

Fundamento del efecto modificador de la responsabilidad penal de la relación de parentesco

Algunos criterios para atenuar, agravar o eximir de pena en caso de concurrencia de esta
circunstancia

Elena Íñigo Corroza

Universidad de Navarra

Abstract

Del parentesco como institución derivan una serie de deberes especiales y expectativas concretas que hacen que el hecho pueda ser más o menos grave. Se proponen criterios para interpretar la circunstancia de parentesco como atenuante, agravante o eximente, atendiendo a las razones jurídico- penales y político-criminales que subyacen a su regulación.

There are some special duties and expectations that flow from the parenthood as a legal institution, and that make the criminal act to be more or less serious. This article proposes several criteria in order to interpret the parenthood circumstance as an aggravating or a mitigating factor, or even as a defense, in accordance with criminal law reasons underlying its regulation.

Aus der Angehörigenbeziehung als Institution ergeben sich eine Reihe von besonderen Pflichten sowie spezifische Erwartungen, die dazu führen können, dass die Tat mehr oder weniger schwer wird. Hier werden Kriterien vorgeschlagen, um die Angehörigenbeziehung angesichts der ihrer Regelung zugrunde liegenden strafrechtlichen sowie der kriminalpolitischen Gründen als Milderungs-, Schärfungs- oder Strafausschließungsgrund auszulegen.

Title: Legal grounds for the parenthood as a modifying factor of the criminal responsibility. Criteria to mitigate, aggravate or release the punishment when this circumstance concurs.

Titel: Grundlagen der die strafrechtliche Verantwortlichkeit modifizierenden Wirkung der Angehörigenbeziehung. Kriterien für die Milderung, Verschärfung oder Strafflosigkeit beim Vorliegen einer Angehörigenbeziehung.

Plabras clave: Parentesco, circunstancia mixta, atenuante, eximente, agravante.

Keywords: Parenthood, mitigating circumstance, defense, aggravating circumstance.

Stichwörter: Angehöriger, Verwandtschaft, Milderungsgrund, Schärfungsgrund, Strafausschließungsgrund, Strafänderungsmerkmale.

Sumario

- 1. Introducción***
- 2. El concepto de parentesco en el Código penal***
- 3. El parentesco como agravante***
- 4. El parentesco como atenuante***
- 5. El parentesco como eximente***
- 6. Conclusiones***
- 7. Bibliografía***

1. Introducción

Este trabajo tiene como finalidad encontrar las razones jurídico penales y político-criminales que subyacen a la circunstancia de parentesco y que llevan a que determinados hechos delictivos en los que ésta concurre sean más graves, más leves o incluso resulten impunes respecto a la sanción de los mismos hechos cuando no concurre.

El artículo 23 CP, la conocida como circunstancia mixta de parentesco, establece que “es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”. Parece así que la razón de la agravación o la atenuación tiene que ver con la repercusión del parentesco en la naturaleza, los motivos y los efectos del delito. Lo que este trabajo pretende es sacar factor común a estos elementos y dar criterios generales para considerar el parentesco como atenuante o como agravante. Se va a tratar de determinar, en definitiva, cuál es la ratio que subyace a esta circunstancia.

Aunque nos interesa fundamentalmente el análisis del art. 23 como circunstancia genérica modificativa de responsabilidad criminal, habrá que tener en cuenta para una visión completa del parentesco el art. 268 como excusa absolutoria genérica. Lógicamente en este análisis deben considerarse también determinados tipos penales donde el legislador ya ha incluido como elemento del tipo la relación de parentesco¹.

En una primera aproximación al tema se examina si el concepto de parentesco que se utiliza en el Código penal es único y coherente, para inferir quienes son parientes en el Derecho penal español. Después se explica la relevancia del parentesco como institución positiva (1). Posteriormente, se pretende analizar de manera independiente el parentesco como circunstancia agravante (2), como atenuante (3) y como eximente (4). Por último (5), se ofrecen algunas conclusiones sobre la aplicabilidad de esta circunstancia.

2. El concepto de parentesco en el Código penal

1. Antes de determinar quiénes son parientes en el Código penal parece necesario establecer de manera general cómo se genera el parentesco y cómo y cuándo concluye.

¹Aquellos que podríamos denominar tipos circunstanciados, como los descritos en los arts. 153.2, 173, 454, 424, 470 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, 1973, pp. 14-17, distingue entre aquellos delitos donde la relación de parentesco se contempla en delitos comunes, bien uniendo al sujeto activo con el agraviado, bien uniendo al sujeto activo con persona beneficiada por el hecho, o bien uniendo al ofendido con un tercero. Este grupo de delitos sería distinto al de aquellos en los que la ley penal regula tipos especiales en los que se exige para la realización del tipo penal que los sujetos sean parientes, como por ejemplo, el incumplimiento de deberes familiares.

El concepto de parentesco utilizado en Derecho penal tiene relación directa con el concepto de parentesco del Derecho civil que lo utiliza en sentido amplio para referirse a las relaciones tradicionalmente incluidas en el Derecho de familia: matrimonio, relación de consanguinidad, afinidad, tutela, adopción. La procreación (en el caso de las relaciones de consanguinidad), o la creación de un vínculo jurídico por la voluntad de las partes (matrimonio², afinidad y adopción) suponen para el Derecho civil el origen de una relación de parentesco.

Por tanto, el parentesco es un vínculo jurídico que, tiene obviamente, efectos jurídicos³. Distinto del parentesco es la familia. Los conceptos de familia y parentesco han estado tradicionalmente unidos y, en ocasiones, confundidos⁴. La familia se ha definido como un grupo social formado por sujetos unidos por una relación de parentesco⁵. Parece que tradicionalmente el concepto de familia derivaba del de parentesco, siendo éste un concepto jurídico y la familia un concepto social.

En los últimos años se ha asistido a un cambio en el concepto de familia. La existencia de relaciones distintas a las tradicionalmente existentes, reconocidas en el contexto social como relaciones análogas a las familiares, y las demandas sociales para el reconocimiento jurídico de algunas de ellas, han dado lugar a un cambio en la regulación jurídica que ha supuesto la creación de vínculos jurídicos parentales distintos.

Así, las reformas sobre las parejas de hecho, las nuevas leyes sobre filiación, sobre uniones entre parejas homosexuales... son el resultado de un nuevo panorama social con consecuencias sobre lo que el Derecho actual entiende que es la familia y, por ende, el parentesco⁶. Podría decirse así que el concepto de parentesco ha cambiado, porque ha cambiado el concepto de familia.

Podría decirse que las modificaciones se estructuran fundamentalmente en dos niveles: cambio social, por el que la realidad social genera un concepto de convivencia doméstica cambiante, y cambio jurídico, tanto en el Derecho civil de familia como en el Derecho penal⁷. No todas las relaciones que pueden englobarse en el "nuevo" concepto de familia

² Hay que incluir aquí, a partir de la Ley 13/2005, de 1 de julio, las uniones homosexuales.

³ Es cierto que en el caso de relaciones consanguíneas no reconocidas el parentesco tiene una dimensión puramente fáctica hasta que no se produzca su reconocimiento jurídico.

⁴ La confusión habitual entre estos dos conceptos y la necesidad de una diferenciación ya había sido puesta de manifiesto en su extensa monografía por BELLO LANDROVE, *La familia y el Código penal español, 1977*, pp. 9-16.

⁵ La doctrina hablaba de distintos tipos de familia según el grado de proximidad en la relación entre los componentes. Podría decirse que existe un núcleo duro de familia, compuesta por los cónyuges e hijos, un círculo más amplio, pero todavía cercano al núcleo duro, los consanguíneos, directos y colaterales, y afines de primer grado, y más alejados, los de segundo grado, tercer grado...

⁶ No es sólo que haya un concepto de familia distinto con un concepto de parentesco distinto, sino también que es distinto el contenido y el valor de este concepto. Esto se ve en el CP en cambios que tienen que ver con una percepción distinta de la familia y los efectos que despliega. Así, se han eliminado algunos preceptos del CP donde se tenía en cuenta la relación parental como el infanticidio, el parricidio, el aborto honoris causa, el derecho de corrección, la atenuantes de vindicación, la agravante de ofensa a la familia, adulterio y amancebamiento, entre otros.

⁷ No todas las modalidades de convivencia han tenido reconocimiento por el Derecho civil, como tampoco el Derecho penal ha tenido en cuenta todas las relaciones jurídicas familiares o pseudo-familiares a la hora de configurar tipos delictivos específicos o de entenderlas como formas de parentesco.

son siempre relaciones jurídicas de parentesco. Pero el objeto de este trabajo no es el tratamiento de la familia⁸ en el Derecho penal sino el de las relaciones de parentesco en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En resumen, el parentesco se origina por consanguinidad y por vínculo jurídico, y es éste el que ha cambiado y se ha ampliado.

Así como nos interesa saber cuándo surge la relación parental, igualmente interesa determinar cuándo acaba. Mientras que el vínculo jurídico, por ser precisamente de carácter normativo y no naturalístico puede disolverse también jurídicamente, según la legislación civil, acabando así con la relación de parentesco existente, el vínculo de consanguinidad no puede disolverse, aunque puede dejar de tener, en casos concretos, relevancia jurídica⁹. Esto ya pone de manifiesto que no todas las relaciones de parentesco tienen la misma intensidad y que tampoco tienen los mismos efectos.

