entre otras cosas, se caracteriza porque la convivencia, como regla general, se establece únicamente entre padres e hijos. Los ascendientes, hermanos y afines suelen continuar viviendo en su propio hogar.

La fundamentación de esta excusa absolutoria la podemos encontrar por otro lado en la STS de 5 de marzo de 2003 en la que se señala que “La excusa absolutoria tiene su fundamento en incontestables parámetros de política criminal que desaconsejan la utilización de normas penales en las relaciones interfamiliares”. Continúa la Sentencia diciendo: "Recordemos 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 Código Penal, 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 penal dentro del grupo familiar poco

---

<sup>15</sup> Por no mencionar las unidades monoparentales, en las que la familia se halla compuesta únicamente por un adulto y uno, o a lo sino, dos menores. Sobre la evolución y actual concepto de familia. ALBERDI, Inés: *La nueva familia española*, Taurus, Madrid, 1999, especialmente págs. 88 y ss.

recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”.

### **3.4. Elementos del precepto**

A continuación analizaré los principales elementos del artículo 268 cuya concurrencia permite la exención de la responsabilidad penal.

- La relación matrimonial

En el artículo 268 del Código Penal quedan exentos de responsabilidad criminal, aunque sujetos a la civil, un elenco de personas que pueden agruparse en un concepto amplio y coloquial de familia. La primera situación a la que se hace referencia es a la de los cónyuges, y ha sido precisamente en el ámbito de la relación matrimonial donde el legislador del 95 llevó a cabo las reformas más importantes de este precepto. Así prevé que la exención de la responsabilidad solo tendrá efecto cuando el delito patrimonial se lleve a cabo en el seno de la relación matrimonial. Excluyéndose los supuestos de separación de hecho o de derecho, e lo que, aun existiendo el vínculo, ya ha cesado la efectiva relación de convivencia y la también denominada “affectio maritalis”<sup>16</sup>.

Acertada modificación ya que carecía de sentido mantener la exención en aquellas circunstancias en las que, aun subsistiendo formalmente el vínculo matrimonial, este va camino de cesar y en las que queda patente no sólo la ausencia de convivencia, sino también, la falta de afectividad. Sin embargo lo que verdaderamente

---

<sup>16</sup> La affectio maritalis es una locución latina que alude a la voluntad de afecto, socorro y auxilio mutuo entre los dos cónyuges durante el matrimonio.

En derecho en ocasiones se alude para justificar la inexistencia de la obligación de testificar contra el cónyuge o como atenuante de encubrimiento. En algunos ordenamientos jurídicos, la desaparición de ese vínculo emocional puede esgrimirse como motivo de divorcio.

nos llama la atención es la ausencia de cualquier referencia a las situaciones de convivencia efectiva sin contrato matrimonial, también denominadas “parejas de hecho”<sup>17</sup>. En principio puede resultar más llamativa esta falta de previsión si se tiene en cuenta que el código penal hace ya tiempo que equipara, en otros preceptos los supuestos de matrimonio con las denominadas “relaciones de análoga afectividad”.

Esta omisión a juicio de Quintero Olivares<sup>18</sup> resulta incomprensible ya que, argumenta, si se están equiparando ambas situaciones en otras normas del Código no acabara de entenderse porque quedan excluidas este tipo de relaciones solo a efectos de la excusa prevista en el artículo 268. Esta omisión, calificada por el mencionado auto de “absurda discriminación” provocará, a su juicio, en breve tiempo, problemas de constitucionalidad. Más radicales se muestran otros autores para los que dicha omisión representa una muestra más de una legislación y una jurisprudencia claramente homofóbicas.

Para solventar esta omisión únicamente caben dos posibilidades. La primera resignarse a su ausencia y proponer “*lege ferenda*”<sup>19</sup> su futura inclusión en la norma. Resignación que tiene como base la comprensión de que el mandato del artículo 4.1 CP no permite la interpretación analógica y, en consecuencia, es imposible ampliar la exención del artículo 268 a las parejas de hecho.

La segunda posibilidad consiste, básicamente, en lo contrario. Es decir, admitiendo la viabilidad de una interpretación analógica, siempre y cuando sea “*in bonam partem*”<sup>20</sup>, será posible la inclusión de esta clase de uniones en el ámbito de la excusa absolutoria. A este respecto la doctrina jurisprudencial se muestra un tanto contradictoria, pues si bien tradicionalmente ha venido sosteniendo la imposibilidad de tal case de interpretación y en consecuencia, excluía del artículo 268 aquellas relaciones

---

<sup>17</sup> Se utiliza el término parejas de hecho en su sentido más amplio, sin entrar en la discusión sobre su exacto contenido. Así, aquí se comprenden tanto las relaciones de carácter heterosexual como homosexual.

<sup>18</sup> *Parte General del Derecho Penal*, FERMÍN MORALES PRATS, GONZALO QUINTERO OLIVARES Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2010, Navarra

<sup>19</sup> Expresión latina que significa “para una futura reforma de la ley”, o “con motivo de proponer una ley”. Es decir, recomendación que debe ser tenida en cuenta como conveniente en una próxima enmienda legislativa.

<sup>20</sup> Entendido como analogía favorable al reo

que no fueran estrictamente matrimoniales<sup>21</sup>, sentencias recientes alegan la posible aplicación de la excusa absolutoria a estas relaciones, indicando que “aunque el citado artículo 268 del Código Penal, en la excusa absolutoria que establece, no se refiere a la convivencia de parejas de hecho, es evidente que la similitud de esta situación con la relación matrimonial se establece en otros preceptos del Código Penal –hoy ha de aceptarse que aunque sea entre personas de mismo sexo- sirvan de ejemplo los artículos 23 y 454 y sabido es que en materia penal es de aplicación la analogía favorable y, aunque alguna vez el Tribunal Supremo, Sentencia de 6 de diciembre de 1985 (RJ 1984/6644), declarase que tal excusa absolutoria no podría interpretarse extensivamente a otras situaciones distintas a la relación matrimonial, es evidente que negar la eficacia de la excusa a situaciones como la que se contempla, hoy ,sería mantener una interpretaciones contra la realidad social imperante, tal como se valora en la actual sociedad española, que como se dijo, está próxima a una completa relación jurídica, por la cual, tal interpretación estaría contra la realidad de la sociedad actual, que no se permite en el artículo 3 del Código Civil”.<sup>22</sup>

