



BOLETIN OFICIAL DE IJESPOL

Núm. 10

Lunes, 3 de abril de 2023

Derecho Penal

DERECHO PENAL

La excusa absolutoria del artículo 268 CP: actuación policial operativa

Gerard MOLINA FEBRERO

Inspector de la Policía Nacional

Un seguidor de la web de IJESPOL ha planteado una cuestión operativa relacionada con la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 CP, es decir, la excusa absolutoria que opera cuando, entre determinados parientes, se causaren entre sí delitos de naturaleza patrimonial.

La cuestión que nos plantea a grandes rasgos es si habiéndose cometido un delito menos grave contra el patrimonio y pudiéndose apreciar la excusa absolutoria del artículo 268 CP, procedería o no la detención del autor/a.

A juicio del equipo jurídico de IJESPOL, en los casos como el planteado, si existe una relación de parentesco de las previstas en el artículo 268 CP entre el autor y la víctima, no existe ninguna circunstancia que pueda excluir su apreciación y la víctima del delito es exclusivamente alguno de los parientes previstos en dicho artículo, la respuesta, con carácter general, es que **no procedería la detención**, sin perjuicio de la instrucción del correspondiente atestado y su remisión al juzgado de instrucción que resulte competente.

El artículo 268 del Código Penal señala que:

"1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

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

Con respecto a esta excusa absolutoria, tal y como se señala en la STS 928/2021, de 26 de noviembre, con cita a la STS 412/2013, de 22 de mayo, que a su vez recuerda la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo en la STS 618/2010, 23 de junio (con cita en las SSTS 91/2006, de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo), **"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, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses**

económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad".

Como vemos, la razón de ser de esta excusa absolutoria tiene su origen en razones de política criminal, las cuales son utilizadas por el legislador en determinados casos para no castigar con una pena acciones que son típicas, antijurídicas y culpables. Y es que, en el caso concreto de las relaciones familiares, la irrupción del Derecho Penal puede dar lugar a efectos más perniciosos que beneficiosos, es decir, y como habitualmente se ha dicho "podría ser peor el remedio que la enfermedad".

Por lo tanto, si el legislador ha sido cuidadoso a la hora de introducir la excusa absolutoria del artículo 268 CP para evitar que sea el Derecho Penal quien resuelva la responsabilidad por la comisión de delitos patrimoniales entre parientes, derivando la solución, en la medida de lo posible, a la jurisdicción civil, parece poco oportuno practicar la detención en aquellos casos en que la concurrencia de los requisitos para apreciar la excusa absolutoria del artículo 268 CP se nos muestran meridianamente claros. Piénsese en el hijo de 18 años que utiliza de manera fraudulenta la tarjeta de crédito de su padre para realizar compras por internet y las pesquisas de los agentes policiales les han llevado hasta el joven o en el hermano que enfadado con uno de sus hermanos por el reparto de una herencia le pincha las ruedas del coche ocasionándole unos daños por importe superior a los 400€. Parece, según lo expuesto por nuestro Alto Tribunal, poco oportuno irrumpir en ese conflicto familiar con una detención policial que va a desembocar en un procedimiento penal abocado a la declaración de la exención responsabilidad criminal del autor.

A diferencia de lo que pudiera ocurrir en hechos en los que se podría apreciar, por ejemplo, la legítima defensa (que excluye la antijuridicidad) o un estado de necesidad (que excluya la antijuridicidad o culpabilidad), en los que quien invoca dicha eximente debe probarla como se debe probar el hecho delictivo mismo, en el caso de la excusa absolutoria que estamos analizando, una vez acreditada la relación de parentesco y que no existe causa de exclusión para su aplicación (violencia, intimidación o vulnerabilidad de la víctima) la misma se debe apreciar incluso de oficio.

Ahora bien, para poder apreciar la excusa absolutoria debemos tener en cuenta lo siguiente:

1. Solamente se aplica en delitos de naturaleza patrimonial en los que no se haya empleado violencia o intimidación.
2. No es aplicable, si la víctima, aun siendo algunos de los familiares señalados en el artículo 268 CP, es vulnerable por razón de la edad o por padecer una discapacidad y el autor haya cometido el hecho abusando de la misma.
3. Solamente alcanza a los delitos patrimoniales que se comentan **entre sí** los familiares referenciados en el artículo 268 CP.