2. Una vez señalado cómo se genera el vínculo parental y cómo se acaba, el paso siguiente es determinar qué clases de parentesco recoge el Código penal, esto es, quiénes son parientes para el Derecho penal. Es en el art. 23 donde se recoge de manera general lo que el Derecho penal entiende por parentesco. Este artículo ha sido modificado en varias ocasiones. La primera reforma sustancial se lleva a cabo en el Código penal anterior para incluir las relaciones análogas al matrimonio por la existencia de afectividad¹⁰. El art. 23 del CP actual sigue manteniendo una redacción similar a la del art. 11 del código anterior hasta 2003¹¹, cuando se incluye en la redacción del precepto el “haber sido” cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad e introduce también las relaciones de pseudo afinidad (aunque esta terminología no es reconocida¹²).

Estos cambios responden, a mi juicio, a dos clases de razones: razones de carácter social y de carácter político-criminal. Las de carácter social tienen que ver con el ya tratado cambio del concepto social de familia, en la que se dan entrada a figuras de convivencia distintas (algunas reconocidas jurídicamente). Por otro lado, la preocupación social por el incremento de los delitos llamados de violencia doméstica en los que gran número de infracciones se producen entre parejas que han roto su convivencia ha llevado al legislador a introducir esa última reforma político-criminal incluyendo en el concepto de parentesco no sólo los que son matrimonio o asimilado sino los que lo han sido, como ha quedado plasmado en la última reforma del art. 23 (sobre esta cuestión volveré más tarde).

3. Para determinar qué entiende el Código penal español por parientes hay que analizar el art. 23 porque el resto de preceptos donde también se habla de parentesco recoge algunas de las figuras del 23, pero ninguna nueva. El art. 23 en su actual redacción maneja un concepto amplio de parentesco que no coincide ya con el concepto civil. Incluye entre los

⁸ La familia se ve, para algunos, como bien jurídico protegido en algunos delitos, como los delitos contra las relaciones familiares.

⁹ Así puede ocurrir en la figura del “desconocimiento de la paternidad” (art. 125 CC). Pero son situaciones absolutamente excepcionales y muy complejas.

¹⁰ LO 8/1983, de 25 de junio, que modificó la redacción del art. 11 del Código penal anterior.

¹¹ LO 11/2003, de 29 de septiembre.

¹² MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, L. 26/53, habla de “cuasi afinidad” (comillas en el original).

sujetos que son parientes a efectos del CP, por un lado, a personas ligadas por relaciones de **convivencia afectiva** (existente o que existió), esto es, los *cónyuges* y quienes ya no lo sean (los *ex cónyuges*) y los que estén ligados por *análoga relación de afectividad*¹³ (aquí habría que diferenciar entre las relaciones de afectividad con reconocimiento jurídico, por ejemplo, parejas de hecho y uniones homosexuales, y las que no), también en estos casos tanto si la relación subsiste como si no¹⁴. Por otro lado, el llamado tradicionalmente parentesco por **consanguinidad o adopción**, esto es ascendientes, descendientes o hermanos, por naturaleza o adopción, y relaciones de **afinidad**, hermanos, ascendientes, descendientes del cónyuge o conviviente fáctico. Dentro de este grupo deberían diferenciarse los casos de *pseudoafinidad*, que comprendería las relaciones de una persona como los hermanos, ascendientes o descendientes del conviviente (sin relación jurídica reconocida).

Claramente el concepto de pariente que utiliza el Código penal en su artículo 23 es un concepto propio, distinto y más amplio que el concepto de parentesco del Derecho de familia.

4. De todo lo dicho podría concluirse que los conceptos de familia y parentesco no coinciden. Que tampoco coincide el concepto de parentesco penal con el civil¹⁵. Que tampoco se utiliza el mismo concepto de parentesco a lo largo de los distintos preceptos del Código penal, o más en concreto, que en los distintos preceptos del código penal no se tienen en cuenta siempre las mismas relaciones parentales.

En cualquier caso, podría decirse que el artículo que recoge el concepto de parentesco del código penal, el art. 23, no da cabida a todos los parientes (por ejemplo no recoge la relación de los afines de segundo grado, como tíos y sobrinos) y recoge como tal algunos que jurídicamente no lo son (las *ex parejas*, donde se ha disuelto el vínculo conyugal o asimilado o las relaciones de afinidad del conviviente sin relación jurídica, lo que he denominado *pseudoafinidad*). En cualquier caso, esto no es sustancialmente distinto a lo que ocurre con otros conceptos penales, que tienen una adscripción propia de sentido normativo. En resumen, podría decirse que el art. 23 ha intentado dar cabida a una serie de relaciones –unas más jurídicas; otras, fácticas; a veces, existentes; a veces, ya extinguidas– por su posible relevancia en la responsabilidad penal¹⁶.

¹³ Habrá que determinar cómo debe entenderse esta expresión indeterminada de “análoga relación de afectividad”, esto es, ¿qué afectividad es propia de los cónyuges: la sexual, abierta a la procreación, con un proyecto de vida en común sin plazo..?

¹⁴ La introducción llevada a cabo por la reforma del año 1983 que asimila junto al matrimonio a relaciones que participen de una análoga relación de afectividad, ha planteado en la doctrina una discusión sobre la posible infracción del principio de legalidad en materia penal. Sobre esta cuestión, véase BOSCH FERRAGUT, “Circunstancia mixta de parentesco y principio de legalidad”, 1998, LL II/1998, pp. 2012-2018.

¹⁵ Sin embargo el Título XII del CP, “Delitos contra los deberes familiares”, lo que se entiende por los delitos propios contra la familia, recoge un concepto absolutamente jurídico de la familia, donde lo más relevante son los derechos y deberes (obviamente jurídicos) que derivan de la relación de parentesco. Esto corrobora el caos normativo del ordenamiento jurídico español sobre el concepto de familia que se protege y, por añadidura, la descripción del parentesco.

¹⁶ La razón por la que el legislador ha decidido otorgar relevancia jurídica a la hora de agravar y atenuar (i) la pena cuando la relación no existe (bien porque fácticamente se ha acabado, por ejemplo ha cesado la convivencia, o bien porque la relación jurídicamente ha sido disuelta) tiene que ver seguramente con la preocupación por los supuestos de violencia doméstica. Probablemente el legislador con la reforma del art. 23 quiso establecer una cláusula de cierre para poder sancionar aquellos delitos relacionados con la

5. Independientemente de que el concepto de parentesco que utiliza el Código penal sea más o menos correcto, afinado o coherente, tiene en el ámbito penal una significación especial, puesto que es una institución positiva¹⁷. La institución expresa una vinculación jurídico penal en las estrechas relaciones de vida privada¹⁸. De manera muy sucinta puede decirse que las instituciones positivas generan responsabilidad institucional y dan lugar a delitos de infracción de un deber. Son destacables dos características especiales: equiparan *per se* comisión y omisión, porque ambas formas suponen la infracción de deberes derivados de la institución¹⁹, y el sujeto puede desvincularse de algunas de ellas²⁰.

Es importante la consideración del parentesco como institución, porque permite establecer los deberes especiales que de ella se derivan, así como las expectativas correlativas a éstos. Esto nos va a permitir ir analizando en cada caso cuáles son las expectativas defraudadas en los delitos en los que se da la relación de parentesco y que permite agravar la pena. La configuración de la institución va a servir también para discernir por qué el parentesco puede atenuar la pena.

Aunque el parentesco como tal es una institución, se puede diferenciar a su vez distintos modelos de instituciones positivas dentro del parentesco: así puede hablarse de la institución paterno-filial, la matrimonial, las de hermanos...

Las instituciones son dinámicas, pueden cambiar con el tiempo. Además, pueden tener también distinta intensidad institucional ya que no todas las instituciones tienen la misma fuerza normativa. Hay instituciones más fuertes e instituciones más débiles. Las instituciones más fuertes dan lugar a expectativas y deberes más rígidos, más normativizados. Entre estas instituciones más fuertes están las relaciones más jurificadas o repetidas en el tiempo: las conyugales, las análogas a estas, las de filiación y las de hermanos (por consanguinidad o adopción). Entre las menos fuertes, menos jurificadas, las derivadas de instituciones en proceso de institucionalización (parejas de hecho no

violencia doméstica y que no contemplan en su descripción típica los supuestos de disolución. Por ejemplo, el homicidio o asesinato entre ex parejas. Éste, que es un caso muy frecuente, por desgracia en la práctica, curiosamente, teniendo en cuenta la ampliación de tipos penales y los cambios sufridos por algunos delitos en materia de violencia doméstica, sólo puede ser agravado por la circunstancia de parentesco. Sin esta reforma se dejarían fuera los supuestos más habituales: cuando el que mata es el ex marido o ex pareja a la mujer. Ahora bien, al intentar que esta cláusula de cierre fuera lo más amplia posible ha previsto también la posibilidad de aplicar la atenuación en el caso de las ex parejas, lo que carece absolutamente de sentido. Esto será corregido por vía jurisprudencial, pero para ello se trata de ver cuál es el fundamento último de la circunstancia de parentesco, que es el objetivo de este trabajo, aunque la jurisprudencia ya ha dejado claro la mera existencia de parentesco en sentido formal no basta para poder tenerla en cuenta a efectos modificativos de la responsabilidad penal.