Incluir a las parejas de hecho dentro del ámbito de la excusa absolutoria me merece un juicio negativo, y por ello, por diversas razones. En primer lugar, ésta exclusión parece haber sido la intención del legislador, ya que si en otras ocasiones ha equiparado explícitamente las relaciones matrimoniales con aquellas de índole afectiva semejante, como por ejemplo en la circunstancia mixta de parentesco del artículo 23, y no lo ha hecho aquí, puede ser porque no haya considerado oportuno o sencillamente sea debido a un olvido. Pero aun imaginando que efectivamente nos encontremos en este último supuesto, no por ello puede interpretarse la norma más allá de su sentido literal. Entiendo que queda excluida una interpretación de carácter analógico, porque en

---

<sup>21</sup> Entre otras STS de 31 de marzo de 1989 (RJ 1989/2780) o SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 1995(ARP 1995/1995)

<sup>22</sup> En este sentido, La STS de 11 de abril de 2005, señalaba 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".

mi opinión se halla prohibida en virtud del expreso mandato del artículo 4.1 del CP, pues de lo contrario se vulneraría directamente el principio de legalidad.<sup>23</sup>

En segundo lugar, mi rechazo a la inclusión de las parejas de hecho en la excusa absolutoria también responde a razones de carácter material, por esto tampoco puedo mostrar acuerdo con la opinión manifestado por el Prof. Quintero Olivares<sup>24</sup> ya que por una vez y quizás, sin que sirva de precedente, el “olvido”, si tal ha sido, del legislador, constituye en mi opinión todo un acierto. Si fue tal olvido o por el contrario, un acto intencional, desde mi punto de vista no constituye un acto de carácter discriminatorio, en todo caso, sería equiparable a una discriminación de carácter positivo. Quien puede verse en la ruina porque ha sido estafado, no creo que perciba en su fuero interno un “sentimiento de justicia” si alguien le explicase que el autor de tal perjuicio ha cometido un delito pero que, no obstante, el ordenamiento jurídico considera que no es necesario imponerle un castigo, una pena y todo por el pequeño detalle que quien han cometido la estafa es un hermano o un cónyuge. En esta situación yo no encuentro más que un privilegio, carente de fundamento, para el autor del delito y, sinceramente, escasos o nulos beneficios para la víctima. ¿Por qué entonces querer extender esta situación de indefensión a aquellos que no se encuentran en la relación de sujetos del artículo 268?

Esta excusa absolutoria, tal y como ya puso Bajo Fernández de manifiesta hace más de veinte años, carece, tal y como se halla concebida, de justificación alguna. De ahí que posibilitar una interpretación analógica en estos casos, independientemente de la posición teórica que se adopte sobre la analogía “in Bonam partem”, no es un acto de interpretación progresista adecuada a los tiempos en que vivimos, ni tampoco una reivindicación frente a presuntas leyes homofóbicas, en mi opinión es más bien lo contrario, es decir, se refuerza y se extiende una situación discriminatoria para las víctimas del hecho delictivo.

---

<sup>23</sup> Así se manifiestas entre otros RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Comentario al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997, pág.119; COBO DEL ROSAL: *Comentarios a la Legislación Penal I: Derecho Penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1992, págs. 202 y 203.

<sup>24</sup> *Parte General del Derecho Penal*, FERMÍN MORALES PRATS, GONZALO QUINTERO OLIVARES Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2010, Navarra



Por otro sentido y matizando los preceptos legales, el Tribunal Supremo ha efectuado varias precisiones por medio de Acuerdos de Pleno no Jurisdiccional, por ejemplo:

- En el año 2000 por medio de Acuerdo no jurisdiccional del pleno del TS, de 15 de diciembre, señaló lo siguiente: "Aplicación de la excusa absolutoria en caso de no convivencia entre hermanos. No se exige la convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal.

En relación al hecho de ser hermanastros, debe señalarse que el TS tiene declarado que la excusa absolutoria alcanza tanto a hermanos de doble vínculo como de vínculo sencillo.

- En 2005 el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 1 de marzo, ha dicho que “a los efectos del artículo 268 del Código Penal, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”, ahora bien, con tres precisiones:

*a) Que sean estables,*

*b) que subsistan en el momento de la comisión del hecho*

*c) que las acciones típicas se hayan producido exclusivamente entre la pareja y el delito no alcance a terceras personas.*

- Y para concluir, el mismo año mediante Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS, de 25 de octubre, concluyó que el régimen de la sociedad de gananciales no es obstáculo para la comisión del delito de apropiación indebida en su modalidad de distracción, por uno de los cónyuges, sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de la excusa absolutoria del 268.

Aplicación de oficio. “Si ninguna de las partes se plantea la concurrencia de la «excusa absolutoria entre parientes» prevista en el art. 268 del CP, excusa que debe ser apreciada de oficio, ya que, por su consideración de orden público, la concurrencia de la misma obliga a su inmediata aplicación, y excluirá de plano la punibilidad de la

conducta enjuiciada”. (Sección 1ª de la SAP de Burgos, en Sentencia de 18 de Septiembre de 2006).

Por otra parte, el artículo 268 del Código Penal, establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos. En este caso, podemos entender que se autoriza al Tribunal penal a que, “una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil” STS 6 de abril de 1992 y Sentencia de la SAP de Almería 9/2008 de 18 de enero de 2008.