Veremos ahora algunas cuestiones controvertidas en la actuación operativa:

1. ¿La excusa absolutoria es aplicable a las personas unidas por análoga relación de afectividad?

Sí, la excusa absolutoria es aplicable además de a los cónyuges a las personas unidas por análoga relación de afectividad a la conyugal, siempre que dicha relación subsista al momento de comisión del hecho.

2. ¿Se exige la convivencia entre hermanos?

No se exige la convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria.

3. ¿Cuándo es exigible la convivencia?

La convivencia se exige entre afines de primer grado, es decir, entre suegros, yerno y nuera.

4. ¿Qué sucede si en la comisión de delito patrimonial cometido por varias personas a unos les alcanza la excusa absolutoria y a otros no?

Cuando en la comisión de un delito patrimonial cometido por varias personas, por ejemplo, una de ellas está amparada por el artículo 268 y el otro coautor/es no, la excusa absolutoria solamente se aplica a aquel en quien concurre, subsistiendo la posibilidad de exigir la responsabilidad criminal a los terceros ajenos.

EJEMPLO: Perico y su amigo Juan deciden sustraer al descuido 500 € del bolso de la madre de Perico para realizar unas compras. En este caso, Perico estaría cubierto por la excusa absolutoria, mientras que Juan no lo estaría. Juan podría llegar a ser detenido.

5. ¿Qué sucede si las víctimas del delito patrimonial son múltiples?

Hemos de tener en cuenta que la excusa absolutoria opera en los delitos patrimoniales que se causan **entre sí** los familiares señalados en el artículo 268 CP, pero cuando alcanza a terceras personas, subsiste la posibilidad de exigirle responsabilidad criminal y, por tanto, la posibilidad de practicar, en su caso, la detención del autor.

EJEMPLO: imaginemos el caso en que una persona es sorprendida por un indicativo policial robando en el interior de un bar tras haber forzado la puerta de acceso. Tras personarse el propietario resulta que es el hermano del autor de los hechos, sin embargo, es propietario del bar al 50% con su pareja. En este caso concreto, la pareja del hermano del autor también es víctima del hecho delictivo y no se encuentra dentro del catálogo de familiares del artículo 268 CP, por lo que no operaría la excusa absolutoria.

6. ¿A qué delito le sería de aplicación la excusa absolutoria?

Sería aplicables a todos los delitos de naturaleza patrimonial en los que para su ejecución no se tenga que aplicar violencia o intimidación. Así las cosas, quedarían excluidos, por ejemplo, el delito de robo con violencia o intimidación, la extorsión, la usurpación violenta, la alteración en concursos o subastas públicas ejecutadas con amenazas, mientras que quedarían incluidos el resto de delitos patrimoniales en los que la víctima sea alguno de los familiares previstos en el artículo 268 CP y aparte de no concurrir ni violencia ni intimidación, el autor no haya abusado tampoco de una situación de vulnerabilidad de la víctima por razón de su edad o discapacidad, como por ejemplo, los hurtos, los robos con fuerza en las cosas, las estafas, apropiaciones indebidas, daños, robo y hurto de uso de vehículo, etcétera.

En conclusión, cuando nos encontremos ante un delito patrimonial cometido entre alguno de los parientes del artículo 268 CP y podamos acreditar dicha relación de parentesco, así como que no se ha empleado violencia o intimidación y que la persona no es vulnerable, no procedería la detención, sin perjuicio de la tramitación de atestado policial para su remisión a la autoridad judicial. Solamente en aquellos casos en los que no se pueda acreditar la relación de parentesco o si, aun estando acreditada, hay indicios que hacen ver que el autor ha podido emplear violencia, intimidación o abusado de una situación de vulnerabilidad de la víctima por razón de la edad o por padecer esta una discapacidad, entonces procedería, en su caso, la detención del autor.