¹⁷ Sobre este concepto con numerosas referencias bibliográficas, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ.TRELLES, *Plichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999. Sobre el desarrollo de este concepto véase en JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., 1997, apartado 29/57-77e. Este autor en la nota 114, reproduce el concepto de institución, en el sentido de las Ciencias Sociales de DUBIEL y dice que es "la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta".

¹⁸ PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008, p. 219.

¹⁹ Esto nos interesa de manera especial para determinar cuáles son los deberes y las expectativas que se generan en cada una de las concretas instituciones parentales.

²⁰ Este aspecto nos interesa para determinar cuándo el sujeto ha quedado desvinculado de la institución y, por tanto, decaen los deberes especiales derivados de ella.

reconocidas legalmente o con poco tiempo de convivencia), las de afinidad (y pseudoafinidad) y también las que están en proceso de desinstitucionalización (matrimonios o asimilados en proceso de ruptura). La clase de relación de que se trate, las institucionalizadas o en proceso de institucionalización o desinstitucionalización, son importantes, porque las expectativas que generan y, por tanto, los deberes de comportamiento son distintos.

Esto pone de manifiesto que el vínculo institucional es valorable y modulable, y permite hablar de distinta intensidad en los deberes y expectativas, de diverso grado, en definitiva, en la exigencia de comportamientos. Esto tendrá relevancia cuando individualicemos y determinemos en qué casos debe actuar el parentesco para atenuar, agravar o eximir de pena.

6. En resumen, el art. 23 determina que para agravar o atenuar la pena tiene que existir entre autor y víctima²¹ una relación de parentesco o haber existido una relación conyugal o asimilada. La relación de parentesco viene definida por la existencia de un vínculo entre los dos sujetos del delito y constituye una institución positiva. Este vínculo tiene distinta naturaleza, distinto contenido y distinta intensidad según el modelo de relación, lo que supondrá que no todas las instituciones parentales tengan el mismo contenido. Habrá, por tanto, que individualizar cuál es el contenido del vínculo en cada relación.

3. El parentesco como agravante

1. Ya se ha dicho que el parentesco del art. 23 CP es una circunstancia mixta. Esto significa que puede atenuar o agravar la responsabilidad penal “según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito”. Se ha mantenido tradicionalmente que atenúa en aquellos delitos en los que predomina su significación patrimonial o similar mientras no exista violencia o intimidación²², y agrava en los delitos contra las personas²³, aunque se admite de manera casi unánime que el juez tiene gran discrecionalidad para determinar el sentido que tiene el parentesco en cada caso²⁴.

²¹ Plantean problemas otras ecuaciones como que la víctima no esté ligada al autor por relación de parentesco, sino que sea otro el afectado. Ej. los delitos de tráfico de drogas, o falsedad documental...

²² Así, entre otros, GOYENA HUERTA, *Las circunstancias atenuantes en el Código penal de 1995, 1997*, pp. 164 y ss, y no en todos los delitos patrimoniales, sino únicamente, debido a la restricción que impone el art. 23 cuando la relación de parentesco se da entre autor y víctima, no por tanto cuando el sujeto pasivo no es el pariente, por ejemplo, porque es una colectividad.

²³ Sobre los problemas que se plantean y las excepciones que se admiten a esta “regla”, véase DOVAL PAIS, “Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas”, *RP*, 2000, pp. 31 y ss. En esta línea MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, L 26/54, resalta que no basta para aplicar la circunstancia la existencia de ésta y la naturaleza del delito, sino que también los motivos deben condicionar la aplicabilidad del parentesco.

²⁴ El legislador ha previsto el carácter agravatorio de la relación parental entre víctima y agresor de manera específica en algunos delitos, como en el art. 192.1.I, en los casos de actos contra la libertad e indemnidad sexual, o en los delitos de suposición de parto, ocultación o entrega de un hijo y sustitución de un niño por otro (art. 220.4), o el delito de abandono de un menor o incapaz (art. 229.2). También en las faltas de los art. 617.2.II y 620.III. Otros delitos, como el 180.1.4º, 182.2, 183.2 también recogen agravación por razón del parentesco entre víctima y ofensor poniéndola en relación con el abuso de confianza o prevalimiento.

2. La jurisprudencia venía exigiendo dos requisitos que podrían calificarse de formal y material. El formal, la existencia de una relación parental (de las recogidas en el art. 23), y el material, la existencia al mismo tiempo una situación de afecto²⁵ entre agraviado y ofensor que dotara de contenido a la relación. La comprobación de la mera relación formal era requisito necesario, pero no suficiente para aplicar la agravante de parentesco. En definitiva, la jurisprudencia ha tratado de buscar el fundamento de la razón de la agravación, habiéndolo encontrado en la existencia de afectividad. Con estos criterios ya se habían planteado algunos problemas. Así, el criterio de la afectividad ha planteado entre otros²⁶ el problema de la prueba. Si se presume que ya no existe en matrimonios separados, o si puede no existir aunque vivan juntos²⁷.

La última reforma del art. 23 ha influido de manera decisiva en los criterios de aplicación de la circunstancia de parentesco. Al incluir en su redacción a las ex parejas deja sin sentido la exigencia de que entre autor y víctima exista relación de parentesco, salvo cuando no se trate de relaciones conyugales. Por tanto, se puede aplicar la circunstancia de parentesco cuando ya no son parientes (i), porque han disuelto su relación, se han desvinculado fáctica o jurídicamente de la institución.

Si no hace falta que tengan relación parental, mucho menos, se puede exigir que entre ellos exista afecto. Por tanto, el segundo criterio tradicional para considerar aplicable la agravante de parentesco, deja también de tener sentido. Por tanto, no creo que la *affectio maritalis* pueda ser la razón que fundamente la aplicación de la agravante, por un lado, porque sería llamativo exigir afecto entre las partes cuando una de ellas ha lesionado algún

²⁵ El afecto ha sido uno de los elementos utilizados por la jurisprudencia como criterio interpretador para poder apreciar la agravante de parentesco. Sobre esto BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, 1973, p. 17; MESTRE DELGADO, *La atenuante de parentesco y la agravante de parentesco*, 1995, pp. 15 y ss, que ve en la entrada de la relación de análoga afectividad del art. 23 una confirmación de que elemento afectivo es el eje de la interpretación de esta circunstancia. Por su parte, BONET ESTEVA, "La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código penal y la búsqueda de criterios de aplicación", en QUINTERO OLIVARES et al (coord.), *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 107 y ss, entiende que el vínculo parental presupone la existencia de afecto y que ésta es una presunción jurídica tan fuerte que cuando el vínculo pueda desaparecer se dará por sentado que el afecto desaparece con la institución jurídica. De otro modo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código penal", *AP*, 1999, pp. 215 y ss, establece un criterio de consideración de la agravante más basado en la institución que en el contenido afectivo de la misma.

²⁶ Por ejemplo qué ha de significar el afecto. Así, BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, 1973, p. 14, entiende que es un sentimiento de vinculación afectiva derivado de pertenecer a un grupo de comunes intereses. GOYENA HUERTA, *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, 1997, p. 209 entiende que la vinculación afectiva es un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales que la convivencia familiar determina.

²⁷ Sobre los problemas de aplicación de la agravante en matrimonios rotos, en proceso de separación y situaciones especialmente complejas, véase BONET ESTEVA, *El nuevo Derecho penal español*, 2001, pp. 111 y ss, con referencias jurisprudenciales. Señala que la jurisprudencia ha entendido que la circunstancia mixta no tendrá efectos agravatorios cuando las motivaciones sean ajenas al parentesco, cuando exista ruptura del vínculo y cuando la víctima haya provocado el ataque contra su persona. Sobre estas cuestiones también, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *AP*, 1999, pp. 224 y ss.

bien jurídico de la otra²⁸; por otro lado, porque los sentimientos no se pueden exigir, no competen al Derecho²⁹, y no son fácilmente accesibles a la prueba, y otro argumento, dado por el propio legislador, porque ha previsto la agravante cuando las partes ya han roto su relación de parentesco (concretamente la conyugal o asimilada), por lo que se da por hecho que ya no existe *affectio maritalis*³⁰.

Está claro que la aplicabilidad de la circunstancia agravante de parentesco debe buscarse en su ratio.

3. La circunstancia de parentesco contextualiza el hecho típico y permite concretar más su contenido de injusto. El hecho circunstanciado es una subnorma distinta derivada si se quiere de la norma principal con un injusto propio. El tipo penal circunstanciado contiene una norma secundaria adyacente, que establece una sanción más grave, y, en este caso, también una norma primaria adyacente, distinta a la norma primaria del hecho principal (del delito de que se trate). Lo sucedido entre agresor y víctima es más grave porque agresor y víctima están o han estado unidos por un vínculo parental. Si es más grave es porque la regla de conducta supone una prohibición o prescripción³¹ reforzada. El hecho es más grave porque se infringen más deberes o deberes cualificados.

Que el parentesco sea una institución tiene especial relevancia en la consideración como circunstancia agravante, puesto que genera una serie de deberes especiales ya que el parentesco, como institución, es fuente de expectativas. Se ha dicho anteriormente que el parentesco es una institución pero en la que puede hablarse de subinstituciones dentro de ella. Así, las relaciones conyugales o asimiladas, las paterno-filiales, las fraternales... Las expectativas derivadas de ellas serán distintas según la institución de que se trate. La fuerza institucional hará que las expectativas sean mayores o menores.