- La exigencia de efectiva convivencia

Para poder aplicar la exención de responsabilidad penal, el artículo 268 únicamente exige constatar la existencia del grado de parentesco pertinente entre el autor del delito y la víctima, exigiéndose además la efectiva convivencia para los parientes afines en primer grado. En consecuencia, ni los ascendientes, ni descendientes ni hermanos, deben convivir. Es más, incluso es posible que ni siquiera existe una relación de afectividad. La ausencia de estos requisitos da lugar a que sea suficiente la condición objetiva de pariente para la aplicación de la excusa. Interpretación que es asumida tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial que en las escasas ocasiones que ha tenido para pronunciarse sobre el tema, lo ha hecho con unanimidad, entendiendo que la convivencia es un requisito solo exigible a los afines.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> En este sentido STS de 26 de Junio de 2000 (RJ 2000/5794) o SAP de Zamora de 22 de Marzo de 2001 (ARP 2001/431) en la que el Tribunal se extiende pormenorizadamente sobre el tema “se comprueba, por tanto, que desde sus precedentes hasta plasmarse en el actual Código la excusa absolutoria que analizamos ha ido sufriendo un progresivo proceso de restricción de la exigencia de la convivencia para su apreciación que culminó en la redacción actual alcanzada. Con esta perspectiva debe procederse a la lectura del vigente precepto, cuya mera lectura del nuevo artículo pone de manifiesto la separación que con el empleo de conjunciones copulativas se establece entre un primer grupo de sujetos exentos (los cónyuges), con sus propias condiciones para la aplicación de la exención, y otro segundo par los que no se introducen condiciones (los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción), a las que sigue un tercer grupo (los afines en primer grado) introducido sintácticamente no mediante otra conjunción, sino con la expresión “así como” precedida a su vez de una coma, lo que denota la patente finalidad de separar ese nuevo grupo de sujetos al efecto de referir exclusivamente a ellos la expresión cuya alcance se discute, de suerte que se puede afirmar que la condición “si viviesen juntos” sólo es exigible a esos afines”

Si se acepta que la existencia de esta excusa absolutoria se justifica por la necesidad político criminal de que determinados conflictos de orden patrimonial sean solventados en el núcleo familiar por constituir éste una instancia de control informal más adecuada para la resolución de esta clase de “criminalidad”, parecería lógico exigir, si no ya unas relaciones de afectividad en el seno del grupo familiar (cuestión que podría ser discutible, entre otros motivos por su dificultad probatoria), al menos la existencia de una efectiva convivencia entre los parientes. En mi opinión este requisito supondría la manifestación legal del fundamento de la exención. Basándonos precisamente en esta concepción de la familia como familia nuclear, creo que extender automáticamente la aplicación de la excusa absolutoria a los ascendientes, descendientes y hermanos sin la exigencia de una efectiva convivencia, supone otorgar a la excusa una extensión injustificada. Las relaciones de parentesco pueden ser totalmente inexistentes o conflictivas y no parece lógico que por la mera constatación de la relación de parentesco se alcance la exención de responsabilidad criminal no alcanzo a comprender qué diferencia existe en estos casos entre el familiar y el extraño y mucho menos qué clase de control puede ejercer sobre sus miembros una familia que no convive y que carece de algún tipo de relación o de lazo de afecto. Máxime si se tiene en cuenta que la excusa de aplicación, como a continuación se señalará, a cualquier delito patrimonial, independientemente de la gravedad del mismo, es decir, alcanza desde la falta de hurto, hasta el más grave de los delitos patrimoniales –excluidas, evidentemente, las situaciones de ejecución violenta-.

### **3.5. Ámbito de aplicación**

En este apartado quería señalar dos cuestiones distintas. En primer lugar, la relativa a los delitos que quedan abarcados por la excusa absolutoria del artículo 268. Esta se halla ubicada en el Capítulo X “disposiciones comunes a los capítulos anteriores” y en su tenor literal el propio artículo dice que deberá aplicarse “por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí”.

Una interpretación literal y sistemática permite a Vives Antón<sup>26</sup> entender que la excusa será de aplicación a todos los delitos comprendidos en los capítulos anteriores,

---

<sup>26</sup> *Derecho Penal parte especial*, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, Editorial Tirant lo Blanch, MADRID 2010

excluyendo, evidentemente, aquellas conductas cometidas con violencia e intimidación. Por el contrario, otros autores entienden que la exención solo debe abarcar, en su opinión tal y como indica el propio precepto, a los delitos patrimoniales, “ ello significa que aquellos que no son delitos patrimoniales en sentido estricto o que no tienen solo ese carácter, no deben considerarse abarcados por la exención; así las insolvencias punibles, la alteración de precios en concursos y subastas, algunas modalidades de daños, o, incluso, las modalidades agravadas de hurto y robo con fuerza en las cosas cuyo fundamento no sea solo de carácter patrimonial, sino también de daño colectivo.”

Como ya se ha indicado con anterioridad, la génesis de esta excusa absolutoria y el fundamento que a la misma se le otorga, incluso en la actualidad, se hallan ligados a las relaciones familiares, y en consecuencia, parece que el ámbito natural de aplicación de esta debe de ser las relaciones patrimoniales que se generan en este ámbito familiar. Cualquier otro tipo de relación que vaya más allá de estas me parecería una aplicación extramuros del sentido de la norma. Incluir, por ejemplo, las insolvencias punibles en el espacio de aplicación del artículo 268, es ir más allá del propio fundamento material de la excusa, alejarse de su ámbito de dominio.

Un segundo aspecto, tanto o más relevante que el anterior, es el relativo a la gravedad o intensidad lesiva de la conducta. Para la posible aplicación de la excusa absolutoria resulta del todo indiferente cual sea el daño patrimonial causado, excusándose de igual manera una falta de hurto que la completa despatrimonialización de la víctima. Grave anomalía que ya fue puesta de relieve por Bajo Fernández, cuya exposición crítica ha resultado del todo indiferente al legislador del 95.

Otorgar idéntico beneficio a situaciones tan dispares resulta de difícil justificación, desde una perspectiva e justicia material. Si quien comete una estafa o un robo con fuerza en las cosas va a ver su conducta sancionada con una pena, no puedo comprender porque si es pariente de la víctima resulta milagrosamente exento de la misma. ¿Qué es lo que puede justificar en estos casos la automática no imposición de la sanción penal?