El parentesco supone un vínculo que puede tener elementos distintos en las diferentes formas de relaciones parentales y posee unas características especiales que lo separan de otro género de vínculos. En la relación parental se presume, porque esto ha sido lo habitual, una vinculación afectiva, pero no sólo³². La relación familiar, de parentesco, viene definida por una serie de elementos entre los que destaca el compartir un proyecto vital en

²⁸ Una de las críticas que se hacía a la exigencia del afecto era que no tenía sentido que fuera éste la causa de la agravación, precisamente, porque la mayoría de los supuestos fácticos exteriorizan la falta de afecto entre los parientes, autor y víctima de un delito.

²⁹ Como muy bien expresó en su conocida frase HUBA, "Recht und Liebe", *FamRZ*, 1989, p. 127, "Das Recht erreicht die Liebe nicht".

³⁰ Así se ha recogido ya en alguna sentencia del Tribunal Supremo dictada después de la reforma. Así las SSTS 30.9.2008 (RJ 2008, 6085; MP: Colmenero Menéndez de Lúcar) y 14.10.2005 (RJ 2005, 7592; MP: Sánchez Melgar).

³¹ Teniendo en cuenta que las normas pueden ser prohibitivas, prescriptivas y facultativas, las reglas de aplicabilidad del parentesco serán válidas en los tres tipos de normas. De hecho las conductas omisivas y las facultativas dan lugar a problemas importantes. Sobre el problema de los deberes de socorro en las relaciones parentales conyugales, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *AP*, 1999, pp. 215 y ss.

³² Pero es cierto que la afectividad en los vínculos parentales tiene una especial relevancia y la diferencia de otras clases de vínculos (económicos, patrióticos, deportivos...). Hasta tal punto que en algunos casos, cuando los vínculos están poco institucionalizados, la ausencia de afectividad rompe el vínculo. Y en otros casos, aunque exista vínculo jurídico si no hay afectividad (por ejemplo, los matrimonios de conveniencia) los derechos y deberes que se derivan de él son radicalmente distintos. En relaciones más juridificadas o más institucionalizadas la ruptura del vínculo exige más que la pérdida de la afectividad.

el que tienen parte importante la convivencia, el afecto y la confianza y lealtad derivada de ella. Esto es decir mucho y muy poco. Pone de manifiesto que el vínculo parental presupone la existencia de todas estas cosas, pero que también pueden no existir.

Sin embargo, aunque hay excepciones, la legislación penal ha tomado en cuenta los criterios generales. Aunque es cierto que el concepto de familia está en proceso de cambio, y que han cambiado las relaciones familiares, muy sustancialmente sobre todo las relaciones de pareja, el legislador sigue pensando en una familia en la que estas características se dan. La consideración de la familia, desde la perspectiva penal, como una institución positiva, hace que se considere la existencia de ciertas expectativas normativas que han podido ser defraudadas en (muchas) ocasiones, pero no tanto como para cambiar la institución³³.

Por esto entiendo que la existencia de convivencia y afecto, con todo lo que esto supone, hace que en los casos de delitos cometidos entre parientes, el injusto sea mayor. La regla de conducta, he dicho antes, supone una prohibición reforzada porque hay más deberes que cuando la norma se dirige a quienes no son parientes. Aquí hay que hablar de la prohibición de la norma primaria, porque el parentesco aquí como agravante supone una norma primaria adyacente, una regla de conducta distinta, y es distinta porque en la institución familiar las reglas de conducta son distintas a otros supuestos donde únicamente existen expectativas cognitivas, de *neminem laedere*. Aquí hay deberes especiales que configuran reglas de conducta propias.

Cuando el sujeto lesiona un bien jurídico de la otra persona a la que está unida por un vínculo parental, más o menos intenso, no creo que defraude la afectividad (o no sólo ni siempre), sino algo derivado de todas las características que hemos señalado antes. De la afectividad propia del parentesco, del proyecto de vida, de la habitual convivencia, de la lealtad y solidaridad entre los parientes, deriva algo que creo que aglutina todo, la confianza, en concreto, una confianza legítima especial³⁴. Todo lo anterior hace que entre parientes exista una especial confianza en la actuación del otro. Por tanto, cuando la comisión de un hecho delictivo de un pariente a otro supone una defraudación o abuso de la confianza, el sujeto ha infringido un deber especial de actuación. Ha defraudado unas expectativas no comunes, sino especiales, basadas precisamente en la relación existente entre las partes, en la institución.

Entiendo así la agravante de parentesco como especie del género de la agravante de abuso de confianza³⁵. El delito es más grave porque se abusa o se defrauda la confianza especial que una otra persona tiene con el autor del delito, confianza que deriva de un vínculo

³³ Lo que deja abierto que si se siguen defraudando expectativas éstas deberán cambiar.

³⁴ Esta es la terminología de PERDOMO TORRES, *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, 2008. La confianza legítima especial, es para este autor, la institución que puede expresar correctamente la vinculación jurídico-penal en las estrechas relaciones de vida privada (p. 225). Aunque este autor determina que la institución es la confianza legítima especial, no la familia, ya que hay otras relaciones distintas a las parentales que también están incluidas en la institución de la confianza legítima especial.

³⁵ En este mismo sentido, BONET ESTEVA, *El nuevo Derecho penal español*, 2001, p. 119.

parental. Podría decirse así, que la ratio de la agravación es (el abuso o la defraudación de) la confianza legítima especial propia de la relación entre parientes³⁶.

4. Que ésta sea la ratio de la circunstancia agravante de parentesco quiere decir que ésta debería ser el fundamento de la agravación, por tanto, no se presume *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*. Habrá que ver en cada caso concreto si se dan o no las razones de la agravación. Además habrá que analizarlo en cada institución familiar en concreto. Las expectativas de confianza legítima especial serán más fuertes en las instituciones más normativizadas y lo serán menos en las menos normativizadas³⁷.

Los problemas se plantean en los procesos de desinstitucionalización, fundamentalmente, en relaciones parentales rotas o vacías de contenido. Esto se ha analizado sobre todo en las relaciones conyugales. ¿Sigue teniendo sentido la aplicación de la agravante en aquellos supuestos donde la relación parental es únicamente formal o ya no existe, aunque se haya previsto legislativamente?

Ya hemos dicho en otra parte de este trabajo, que una de las características de las instituciones positivas es que el sujeto puede desvincularse de ellas. También se ha señalado ya que esta desvinculación es en algunos supuestos más sencilla que en otros. La capacidad de desvincularse dice ya algo sobre la fuerza de la institución, es más fácil en algunas instituciones parentales que en otras³⁸.

Si he considerado que la agravante tiene razón de ser por la confianza legítima especial que subyace y al mismo tiempo da sentido a la relación de parentesco, la respuesta debería ser que no se puede aplicar la circunstancia de parentesco cuando no haya confianza legítima especial, cuando ésta se ha perdido porque entonces si no existe no puede decirse que se haya defraudado. Así, en algunas ocasiones puede subsistir el vínculo formal³⁹ pero no existir ya confianza legítima especial. En principio, no tendrá sentido en tales casos tener en

³⁶ El Tribunal Supremo en alguna de sus últimas sentencias (p. ej. STS 8.7.2011 (RJ 2011/54444; MP: Marchena Gómez) ha entendido que la razón de la agravación estriba en la situación de dominación que puede subsistir una vez disuelto el vínculo parental.

³⁷ No es la misma confianza la que se tiene en el cónyuge, o en el hijo, o en el padre, que la que se tiene en un cuñado, o en la persona con la que se empieza a convivir. En cualquier caso, siempre teniendo en cuenta, que forman parte de una institución positiva y que ya existen expectativas normativas, no sólo cognitivas. De hecho en las relaciones personales las expectativas se normativizan muy pronto. Por esto cuanto más fuerte es el vínculo más fuerte es la confianza, también por eso aguanta más la defraudación. Cuando menos fuerza tiene el vínculo, menor es la confianza y menos aguanta la defraudación.

³⁸ Así es mucho más fácil romper un vínculo matrimonial, o de pareja de hecho que uno de filiación (se entiende aquí romper el vínculo jurídico, el consanguíneo es imposible, pero aquí nos interesa los efectos jurídicos).

³⁹ Aquí hay que distinguir los casos que están en proceso de desinstitucionalización, en el que el vínculo es muy débil. Aquí podrían distinguirse los supuestos en que se mantiene la convivencia o no. Es verdad que por la naturaleza especial del matrimonio que es una institución particularmente fuerte, cuando hay separación pero no hay disolución todavía de ella derivan ciertas expectativas normativas, porque al ser una institución tan fuerte es muy resistente a la defraudación. De hecho en el caso de matrimonios que se llevan mal pero que todavía conviven creo que la relevancia de la institución es tan fuerte que se siguen derivando deberes de conducta y, al mismo tiempo, también expectativas. El hecho de que sigan viviendo juntos mantiene la expectativa de confianza. Sobre esto y en este sentido tratando de los deberes de socorro, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *AP*, 1999, p. 228-233. En cualquier caso en estos casos intermedios, creo que habrá que estar a la razón teleológica de la agravación, la atenuación o la exención en su caso. Habrá que delimitar la responsabilidad ad hoc.

cuenta la agravación por razón del parentesco. Por otro lado, cuando no existe el vínculo formal⁴⁰, se ha disuelto la relación parental, no deberá aplicarse la circunstancia agravante de parentesco, porque no hay parentesco (aun cuando legalmente se permita para las relaciones conyugales disueltas). Cuestión distinta será que pueda existir confianza, pero no será la confianza legítima especial porque ésta deriva de la institución y, en estos casos, ya no hay institución. Por tanto, podrá aplicarse, en su caso, la circunstancia agravante genérica de abuso de confianza, pero no la de parentesco del art. 23⁴¹.

5. Sin embargo, además de la posibilidad expresamente recogida por el legislador al incluir estas relaciones acabadas en el elenco del art. 23, hay un grupo de delitos que parecen contradecir esta idea. Los supuestos que responden a la idea de violencia de género⁴² plantean la agravación del delito en personas que están o han estado vinculadas por una relación de parentesco⁴³. Tanto en los tipos especiales (como los arts. 153, 173.2, 148.4, 5, 171. 172.2) como en los supuestos generales donde el cambio legislativo del art. 23 permite agravar la pena en delitos personales por el hecho de haber sido cónyuge o haber estado ligado por una relación de análoga afectividad. Aquí la ratio de la agravación señalada no parece tener sentido en algunos de estos supuestos. ¿Cómo hablar de defraudación de confianza en aquellos supuestos en los que el ex marido ha matado a su ex mujer que había sido amenazada por él en distintas ocasiones? Este ejemplo, que podría ser uno de los casos paradigmáticos de la actualidad no responde a la idea de defraudación de confianza. ¿Cómo va a tener una persona confianza en quien le amenaza y lo cumple después? La razón creo que es la que ya daba hace algún tiempo al hablar sobre este género de delitos⁴⁴. Creo que las razones de política-criminal en materia de violencia doméstica o de género son otras y coinciden en la nueva regulación de tipos especialmente agravados por razón del parentesco (fundamentalmente los de la violencia de género) como en la nueva regulación del art. 23. En este sentido podría decirse que la política legislativa en esta materia atiende a otras razones distintas a las que fundamentan la agravación en el parentesco del art. 23 y que tienen más que ver con los móviles especialmente abyectos de estas conductas. La razón de la agravación en estas conductas relacionadas con la violencia doméstica está en que el legislador ha pretendido sancionar una forma de actuar, más que un hecho concreto. Creo que se está sancionando al sujeto que ejerce violencia por distintos motivos entrelazados y compatibles: aprovechamiento de la ocasión, vulnerabilidad de la

⁴⁰ Esto coincidiría con la solución de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *AP*, 1999, p. 226, al entender que en casos de separación legal o de desvinculación de la institución, por ejemplo, por la separación de hecho, decaen gran número de consecuencias jurídicas, como la posición de garante, pese a que la institución, en este caso, la matrimonial, perdure.

⁴¹ Esta interpretación restrictiva de la circunstancia de parentesco como agravante aquí propuesta sería acorde con el tenor del art. 23. La letra del precepto no obliga a imponer la agravación en los supuestos concretos de parentesco que recoge, sino que dice expresamente que “es circunstancia que *puede* agravar o atenuar la responsabilidad, según la naturaleza, los *motivos* y los efectos del delito (...)”. (El resaltado es mío).

⁴² Sobre la confusión terminológica, véase ÍÑIGO CORROZA, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, 2005, pp. 14-16.

⁴³ Aunque no sólo para estas personas. Sobre el discutido elenco de sujetos activos y pasivos en algunos supuestos de violencia doméstica, véase ÍÑIGO CORROZA, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, 2005, pp. 22 y ss.

⁴⁴ Sobre esto ÍÑIGO CORROZA, *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, 2005, p. 27.

víctima, el obrar por venganza o represalia o por machismo en cuanto desprecio hacia el otro.

6. En resumen, entiendo que el parentesco en su calidad de circunstancia agravante afecta al injusto del hecho, a las reglas de conducta⁴⁵ y son expresión de factores de merecimiento de pena. La actual redacción del art. 23, por tanto, responde a más de una ratio de agravación. Parece encerrar una *contradictio in terminis* agravar por parentesco cuando ya no hay parentesco (sólo para los casos de relaciones parentales conyugales o asimiladas). Por esto, entiendo que la ratio de agravación en los casos de parentesco es la (defraudación o abuso de la) confianza legítima especial que deriva del vínculo parental. Habrá que determinar en cada caso si la conducta delictiva merece agravación por este abuso o defraudación. En los supuestos en que ya no hay relación parental conyugal o análoga la ratio está en que se den las mismas razones que han llevado al legislador a disponer tipos específicos en materia de violencia de género.

4. El parentesco como atenuante

1. El parentesco también puede funcionar como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal. Con carácter general se ha mantenido que el art. 23 atenúa la responsabilidad criminal en los delitos en los que predomina su significación patrimonial. Lo cierto es que la atenuación del parentesco parece muy limitada en estos delitos al existir en el Código penal la excusa absolutoria de parentesco del art. 268, que permite que la mayor parte de los casos de delitos patrimoniales no violentos entre parientes se exima a su responsable por la vía del art. 268. En cualquier caso, este precepto no recoge los mismos parientes que el 23, sino que es más limitado. Sólo están incluidos a efectos de la excusa absolutoria “los cónyuges que no estuvieran 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 de primer grado si viviesen juntos”⁴⁶.

Por otro lado, el Código penal recoge algunos tipos penales donde la relación de parentesco tiene efecto atenuatorio de la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, el tipo atenuado del delito de quebrantamiento de condena (art. 470 CP), que no incluye a todos los sujetos del art. 23, sino sólo a los cónyuges y relaciones análogas, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción y afines de primer grado. En este mismo sentido, el tipo de cohecho del art. 424, en el que se establece una importante rebaja de pena en los supuestos de cohecho cuando el autor del delito es pariente (los mismos del art. 470). La diferencia entre estos delitos con el art. 23 reside en que aquí la relación entre

⁴⁵ Entendida como conjunto de pautas de conducta que se dirigen a un sujeto potencial concreto. Sobre los conceptos de regla de conducta (*Verhaltensregel*) y regla de imputación (*Zurechnungsregel*) destacados por HRUSCHKA, y su desarrollo, véase SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 390 y ss.

⁴⁶ Quedan, por tanto, fuera de la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria los ex cónyuges, las parejas de hecho legalmente reconocidas y las que no, los afines que no sean de primer grado y los pseudo-afines. Sin embargo, curiosamente a estos sí se les podría aplicar, teóricamente, la circunstancia de parentesco como atenuante en delitos patrimoniales no violentos o intimidatorios. Se percibe una incongruencia sistemática.

parientes no es de ofensor y ofendido. Sino que el delito se comete por razón del parentesco. Es decir, el parentesco tiene relevancia en cuanto al motivo de comisión del hecho delictivo.

La realización de otros delitos entre parientes plantea algunas dudas sobre si debe tener o no carácter atenuatorio, como es el caso, sin ánimo de ser exhaustiva, de los supuestos de tráfico de drogas⁴⁷, o la revelación de secretos⁴⁸, u homicidio a petición⁴⁹, o colaboración con banda armada⁵⁰. Hay una limitación legal para la aplicación en estos casos del parentesco como posible atenuante (también, ya vimos, como agravante) que viene dada por la redacción del art. 23 que exige que entre víctima y autor exista una de las relaciones parentales que recoge este artículo. En la mayor parte de estos delitos (no así en el delito de homicidio a petición) no se cumple esta exigencia.

Todo esto pone de relieve que la tradicional, aunque por otra parte, ya superada, consideración de la naturaleza del delito, entre delitos contra las personas y delitos contra el patrimonio, para atenuar o agravar en el parentesco, no sirve como ratio de aplicación de esta circunstancia.

2. Ya he dicho antes, que las relaciones de parentesco suponen la existencia de vínculo formal, pero con un relevante contenido material. El vínculo es formal, en cuanto tiene relevancia jurídica, pero también supone la existencia de ciertos elementos propios de este género de vínculos: el afecto, la confianza, la lealtad, la solidaridad que es propia de las relaciones de parentesco. En cualquier caso, está dotado de un contenido ético-jurídico singular, complejo y cambiante en estas relaciones y que puede variar de unas a otras, que hace que tenga sentido afirmar que existe una relación.

La visión social del parentesco, ya lo hemos dicho ante, lleva consigo la presunción (*iuris tantum*) de afectividad. En la institución familiar se normativiza el afecto. Por esto, no es difícil imaginar que algunos supuestos de realización de hechos delictivos por una persona, plateen problemas motivacionales en su pariente. La existencia de emociones asténicas dan lugar a un conflicto motivacional. Esto puede dar lugar a que la actuación del sujeto sea considerada, sea vista, de manera distinta por la sociedad a como se hubiese visto la misma conducta si no existiera una relación parental.

3. En este sentido, entiendo que la atenuante de parentesco ha de interpretarse en clave de menor exigibilidad, esto es, de regla de imputación, más que regla de conducta. Creo que la atenuación de responsabilidad⁵¹ de una persona por un hecho delictivo en el que se ve

⁴⁷ Sobre esta cuestión, DOVAL PAIS, *RP*, 2000, pp. 43 y ss.

⁴⁸ El caso de un padre que revela a los profesores de su hijo que padece anorexia o problemas con las drogas. O el del progenitor que accede al correo electrónico de su hijo, sin su permiso, para ver si lleva a cabo conductas perniciosas o participa en conductas de carácter delictivo.

⁴⁹ El que ayuda a morir a su padre, marido... gravemente enfermo.