### **3.6. ¿A qué delitos es aplicable?**

El artículo 268 dice: “por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí ...” por lo que en principio sería aplicable a todos los delitos contra el patrimonio, sin embargo, por su ubicación en el Capítulo X “Disposiciones comunes a los artículos anteriores” podemos entender que se aplica a los capítulos anteriores del Título XIII: hurtos, robos (sin violencia o intimidación), robos y hurtos de uso de vehículos, estafas, apropiaciones indebidas, en las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas cuando se defraude a un familiar, insolvencias punibles, daños, alzamiento de bienes.

No será aplicable a la extorsión ni usurpación que requieran violencia o intimidación, tampoco a la alteración de precios en concursos y subastas públicas dado que la naturaleza del delito es totalmente diferente a la de la excusa, no coincidiendo sus presupuestos, ni tampoco a los daños con peligro o en instalaciones militares, en los concursos fraudulentos o en la presentación de balance falso en un concursos.

### **3.7. Consideraciones finales**

Como ya se ha repetido hasta la saciedad, el legislador de 1995 pretendió dotar a la sociedad española de un nuevo código penal acorde, no sólo a los cambios sociales tan notables que se habían producido en la misma, sino también ofrecerle un Código con proyección de futuro, es decir, una norma para el siglo XXI. Y si bien en muchos aspectos esta nueva legislación ha supuesto una efectiva puesta al día de muchos delitos y la creación de otros nuevos, plasmación de conductas ilícitas no recogidas en el Código anterior, no puede afirmarse que este ideal de cambio haya afectado al precepto objeto de análisis.

Es más, en mi opinión, el artículo 268 tiene puesta la vista más en el pasado que en el futuro, y ello, como he intentado exponer, por varios motivos. En primero lugar, pensar que hoy en día la familia puede jugar como una instancia de control social en un ámbito que vaya más allá de las relaciones entre padres e hijos, me parece bastante utópico, por un lado, y poco adecuado políticamente, por otro. Al menos desde la perspectiva de automaticidad que del precepto se desprende, pudiéndose haber optado

por dejar en manos de la víctima del delito la posibilidad de iniciar o no, el procedimiento penal.

La falta de delimitación del efectivo perjuicio causado, equiparando las faltas a los robos con fuerza, independientemente a su vez de la cuantía de estos últimos, tampoco añade nada favorable al juicio de valor que puede emitirse sobre esta norma.

En resumen, creo que el espíritu de modernidad que se ha pretendido alcanzar en este Código penal ha pasado de puntillas por el artículo 268. No sólo su fundamentación, sino su propio tenor literal parecen anclados en una antigua relación familiar que poco o nada tiene que ver con la moderna familia que se descarrilla hoy en día en la sociedad española y con la relevancia que los delitos contra el patrimonio han adquirido en la actualidad.

A ello se añade un más que obsoleto procedimiento, que deja casi sin protección penal a unas personas frente a la comisión de graves hechos delictivos, por el simple hecho de que les una con el autor del delito una relación de consanguinidad o afinidad que poco o nada tiene que ver con la efectiva convivencia o con las relaciones verdaderamente afectivas.

#### **4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

A continuación pasaremos a realizar un amplio análisis jurisprudencial de la excusa absolutoria del artículo 268 CP en las que a nuestro juicio son algunas de las sentencias más importantes, reseñables, o simplemente curiosas o novedosas, sobre la misma:

##### **4.1. Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 23 de Junio de 2010**

*-Archivo o sobreseimiento en fase intermedia y pronunciamiento sobre responsabilidad civil aunque haya aplicación de la excusa absolutoria*

Sostiene que es contradictorio afirmar que tales hechos no han sido acreditados y después aplicar la excusa absolutoria. Igualmente afirma que la excusa absolutoria solo se deberá aplicar una vez que se acredite que los hechos han ocurrido, y después

deberá establecerse la responsabilidad civil derivada de los mismos, pues no existe obstáculo alguno para que el Tribunal penal, tras el pronunciamiento absolutorio por aplicación de la excusa determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización. En el motivo segundo, invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no haberse pronunciado el Tribunal respecto de la indemnización solicitada al no entrar en el fondo del asunto. La exención de responsabilidad penal no implica la inexistencia de responsabilidad civil por el hecho cometido, y el silencio del Tribunal obliga a acudir a un procedimiento civil para obtener la restitución.

En el motivo tercero, al amparo del artículo 849.1º de la LECrim. , denuncia la aplicación indebida del artículo 268 del Código Penal, reiterando esencialmente la anterior argumentación. 1. La STS 91/2006, 30 de enero EDJ 2006/3625, con cita de la STS 334/2003, 5 de marzo EDJ 2003/6581, ha recordado 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 CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos afectados 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 quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad.

Por otra parte, esta Sala, en STS núm. 361/2007, de 24 de abril EDJ 2007/28984, ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del art. 637.3 de la LECrim EDL 1882/1, siempre que estén

acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella”.

En el mismo sentido, en la STS 91/2006, de 30 de enero EDJ 2006/3625, se decía que “... tampoco puede olvidarse la prosecución forzada de las actuaciones a pesar de la concurrencia de excusa absolutoria del art. 564 del CP/1973, aplicable a los delitos patrimoniales sin violencia e intimidación cometido entre cónyuges. Pues –como apunta el Ministerio Fiscal- debió haber operado la excusa absolutoria en la fase de instrucción de la causa, habiéndose impedido la perpetuación de la instrucción y la celebración del juicio, que se produjo por la resolución de la Audiencia en 4-10-02, revocando el auto de sobreseimiento libre dictado por el Instructor,...”, reconociendo, pues, que cuando los presupuestos de la excusa absolutoria constan con claridad no se justifica la prosecución del proceso penal.

De la aplicación de este criterio resultaría que, una vez acordada la absolución por el delito contenido en la acusación, no es posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente. Así se acordó, aunque se tratara de un supuesto diferente, en la STS núm. 430/2008, de 25 de junio EDJ 2008/97512, en la que, tras las argumentaciones que en la misma constan, concluyó que “el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de la responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad criminal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal” (véanse, por todas, STS 172/2005 de 14 de febrero EDJ 2005/37501), precedentes que la mayoría de la Sala ha decidido mantener”. En consecuencia, la exención de responsabilidad penal, cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza a la prosecución del proceso penal con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil, salvo en los casos expresamente contemplados en la ley.