⁵⁰ Los casos de los familiares que pagan rescate a una banda armada a cambio de la liberación de su pariente.

⁵¹ Y en este caso también habría que decir de exención por la falta de culpabilidad. Según la intensidad de la falta de motivación podría hablarse de exención y no sólo atenuación, aunque no podría ser por la vía

implicado su pariente no afecta al hecho en sí, no se prohíbe o prescribe más o menos, sino que tiene sentido en sede de culpabilidad⁵². La diferente capacidad de motivación que presenta un sujeto por actuaciones en las que se ve afectado una persona con la que tiene (o ha tenido) una especial relación⁵³, lleva a tratar de “disculpar”, “comprender” o “hacerse cargo” de una peculiar situación de motivación emocional. Por tanto, es lógico entender que no bastaría con la existencia formal de parentesco, que ni siquiera se exige en las relaciones conyugales y análogas, sino que tendría que existir un contenido subyacente al mismo, la afectividad, entendida no sólo como cariño o amor, sino un concepto más amplio, que podría incluir el respeto, la solidaridad, el deber, la necesidad de protección...

Por eso, difícilmente se va a poder aplicar la atenuante de parentesco en supuestos donde la relación parental esté vacía de contenido, los parientes no se tienen afecto, o cuando no hay relación parental. En este sentido me remito a lo dicho para los casos de las ex parejas en materia de agravación. Me parece inadecuada la aplicación de la circunstancia de parentesco cuando no hay parentesco, aunque esté previsto legalmente porque entonces la circunstancia de parentesco no se diferencia sustancialmente del abuso de confianza, en el caso de la agravación, o de la inexigibilidad de otra conducta, en materia de atenuación. Una aplicación racional de la circunstancia, exige que su fundamento se base en la existencia del parentesco. Cuestión distinta será que el afecto que pueda existir entre ex cónyuges en casos concretos pueda suponer un conflicto motivacional en alguna de las partes. En ese caso, habrá que aplicar la circunstancia atenuante genérica oportuna⁵⁴.

4. También aquí se deriva la pregunta de por qué mantener la circunstancia genérica atenuante de parentesco cuando se podría recurrir a la inexigibilidad en los casos que hiciera falta.

Podría decirse que el parentesco, en este sentido, supone la normativización penal de un afecto. El problema de la normativización es precisamente en cómo se efectúa la desnormativización. El legislador ha dejado lugar a una interpretación de esta cuestión, al no establecer de manera cerrada los supuestos en los que el parentesco del art. 23 agrava o atenúa⁵⁵. Por tanto, hay que “cerrar en forma creadora los espacios que la decisión

del parentesco, sino de las circunstancias eximentes comunes del 20. Según entiendo esta es la ratio de la figura del art. 424. Hay exención de pena por inexigibilidad de otra conducta. Como explicaré más adelante, no creo que sea esta la misma razón teleológica de la eximente del art. 268.

⁵² En este sentido estaría de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 662, cuando entiende que la decisión sobre la culpabilidad o no, depende tanto de consideraciones garantísticas como preventivas.

⁵³ Aunque puede ser que atenúe la responsabilidad, por culpabilidad, pero en cambio puede que el parentesco también funcione como agravante del injusto. Sobre esto, ARIAS EIBE, *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2007, p. 256.

⁵⁴ Lo que sí parece claro es que en estos casos la atenuante no encaja bien precisamente en los delitos contra el patrimonio, aunque sí que se podría dar por ejemplo en el caso de quebrantamiento de condena, cuando no son ya cónyuges o tienen una relación análoga, pero se sigan profesando un gran afecto. En este caso, no vería problema para aplicar el art. 23 como circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

⁵⁵ Por tanto, según SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en SCHÜNEMANN (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, pp. 73-74: “la (referida) concreción (cursiva en el original) sólo puede y debe tener lugar por la vía de una

legislativa ha dejado abiertos; una tarea en la que tiene una importancia trascendental la desnormativización mediante la *reducción de fines a medios*, es decir, mediante la determinación de los estados de cosas que corresponden al fin de un determinado instituto jurídico⁵⁶. Habrá que estar al significado pretendido por el legislador. Este proceso puede dar lugar a supuestos de sobreinclusión o de infrainclusión. Es decir, puede haber supuestos que respondiendo al fin del legislador no puedan incluirse, y otros, que aunque puedan estar incluidos en su letra no responden a la teleología del precepto (claramente el caso de las ex parejas, que responde a otro criterio). Por tanto, entiendo que hay que interpretar el art. 23 en clave reductiva. No basta con que sean parientes, sino que es necesario que exista una situación emocional que permita afirmar el conflicto motivacional del pariente que lleva a una atenuación de su responsabilidad⁵⁷.

La existencia de afecto en las relaciones parentales obviamente no es una presunción iuris et de iure, sino iuris tantum, destruible, por tanto, con prueba en contrario. ¿Qué sentido tiene entonces esta circunstancia? A pesar de que en algunos casos puede no existir, como no es lo habitual, es mejor que exista una regulación general que lo presuma, que tener que ir demostrando caso por caso algo que no es jurídico, como es el afecto. Entiendo que no afectaría a la capacidad preventiva del precepto el aceptar que el concepto de parentesco presume, de manera revisable, que puede haber razones de inexigibilidad. Supondría el reconocimiento social y jurídico de la fuerza que despliegan las instituciones. Ahora bien, si sigue de manera ascendente el proceso de desinstitucionalización⁵⁸, habrá que probar, caso por caso, la existencia de algo más que el vínculo, sin dar por hecho que este género de vínculos llevan aparejada la afectividad. Pero mientras sean pocos casos y la generalización de la defraudación no sea común, puede tener sentido mantener esta figura del art. 23 como posible atenuante genérica de parentesco. Ahora bien, si se percibe una generalización de una pérdida de institucionalización del parentesco, como está ocurriendo en el matrimonio, y las expectativas normativas dejan de tener sentido y dependen sólo del caso concreto, dejará de tener sentido.

5. En resumen, entiendo que el parentesco como atenuante tiene que ver con la alteración de la motivación en el sujeto a la hora de cometer el hecho delictivo. El contenido de este género de vínculo en el que la afectividad está presente hace que en algunos casos el sujeto obre por razón de esta afectividad y no de otras razones motivacionales presentes en la incriminación de la norma. La afectividad es la ratio de aplicación por el efecto que tiene (cuando tenga, obviamente) en la culpabilidad. La afectividad, como sentimiento especial derivado de la vinculación parental, sólo tendrá relevancia en cuanto a que como sentimiento que es, afecte a la capacidad motivacional del sujeto. Por decirlo de algún

interpretación de las decisiones del legislador que, paso a paso, indique aquellos estados descriptibles en términos empíricos para los cuales resulta correcta la valoración de referencia”.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 73. (Cursiva en el original).

⁵⁷ Esto plantea el problema de la interpretación restrictiva de las atenuantes, como supuesto de analogía en contra del reo, pero esta cuestión por su dificultad no puede ser tratada en este momento.

⁵⁸ Sobre el proceso de desinstitucionalización de la familia, TYRELL, “Ehe und Familie-Institutionalisierung und Desinstitutionalisierung”, en LÜSCHER et al (eds.), *Die “postmoderne” Familie, Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*, 1990, pp. 148 y ss.

modo lo relevante jurídicamente no es que, por ejemplo, los padres e hijos se quieran y eso lleve a que una de las partes lleve a cabo un hecho delictivo, sino cómo influye en su capacidad de ser motivado por la norma (ámbito jurídico) este sentimiento (ámbito íntimo y espiritual).

A diferencia del parentesco como agravante, aquí el parentesco es una circunstancia que concreta la norma secundaria, cualifica el tipo penal, creando una norma secundaria adyacente. Es una cuestión de regla de imputación, no de regla de conducta. En estos casos, no es un supuesto de prohibición especial, reforzada, para los sujetos unidos por una determinada relación de parentesco, sino que es una cuestión de imputación. No es tanto una cuestión de merecimiento de pena, cuanto de necesidad de sanción penal⁵⁹.

5. El parentesco como eximente

1. Además de la virtualidad atenuatoria o agravatoria del parentesco, el Código penal español contempla algunos supuestos donde esta circunstancia tiene un efecto eximente de la responsabilidad penal. Estos supuestos son: exención de pena por encubrimiento entre parientes (art. 454); exención de pena por algunos delitos patrimoniales entre parientes (art. 268); y un supuesto algo distinto que es el de la exención de pena por convalidación del matrimonio (art. 218.2)⁶⁰. En otro orden de cosas, también el art. 261 de la LECrim, exclusión de la obligación de denunciar a algunos parientes, o el art. 416.1º de la misma ley que faculta a algunas personas para no declarar contra determinados parientes en el proceso penal⁶¹.

2. Tanto la figura del art. 268, como la del 454 han sido tradicionalmente consideradas como ejemplos de excusas absolutorias⁶², en concreto, causas personales de exclusión de la pena⁶³ y, por tanto, incluidas en el ámbito de la punibilidad⁶⁴. Lo relevante de las excusas absolutorias es que suponen la exención de pena a pesar de reconocer la existencia de un

⁵⁹ La misma razón de falta de necesidad, por no afectar estas conductas a la función preventiva de la norma, sería extrapolable a algunos supuestos de delitos patrimoniales entre sujetos no incluidos en el art. 268, permitiendo, si no eximir de pena, sí, al menos, atenuarla.

⁶⁰ Este supuesto no se tratará aquí por no responder al esquema de este trabajo. Sobre el fundamento de exención de pena en este caso, véase GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 123-125.

⁶¹ Sobre esta cuestión, ESCOBAR JIMÉNEZ, "La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECrim.)", *La Ley*, (5), 2009, pp. 1648 y ss.

⁶² La excusa absolutoria impide castigar a una determinada persona, pero no excluye la objetiva relevancia penal del hecho, ni la punibilidad de otras personas que participan en él. Así, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, L 5/31. Como pone este autor de manifiesto, el art. 268.2 "denomina "delito" a los hurtos y demás hechos entre parientes que considera impunes, y mantiene la punibilidad de los partícipes que no cuenten entre dichos parientes".

⁶³ Otra clasificación, a mi juicio, más clarificadora es la que propone SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, "Estudio de la punibilidad por la autodenuncia tras el fraude fiscal", *RDP*, 2009, pp. 23-30.

⁶⁴ Se ha sostenido tradicionalmente que la punibilidad es una categoría distinta, posterior a la de antijuricidad e imputación personal. Sobre la punibilidad como categoría del delito, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad*, 1997, pp. 69-82. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, L 5/36-37, entiende que la punibilidad afecta a todas las categorías del delito, porque éste es fundamentalmente un hecho punible.

injusto culpable. Por tanto, su función es únicamente restringir el ámbito de la pena⁶⁵. Aunque este trabajo no es el lugar idóneo por no ser su objeto de estudio, para un análisis sobre la categoría de la punibilidad, me parece relevante determinar qué entiendo por tal. Estoy de acuerdo con que la punibilidad es una categoría distinta y que se analiza en un momento posterior a la de la antijuricidad. Estaría de acuerdo con la opinión de SILVA SÁNCHEZ⁶⁶, en considerar un sistema bipartito del Derecho penal liderado por las categorías de la antinormatividad⁶⁷ y la sancionabilidad penal⁶⁸ y es dentro de la sancionabilidad donde se incluiría la subcategoría de la punibilidad. En cualquier caso, a pesar de haberse incluido en la misma categoría⁶⁹ la doctrina ha puesto de manifiesto que las razones de la exención de pena no son iguales en ambos supuestos⁷⁰.

Por mi parte entiendo que la figura del 268 sí puede incluirse dentro de los casos de excusas absolutorias⁷¹, con algunas matizaciones que luego expondré, pero ya adelanto que la figura del 454 es distinta y no afecta a esta categoría.

Lo que parece es que la exención de pena responde a razones de política criminal, ahora bien, estas razones son muy distintas y llevan a que diversos supuestos de exención de pena respondan a razones también diversas de política criminal⁷². No es posible establecer un único fundamento de exención de pena en esta materia, sino que según cuál sea la razón de política criminal que el legislador haya entendido que genera la necesidad de eximir de pena, la exención puede afectar a diversas categorías del delito. Así puede haber razones de

⁶⁵ Sobre el sentido que deba darse a esto, véase GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 34 y ss.

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 656 y ss. Sostiene SILVA SÁNCHEZ un sistema bipartito del Derecho penal orientado teleológicamente.

⁶⁷ Aunque SILVA SÁNCHEZ en la primera edición de su libro *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, había hablado de antijuricidad penal, en la segunda edición ha hecho una propuesta de desarrollo que, entre otras cosas, plantea como denominación preferible antinormatividad (véase, p. 683). Dentro de esta categoría tendría lugar la subdiferenciación que incluye la acción, el injusto penalmente típico y que el hecho no esté amparados por causas de exclusión del injusto. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 613 y ss.

⁶⁸ En la primera edición de la *Aproximación* diferenciaba aquí las categorías de culpabilidad o atribuibilidad individual del hecho a un determinado sujeto, la lesividad (en el sentido dogmático de resultado de lesión o peligro para el bien jurídico no compensada de modo suficiente por un resultado de salvaguarda para otro u otros bienes jurídicos) y otros condicionantes de la punibilidad. Es en esta última subcategoría donde se incluirían las excusas absolutorias. En la segunda edición (p. 684), propone dos subniveles de la sancionabilidad: la culpabilidad y la punibilidad.

⁶⁹ Lo que parece claro, como señala en la primera línea de su trabajo, SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *RDP*, 2009, p. 12, es que las situaciones que se incluyen en la categoría de la punibilidad son de muy diversa naturaleza.

⁷⁰ GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 46, ya pone de manifiesto que las excusas absolutorias están integradas por supuestos muy heterogéneos que responden a muy diversas razones. Sobre los criterios de fundamentación generales que se alegan para justificar estas figuras, véanse, pp. 46-59.

⁷¹ Sobre la doctrina mayoritaria en este sentido, véase con numerosas referencias, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 111, n. 32.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 619, en realidad "la primera decisión político-criminal, la expresada en la norma primaria, es la de en qué casos resulta necesario, apropiado y proporcionado para la protección de determinados bienes jurídicos (los merecedores y necesitados de protección penal) limitar la libertad de acción de los ciudadanos prohibiéndoles determinadas conductas bajo amenaza de pena".

política criminal que justifiquen la exención de pena, por distintas razones que tengan que ver con el merecimiento o necesidad de pena⁷³.

3. El art. 268, paradigmático caso de excusa absolutoria, recoge la exención de pena en delitos patrimoniales no violentos cuando media una (concreta) relación de parentesco entre autor y víctima⁷⁴.

Para poder apreciar la exención de pena, el legislador ha previsto algunos criterios: una concreta relación parental; cónyuges no separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio⁷⁵, ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción⁷⁶ y afines en primer grado si vivieran juntos, y un concreto género de delitos (delitos patrimoniales que se causaren entre sí, cuando no concorra violencia ni intimidación). Cuando concurren ambos factores se aplica directamente la exención de pena⁷⁷.

A pesar de que existe cierta unanimidad sobre su naturaleza jurídica y ubicación, en sede de punibilidad, sin embargo parece más relevante para este trabajo establecer su fundamento. ¿Cuáles son las razones que llevan al legislador a haber previsto la exención de pena al autor culpable de un hecho antijurídico⁷⁸?

Los distintos argumentos que se han dado para justificar la existencia de una figura como la del art. 268 tienen que ver con un determinado concepto de familia en la que ésta se ve como una unidad institucional con un contenido propio y reglas de conducta específicas. Algunos autores han concretado esto en que en la familia no había alteridad, sino que se percibía, el patrimonio como algo común⁷⁹. Otros autores han mantenido que lo relevante es que en esta clase de delitos el autor hace una interpretación inexacta de la gravedad de

⁷³ Sobre los criterios de merecimiento y necesidad de pena no como una nueva categoría político-criminal, sino como elementos de valoración que deben integrarse en las categorías dadas, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, p. 657 y ss.

⁷⁴ Sobre los orígenes históricos de esta figura, véase CORTÉS BECHIALLERI, *El Derecho*, 2000, p. 2.

⁷⁵ Sobre la aplicabilidad de la excusa absolutoria contenida en el art. 268 a las relaciones de afectividad semejantes a las matrimoniales se ha pronunciado el Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda, en su reunión del día 1 de marzo de 2005. El pleno acordó que "a los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial". Véase el acuerdo 110 en ÍÑIGO CORROZA/RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, *Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, 2007, pp. 355-358.

⁷⁶ Sobre la innecesariedad de la convivencia en caso de hermanos véase, CORTÉS BECHIARELLI, *El Derecho* 2000, pp. 1-4, poniendo de relieve la posible incongruencia entre exigir convivencia entre cónyuges y no entre hermanos.

⁷⁷ Siguiendo la diferenciación que hace SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *RDP*, 2009, pp. 25 y ss, el primer criterio atiende al factor en que se basa la impunidad: puede ser una conducta del sujeto (formal), o bien una circunstancia desvinculada de ésta (material). El segundo criterio es la relevancia penal del hecho que puede limitarse al sujeto a quien afecta (subjetiva), o bien aplicarse a todos los intervinientes (objetiva). De esta manera el supuesto del 268 sería un supuesto de exención en materia de punibilidad de carácter subjetivo (sólo afecta a los parientes) material (no requiere conducta especial por parte del agente).

⁷⁸ Hecho antijurídico que además puede estar agravado ya que en muchas ocasiones la acción se habrá realizado con prevalimiento por parte del autor de su situación, lo que llevará a que teóricamente pudiera aplicarse la circunstancia agravante de abuso de confianza, o la circunstancia de parentesco como agravante en el sentido que aquí se ha mantenido.

⁷⁹ Sobre la confusión de patrimonios como fundamento de esta eximente, véase GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, pp. 112 y ss.

su conducta por el contexto familiar en que se produce⁸⁰. En cualquier caso lo común a todo ello es que se percibe la familia como una microsociedad donde las reglas de actuación pueden ser distintas a otros ámbitos sociales, lo que puede llevar a que cambie la percepción social frente a ésta.

A mi entender, el argumento que históricamente ha estado detrás de la consideración del parentesco como eximente de pena en delitos patrimoniales no violentos es la autonomía institucional de la familia como vía de resolución de conflictos. La familia⁸¹ sería una institución en la que existen concretas reglas de conducta y de sanción y que, en este sentido, autogestionaría el conflicto (real y existente) producido en su seno.