A pesar de ello, no faltan sentencias del Tribunal Supremo como STS núm. 719/1992 de 6 de abril EDJ 1992/3353, o STS núm. 198/2007 o de 5 de marzo EDJ 2007/15814, que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el Tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados aunque luego aplique la



excusa para acordar la absolución del acusado. La aparente contradicción entre ambas afirmaciones encontraría una explicación razonable en que, en algunos supuestos, se presenta la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral para establecer de forma terminante la concurrencia de los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria y, además y en esos mismos casos, en la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados.

#### **4.2. Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2ª de 24 de abril de 2007**

En el fundamento de derecho primero, el primero de los motivos hechos valer por la representación legal de la parte recurrente se formula al amparo del art. 849.1 de la LECrim infracción de ley, inaplicación de los arts. 1.1, 4.1, 248, 249, 252, 392 y 120.3 del CP.

Argumenta ésta que la sentencia dictada por el Tribunal a quo, debió haber condenado a Luz como autora de un delito de falsedad en documento mercantil, cometido como medio para la realización de un delito de estafa, si se considera que ha mediado engaño o, alternativamente, de un delito de apropiación indebida, para el caso en que tal engaño no se repute acreditado. Salvo la interesada declaración de testigos conocidos por la acusada y de su propia hija –razona la recurrente-, no existe una sola prueba que permita pensar que se ha justificado el destino legal del dinero sustraído. La sentencia, además, debió haber acogido un pronunciamiento de responsabilidad civil subsidiaria contra la Caja de Ahorros de Granada por su indudable negligencia a la hora de aceptar los documentos falsificados por la acusada.

La sentencia del TS señala que este motivo no puede tener acogida.

Tiene razón el Fiscal cuando recuerda la plena aplicación supuesto de hecho enjuiciado –al menos, en lo que afecta a la acusación formulada por sendos delitos de estafa y apropiación indebida- de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP.

Este precepto proclama la exención de responsabilidad criminal por los delitos que se causaren entre sí, entre otros parientes, los ascendientes y descendientes, por naturaleza o adopción, siempre que no concurra violencia o intimidación.

De ahí que, más allá del esfuerzo de la parte recurrente, orientado a justificar el pleno encaje de los hechos en los delitos de estafa y apropiación indebida que se dicen inaplicados, la vigencia de aquel precepto conlleva como ineludible efecto un pronunciamiento absolutorio respecto de los delitos patrimoniales por los que se formuló acusación.

De hecho, nada habría impedido la apreciación del efecto exoneratorio –se base éste en la consideración del art. 268 del CP como causa personal de exclusión de la pena o como excusa absolutoria -, durante la investigación o fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del art. 637.3 de la LECrim.

Basta para ello que se dibujen con la precisión exigida los presupuestos fácticos a los que el art. 268 asocia la extinción de responsabilidad. La STS 42/2006, 27 de enero EDJ 2006/6367, recuerda incluso la posibilidad de aplicación de oficio de la mencionada excusa absolutoria.

Es cierto, sin embargo, que la delimitación de tales presupuestos, sobre todo, aquellos relacionados con la extensión que haya de darse a los requisitos referidos a la naturaleza de la relación y a la convivencia entre parientes afectados, no es cuestión pacífica en la doctrina. La jurisprudencia de la Sala Segunda (cfr. Acuerdos de Pleno no jurisdiccional de 15 diciembre 2000 y 1 de marzo de 2005 EDJ 2005/13135, así como SSTs 1288/2005, 28 de octubre EDJ 2005/171722 y 1801/2000, 20 de diciembre EDJ 2000/52788) se ha encargado de despejar algunas de las incógnitas para la aplicación del art. 268, de cuyo antecedente –el derogado art. 564 del CP- llegó a decir algún penalista que consagraba una inaceptable patente de corso (véase página 16-comentario/crítica art. 268 CP).

En consecuencia, las alegaciones formuladas por la parte recurrente que aspiran a calificar los hechos como integrantes de un delito de apropiación indebida o estafa, no pueden ser acogidas.

En el fundamento de derecho nº 3, se considera también infringido, por inaplicación, el art. 210.3 del CP, reivindicando un pronunciamiento de responsabilidad civil contra la Caja de Ahorros de Granada, al permitir sus empleados que la acusada falsificara la firma de sus ascendientes.

El art. 268 del CP establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos (“está exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...”).

Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil.

Es cierto que no faltan precedentes jurisprudencias que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil ex delicto en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil (cfr. STS 23 de mayo de 1970). También, la STS 719/1992, 6 de abril EDJ 1992/3353, con cita de la STS 10 de mayo de 1998, estimó que ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil, como en el supuesto realizó el Ministerio Fiscal, según lo prevenido en el art. 108 de la LECrim, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil.

Por más que esta doctrina jurisprudencial encuentre inspiración en consideraciones ligadas a la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal, en el presente caso la improcedencia de la indemnización que reivindica la parte recurrente resulta obligada.

De una parte, por cuanto que mal puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria, con fundamento en el art. 120.3 del CP, cuando la sentencia impugnada no acoge un pronunciamiento de responsabilidad civil directa.

Por otra parte, conviene tener presente que, en el supuesto de hecho que es objeto de examen, el Tribunal a quo no ha concluido la inexistencia de los delitos de estafa y apropiación indebida por razón de la eficacia exoneratoria del art. 268 del CP,

sino en atención a la ausencia de los elementos que definen los tipos descritos en los arts. 248 y 252 del CP.

En consecuencia, no es posible derivar un pronunciamiento civil ex delicto cuando la propia Sala ha negado el carácter típico de los hechos atribuidos a Luz.

#### **4.3.Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2º de 2 de febrero 2011**

- Legitimación para interposición de la querrela arts. 103 LECrim en relación con el art. 268 CP.

En el fundamento de derecho primero se dice que las presentes Diligencias Previas se incoaron tras admitirse a trámite la querrela formulada por un delito de estafa del art. 248 y 250.1, 4 del Código Penal, y de lo actuado resulta como primer dato de hecho relevante que la querellante es hija del querellado; de donde se sigue que, consistiendo en este caso la estafa en un comportamiento defraudatorio del querellado contra su hija querellante, el delito es de imposible existencia ya que el art. 268 declara que están exentos de responsabilidad criminal, entre otras personas, los ascendientes y descendientes por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, si no concurre violencia o intimidación. Excusa absolutoria que elimina en este caso al delito de estafa.

Por otro lado, el fundamento de derecho segundo nos dice que la LECrim. niega en su art. 103 legitimidad a los ascendientes y descendientes para ejercitar acciones penales entre sí salvo por delitos cometidos por los unos “contra las personas” de los otros. La falsedad documental no es un delito contra las personas, porque no afecta a ningún bien jurídico personal como la vida, la integridad física, la libertad o el honor, entre otros, sino a la confianza y seguridad en la fluidez del tráfico jurídico, desde la función que todo documento tiene de perpetración, prueba y garantía. Carece la querellante por lo tanto de legitimidad para querellarse contra su padre por falsedad documental; delito para cuya acción penal si lo está el Ministerio Fiscal, que se ha reservado su oportunidad expresamente al tiempo que interesa la desestimación de la querrela.

#### **4.4. Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 7 de diciembre de 2011**

En esta sentencia se nos habla sobre el delito de estafa, el cual al tratarse de un delito patrimonial en el que no concurre violencia o intimidación, sería de aplicación la excusa absolutoria regulada en el artículo 268 del Código Penal EDL 1995/16398, interpretada por el Tribunal Supremo respecto de los hermanos (como son el acusado y los perjudicados) en el sentido de no exigir su convivencia (sentencia de su Sala 2ª de 26-6-2000 EDJ 2000/15368 y Pleno no jurisdiccional de dicha Sala en reunión del día 15 de diciembre de 2000 EDJ 2000/112243, criterio seguido por sentencias posteriores como la de 20-12-2000 EDJ 2000/52788).

Es claro que quien promueve el expediente de dominio es la acusada Elisenda en exclusiva, no interviniendo su marido Pascual, el otro acusado, y así consta en el auto de 30 de marzo de 1998 (folio 145 y ss.), en el que se declara justificado el dominio de la finca a favor únicamente de dicha acusada, y es claro también que aquella es hermana del denunciante y supuesto perjudicado, por lo que es evidente la aplicación del artículo 268 del CPEDL 1995/16398, al encontrarnos ante un supuesto delito contra el patrimonio.

Por otra parte la LECrim. niega en su artículo 103 legitimidad a los ascendientes, descendientes y hermanos para ejercitar acciones penales entre sí salvo por delitos cometidos por los unos “contra las personas” de los otros. La estafa no es un delito contra las personas, porque no afecta a ningún bien jurídico personal como la vida, la integridad física, la libertad o el honor, entre otros, sino al patrimonio. Carece el denunciante por lo tanto de legitimidad para ejercitar la acusación contra su hermana por estafa; delito para cuya acción penal si lo está el Ministerio Fiscal, que sin embargo solicitó en su día el sobreseimiento de la causa, y defendió la libre absolución de los acusados en el acto del plenario.

#### **4.5.Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 13 de Noviembre de 2003**

##### *Compraventa de inmuebles –Excusa Absolutoria- Enfermedad Mental.*

En el fundamento de derecho primero nos dice que el tipo que pretenden, tanto acusación pública como particular, se aplique reprochándolo a ambas acusadas es el de estafa, previsto y definido en el 248 del CPEDL 1995/16398.

En el fundamento segundo nos dice que el mismo Tribunal ha tenido ocasión de considerar el mencionado tipo y su aplicación a hechos como los que aquí se pretenden por las acusaciones; concluyendo que la idoneidad abstracta del engaño ha de establecerse a la vista de los usos sociales pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas de la persona a la que se dirige un engaño.

A continuación, en el fundamento tercero nos dice que, por tanto, en el presente caso para triunfar la tesis de las acusaciones, estafa, sería necesario haber acreditado la insuficiencia psíquica o incapacidad parcial de la vendedora para manifestar su aquiescencia a la enajenación de la nuda propiedad de sus fincas mediante el engaño sobre tal acto, negocio jurídico, de enajenación proyectada no solo sobre él sino sobre la irrealidad del precio.

Por fin, en el fundamento de derecho cuarto llegamos al punto de la sentencia que a efectos de nuestro estudio más nos interesa; el letrado de la defensa planteó la aplicación al caso en cuanto a ella de la excusa absolutoria del art. 268 del CP EDL 1995/16398.-

Como declaró la STS de 20-12-2000 EDJ 2000/52788, reiterada por SSTs de 26-6-00 EDJ 2000/15368 y 5-3-2003 EDJ 2003/6581 entre otras:

“El vigente Código Penal ha dado nueva redacción a la excusa absolutoria entre parientes al disponer, en su artículo 268, que:

1. - Están exentos de responsabilidad criminal y sujeto 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 vivieren juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación.

2.- Esta disposición no es aplicable a los extremos que participaren en el delito.- El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal.- La nueva redacción determinó que esta Sala, en una sentencia de 26 de junio de 2000 EDJ 2000/15368, declaraba que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concurra violencia o intimidación.

La cuestión ha sido llevada al Pleno no jurisdiccional de esta Sala que, en su reunión del día 15 de diciembre de 2000, se decantó mayoritariamente a favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del Código Penal.

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 supondría una excesiva intervención el derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria”.

Por ello, sería de apreciar, a mayor abundamiento, la excusa absolutoria expresada.

En cuanto a la sobrina, también acusada, Paula, se ha declarado, y así ha resultado de lo actuado, que no consta qué actos realizara en la obtención de la declaración de voluntad de su tía Elvira para el otorgamiento de la escritura de venta, por ello ni se plantea el tema de su participación, además de lo dicho en cuanto a la falta de acreditación de la insuficiencia de incapacidad.

Por todo ello procede la absolución de ambos del delito de estafa del que venían acusados, con declaración de las costas de oficio.

#### **4.6.Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de Diciembre de 2012.**

En el fundamento de derecho segundo al igual que sucedía en la sentencia anterior nos vuelve a hablar de delito de estafa, el cual nos dice está integrado por la existencia de un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; a consecuencia de ello el sujeto pasivo, relación de causalidad señalada, realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, necesariamente despliega una suerte de cooperación, que debe ser entendido en sentido amplio, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero; por último, el tipo subjetivo conlleva la existencia del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro. (S.S.T.S., entre otras, de 2/3 EDJ 2000/1113, 28/3 EDJ 2000/6154, 19/5 EDJ 2000/10338, 5/6/00 EDJ 2000/14599 ó 22/1 EDJ 2001/2882 y 14/5/01 EDJ 2001/9098). En el presente caso la Sala entiende que no concurre uno de los elementos integrantes del tipo y esencial en concreto el engaño bastante.

Por lo que procede la libre absolución de la acusada al no concurrir en la conducta de la acusada los elementos integrantes del tipo penal de la estafa al no concurrir el elemento del engaño precedente o concurrente.

En el fundamento tercero se nos señala que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas modificó su calificación provisional en el sentido de solicitar la libre absolución de la acusada, por concurrir la excusa absolutoria del art., 268 del Código Penal. El reseñado artículo dispone “están exentos de responsabilidad criminal y sujeta 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.... por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación. En el presente caso a tenor del meritado artículo, es claro que no tiene cabida dicha excusa absolutoria, pues no se encuentra en las relaciones de parentesco que relaciona dicha disposición, no pudiendo dar una interpretación extensiva del mismo, puesto que en los supuestos que el Código Penal pretende incluir a las relaciones análogas de afectividad al matrimonio, así lo incluye. Igualmente por las razones expuestas en el anterior fundamento de derecho tampoco tendría cabida, puesto que la conducta de la denunciada no es susceptible de reproche penal.

-Asimismo, y por su importante correlación procesal con el artículo 268 del Código Penal (como ya hemos señalado a lo largo del cuerpo del trabajo), haremos a continuación algunas reseñas jurisprudenciales sobre el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### **4.7.Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 15 de enero de 2004**

##### Legitimación activa

La Sala de la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por el condenado como autor de un delito de robo con intimidación y un delito de lesiones, entendiendo que la posibilidad de ejercitar acciones entre parientes incluye el tipo penal de robo con intimidación, por cuanto que en el mismo no sólo se ataca el patrimonio sino también su persona. Entiende la AP que, en contra del criterio del recurrente, existe un claro ánimo de lucro ya que, independientemente de la finalidad que pretendiera darle a lo sustraído, obtuvo un provecho económico.

En el fundamento de derecho segundo el apelante alega en primer lugar infracción del artículo 103-2º de la LECrim, porque Lina era nuera del acusado, y por tanto esta sólo podría ejercitar la acción penal por el delito de lesiones, por lo que pudiese su absolución por el delito de robo con violencia. La AP dice que no puede acogerse este motivo porque el precepto citado al excluir la posibilidad de ejercitar acciones penales entre determinados parientes excepciona expresamente “a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros”, como es el caso de autos, sin que de tal excepción pueda excluirse el delito de robo con violencia en las personas

por cuanto el mismo ataca no sólo el patrimonio de la víctima sino también su persona, pues exige que haya violencia “en las personas”, amén de que en este proceso el Ministerio Fiscal –cuya legitimación para ello no se discute- también formuló acusación por el delito de robo con violencia, por lo que es claro que sí existió acusación válida respecto a dicho delito.

#### **4.8. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 4 julio de 2011**

En el fundamento de derecho segundo se plantea la procedencia para excluir a la parte acusadora particular del procedimiento atendido lo dispuesto en el art. 103.2 LECrim.

Al respecto, el TSJ señala que en la resolución recurrida se acuerda excluir a la representación de D. Sabino como acusadora particular, si bien se le permite continuar en concepto de parte actora civil.

El artículo 103.2º LECrim. dispone que no puedan ejercitar acciones penales entre sí los ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos o uterinos y afines, a no ser por delitos o falta cometido por los unos contra las personas de los otros. Por tanto, al darse tales relaciones de parentesco con el acusado, es evidente que si bien no pueden actuar como acusación particular, se encuentran legitimados para el ejercicio de la acción civil dimanante del delito, que puede serlo con independencia de la penal, según se establece en el artículo 110 de la propia Ley, personándose en concepto de actores civiles dado su “interés legítimo” en la prosecución del proceso al instarse una petición de indemnización civil en su favor, que le legitima para actuar como actor civil.

#### **4.9. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 2 de marzo de 2001**

##### Legitimación del suegro

El art. 103 LECrim proscribía la posibilidad de ejercitar la acción penal entre parientes por naturaleza, adopción o afinidad.

Mas, en el momento presente, dicha interdicción no puede ser equiparada, desde una perspectiva puramente negativa, a la imposibilidad de que un pariente por afinidad pueda ejercitar la acción penal contra otro pariente, pues una prohibición semejante, ayuna de mayores matizaciones, podría restringir seriamente el derecho a la tutela judicial efectiva del pariente ofendido, derecho fundamental este que, como se sabe, cuenta a su vez entre sus más esenciales contenidos con el también derecho de acceso a los órganos judiciales a los fines de la defensa de los derechos subjetivos y de los intereses legítimos de su titular. Esta constatación, por tanto, obliga a entender, desde una óptica positiva e integradora, y en todo caso en aras a una interpretación del art. 103.2 ° LECrim. conforme con la Constitución que lo que el precepto hace no es prohibir con carácter general el ejercicio de la acción penal entre parientes por razón de afinidad, sino permitir que los mismos puedan no ejercitar dicha acción entre si cuando no deseen hacerlo, aun cuando resulten ofendidos por el delito. Y entendida de este modo la norma es evidente que, por un lado, se sigue manteniendo su justificación como instrumento de protección de la estabilidad y la armonía familiares sin que, por otro lado, sufra ninguna restricción, que por genérica resultaría ilógica o irrazonable, el derecho a la tutela judicial efectiva de las personas ofendidas por la comisión de los ilícitos penales.

En consecuencia, la interpretación del art. 103.2° LECrim. Acorde con los contenidos esenciales del art. 24.2 CE conduciría a la misma conclusión de desestimación del recurso formulado.

El art. 23 CP que consagra la circunstancia mixta de parentesco. Como a nadie se le oculta, muchas han sido las resoluciones judiciales de la Sala 2ª del Tribunal Supremo que han declarado la irrelevancia o la pérdida del ámbito de aplicación de dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en los casos en que entre

el autor del delito y su víctima no existía ningún “lazo afectivo”, por haberse producido entre ellos un distanciamiento, una pérdida de amistad o afectividad, o la existencia de intereses contrapuestos. Extendiendo dicha unánime orientación jurisprudencial del ámbito material al de la legislación procesal, no resulta en modo alguno censurable o erróneo considerar que la prohibición contenida en el art. 103.2º LECrim. que, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, tiene por fundamento justificativo la tutela de la estabilidad y la armonía, deja de tener sentido como tal en aquellos casos en que dichas estabilidad o armonía ya no existen por haberse perdido los naturales lazos de afectividad entre los familiares implicados.

En el caso que se enjuicia, es el todo punto evidente que el suegro del acusado, que ejerce la acusación particular, no mantiene lazos algunos de amistad o afectividad con este último, como lo demuestra tanto el hecho cierto de que aquél haya decidido personarse en calidad de parte acusadora en el proceso penal seguido contra el acusado/apelante, cuanto de la consideración de que éste sea el presunto responsable del asesinato de la hija del primero. Por lo expuesto la prohibición contenida en el art. 103.2º LECrim no presenta resquicio alguno de aplicación en el presente procedimiento.

## **5. CONCLUSIONES – OPINIÓN PERSONAL**

Como hemos podido ver a lo largo de todo el trabajo, la excusa absolutoria “estrella” es la incluida en el artículo 268 del Código Penal, al menos por el gran número de resoluciones judiciales recaídas. Esta excusa absolutoria, podría no existir porque perfectamente cabría subsumirla en la circunstancia mixta de parentesco si se mantuviera su efecto modificando dicha circunstancia.

Respecto a la gran parte de excusas absolutorias, por su naturaleza y configuración jurídico-penales están muy vinculadas a la teoría de la reparación, por lo que también podrían ser incluidas en las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, todo ello en relación o con atención al el principio de intervención mínima o carácter de “última ratio” del Derecho Penal.

De la Jurisprudencia examinada, podemos deducir que hay un gran número de archivos en los Juzgados que directamente resuelven un sobreseimiento provisional, el cual no es el cauce procesal adecuado puesto que lo que correspondería, sería que fueran enjuiciados en el Juzgado de lo Penal, como ya se ha mencionado anteriormente.

Asimismo, hay que señalar, que existe un desconocimiento bastante elevado por parte de los operadores jurídicos de la aplicación de estas excusas absolutorias, lo que hace que en determinadas ocasiones no se apliquen, o se haga de oficio por parte de los Tribunales.

En mi opinión y en concordancia a lo expuesto durante el trabajo, el legislador quiso darle un cariz demasiado continuista a la excusa absolutoria del 268 CP respecto a su reflejo en el Código anterior (véase art. 564, pág. 22), lo que en consecuencia provocó una airada respuesta por parte de la Doctrina. Comprendo el fundamento que inspira esta excusa si bien creo que ya en 1995 debería haberse adaptado su redacción a la realidad social de aquella época; realidad social que no ha hecho sino avanzar en dirección contraria a la realidad en la cual esta norma se encuentra subsumida y que ha provocado un gran anacronismo entre norma y realidad. Divergencia que como hemos visto, la jurisprudencia se ha encargado de ir paliando y adaptando a través de sus interpretaciones del precepto; aunque no obstante, dado el carácter de norma de privilegio que ostenta el art.268, dicha interpretación o adaptación no va a poder soslayar unos límites, y por tanto, por más que se intente, la óptima solución será una reforma legal del mismo.

Creo que no es lugar ya para reiterar las críticas que se le han hecho a este precepto y que ya hemos señalado en demasía, por lo que concluiré este apartado diciendo que lo idóneo, como he señalado “ut supra”, sería una reforma legal del precepto, adaptándolo a la realidad social (especialmente en lo referente al concepto de familia/vínculos familiares), dotándolo de una mayor precisión en sus términos para evitar una profusa interpretación por parte de los tribunales, y otorgando mayores garantías a los perjudicados por el delito patrimonial, especialmente en lo referente a los trámites y cauces procesales para resarcirse en lo relativo a la responsabilidad civil.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- BAJO FERNÁNDEZ, M., *El parentesco en Derecho Penal*, Barcelona, Editorial Bosch Casa 1973
- CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español vol. I*, Madrid Editorial Tecnos, 1990.
- DE LA CUESTA AGUADO, M. P., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación* Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2004
- JIMENEZ SALGADO, C., *La exclusión de la responsabilidad criminal: Estudio Jurisprudencial penal y procesal*. Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2003
- MORALES PRATS, F. en colaboración con QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor, Navarra, Editorial Aranzadi 2010
- LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal Parte General I* Madrid , Editorial Universitas, 2006
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentario al Código Penal* Madrid, Editorial Civitas 1997
- SALVADOR VIVES, T., *Derecho Penal parte especial*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 2010

## **7. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### **7.1. Legislación**

- Código Penal Anterior 1973: Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre
- Código Penal 1955: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Constitución Española: Constitución Española, 1978.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal 1882: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal
- Ley Orgánica del Poder Judicial: Ley Orgánica del Poder Judicial mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último

### **7.2. Jurisprudencia referenciada**

- Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª de 23 de Junio de 2010
- Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2ª de 24 de abril de 2007
- Sentencia de Tribunal Supremo Sala 2º de 2 de febrero 2011
- Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas de 7 de diciembre de 2011
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada 13 de Noviembre de 2003
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de Diciembre de 2012.