Por tanto, en estos casos la exención de pena responde más a la falta de necesidad de intervención del Derecho penal que de necesidad de pena propiamente. El carácter del Derecho penal como ultima ratio, si otras instancias de actuación pueden intervenir para solucionar el conflicto, en este caso otras instancias privadas, no debe intervenir el Derecho penal⁸². Creo que en este caso la consideración del hecho como delito, pero la renuncia a la sanción penal, no supone un efecto importante en la prevención general, lo que, según el citado principio, obliga a que el Derecho penal no intervenga. Precisamente porque la inclusión de esta figura en el Código penal, al considerarla como hecho típico, aunque no punible, tiene ya un efecto en la prevención general, tiene en sí mismo, un efecto comunicativo que serviría a la función de prevención especial también. El Derecho penal decide no intervenir en la sanción, pero sí en la calificación de la conducta.

En definitiva, la autonomía institucional de la familia como vía de resolución de conflictos haría innecesaria la intervención penal⁸³. En cualquier caso, me parece oportuna una reducción teleológica del alcance de la figura. Sólo cuando la familia pueda actuar como instancia de control social de carácter informal tendrá sentido, porque responderá a su fin, la exención de pena. Si no es así, por ejemplo, porque los hermanos no se llevan bien, o porque los cónyuges a pesar de vivir juntos no tienen una relación profunda conyugal, no

⁸⁰ Así, se entendería que no es tan grave apoderarse del dinero de un ascendiente que de un extraño. En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en Derecho penal*, 1973, pp. 102 y ss. Añade este autor que esta disminución culpabilidad no justificaría la exclusión total de pena, sino que ésta estaría basada en la desaparición de las razones de prevención, utilidad y eficacia de la pena. Esta era la posición en Alemania sobre las razones de la exención de pena en el hurto entre parientes del antiguo § 247 II, así en MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, p. 178, n. 13. En la actualidad el § 247 StGB prevé el hurto entre parientes como delito privado, perseguible sólo a instancia de parte.

En esta línea me parece que tiene sentido en algunos casos la aplicación del parentesco como atenuante. Sobre estos ver nota 57.

⁸¹ Entendiendo la familia en su núcleo duro. Por eso tiene sentido que en la redacción del tipo penal sólo se incluyan los sujetos pertenecientes a este núcleo duro, exigiendo convivencia en el caso de los afines ya que estos están fuera de este núcleo, salvo que convivan. Cuestión distinta es la exigencia de convivencia entre cónyuges. Creo que responde al hecho de que el conyugal es un vínculo parental fácilmente disoluble, no así el de hermanos, para los no se exige convivencia.

⁸² Véase, el principio de "intervención mínima" como expresión de que el Derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general, en SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010 p. 393 con múltiples referencias.

⁸³ En este sentido, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 119, poniendo el acento en que la propiedad queda también protegida frente a los familiares, sólo que no a través del Derecho penal, sino de la propia familia.

tiene sentido aplicar la exención. Una familia incapaz de procesar el conflicto es una familia donde no puede aplicarse la excusa absolutoria, pues en ella el conflicto así afrontado genera nuevos conflictos. No olvidemos que la interpretación gramatical no es la única aplicable a los preceptos penales, no se puede olvidar la histórica y la teleológica que irían por el camino señalado.

La pregunta que se sugiere a continuación es si actualmente, teniendo en cuenta el cambio en el concepto social de familia, en definitiva los nuevos usos y costumbres, tiene sentido seguir manteniendo la excusa absolutoria de parentesco. Así, algunos autores plantean la conversión de este supuesto en un delito privado⁸⁴. Creo que esta solución no sería tan satisfactoria como puede parecer, ya que se pueden dar numerosos problemas prácticos (por ejemplo, que algún miembro de la familia quiera denunciar y los otros no). Creo que tiene sentido el mantenimiento de esta figura tal y como está porque recoge una serie de expectativas normativas que a veces no se dan, pero aún así son capaces, precisamente por ser normativas, de resistir la defraudación. Eso sí, si la defraudación se repitiera, esto es, cambiara el sustrato de la institución, ya no podría hablarse de la existencia de expectativas, pero no me parece que estemos en ese momento. De esta manera, entiendo que la excusa absolutoria tal y como está redactada serviría como cláusula de cierre con el correctivo fáctico de que deriva de su fundamento, esto es, que la familia opere efectivamente como instancia de control social.

4. La conducta recogida en el art. 454 tiene una naturaleza jurídica más controvertida que la anterior⁸⁵. Algunos autores la han considerado como otro ejemplo de excusa absolutoria, esta vez en materia de encubrimiento⁸⁶. Otros autores la sitúan, en cambio, en el ámbito no de la punibilidad, sino de la culpabilidad⁸⁷.

El legislador ha establecido básicamente dos requisitos para eximir de pena: que el sujeto encubridor y el encubierto se hallen ligados por una relación parental concreta, cónyuges o personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad⁸⁸, ascendientes, descendientes, hermanos (por naturaleza o adopción), afines en los mismos grados (primer grado, esto es cuñados)⁸⁹.

⁸⁴ Sobre esta cuestión GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 118, o CORTÉS BECHIARELLI, *El Derecho*, 2000, p. 4.

⁸⁵ En Alemania se recoge una conducta similar en el párrafo 258 VI StGB, que prevé una eximente de pena para los responsables de una conducta de favorecimiento personal dirigida a sustraer a parientes de la sanción penal. La naturaleza es también controvertida, sobre esto GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 103, n. 1.

⁸⁶ En este sentido la interpretan, por ejemplo, BAJO FERNÁNDEZ, *El parentesco en el Derecho penal*, 1973, p. 217; QUINTERO OLIVARES, *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., 2004, p. 1745; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, 1979, p. 36, entre otros.

⁸⁷ Como causa personal de exclusión de la pena, entre la falta de culpabilidad y las excusas absolutorias, MUÑOZ CONDE /GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., 1996, pp. 411-412. Como una causa de inexigibilidad de otra conducta, GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 109.

⁸⁸ Entiendo que la exigencia de estabilidad reforzaría algo que ya he dicho y es que cuando se habla de formas de análoga afectividad al matrimonio entre las características que debe tener esa relación está la de la estabilidad.

⁸⁹ Los parientes que el art. 454 recoge para poder apreciar la eximente no son los mismos del 268, ni tampoco los del art. 23. Aquí el legislador no exige convivencia ni exige afectividad fáctica. En cualquier

Además, el legislador ha establecido otra restricción, se excluye la modalidad de encubrimiento real del art. 451.1, esto es, cuando la actuación del encubridor se lleve a cabo para que el autor del delito se beneficie de éste.

Ya he manifestado al principio que creo que la ratio de exención de pena en este caso es distinta al del 268. Según entiendo la exención de pena en este caso deriva del efecto que en el hecho tiene el vínculo parental. La existencia del vínculo, no formal, sino material, esto es, la subsistencia de los sentimientos entre parientes afecta a la motivación del sujeto. No creo que se trate sólo de cariño, sino de sentimientos más complejos que se producen en el vínculo familiar: lealtad, solidaridad, afecto...⁹⁰ Estos hacen que la actitud motivacional del sujeto se encuentre con un factor añadido al del efecto intimidatorio de la norma. ¡Cómo voy a denunciar a un pariente;

He dicho antes que la familia es una institución con normas de comportamiento específicas que generan expectativas concretas. Las expectativas normativas existen con independencia de la voluntad de las partes, porque la institución familiar es así. Es una institución distinta de otras, tan arraigada y con un fuerte trasfondo cultural y social detrás, que hace que se generen expectativas de conducta al margen incluso de los deseos de las partes.

Aunque esto puede ser así, también puede ocurrir que no lo sea. Esto es, que haya sujetos que defrauden estas expectativas normativas y que no ayuden a sus familiares. Pero estas defraudaciones no han sido tan frecuentes e importantes para que el legislador haya decidido que el modelo social ha cambiado.

Se entiende así que la familia vincula tanto que influye en la capacidad de motivación siendo similar a una circunstancia próxima a la inexigibilidad de una persona, o incluso, en determinadas ocasiones, de miedo insuperable.

Considerando culpabilidad como exigibilidad⁹¹ puede entenderse que en estos casos la exigibilidad no es la misma que cuando no existe relación parental. Aquí también entra en juego la valoración del principio de necesidad de pena. En estos casos la necesidad de pena es menor a pesar de existir un hecho antijurídico⁹².

caso se excluyen, al no constar expresamente como ocurre el art. 23, los supuestos de matrimonios disueltos.

⁹⁰ Como, a mi modo de ver, acertadamente señala GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho penal*, 1997, p. 109, los lazos parentales no van indisolublemente unidos a la existencia de una relación de afecto. No es inusual que un pariente ayude a otro en situaciones de grave necesidad a pesar de no existir entre ellos ningún contacto ni relación de afecto.

⁹¹ En el sentido de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., 2010, pp. 659 y ss.

⁹² Este sería también el fundamento que ha dado la doctrina civil de la exclusión de sanción del art. 416.1º de la LECrim, o del art. 261 de la misma ley. Entre otros, AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1924, t. III, p. 604; ESCOBAR JIMÉNEZ, *El juicio oral en el proceso penal*, 1995, pp. 235 y ss. Sobre los problemas de aplicación de estas previsiones en los delitos de violencia doméstica, CASTILLEJO MANZANARES, "La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género", *RDP*, 2009, pp. 121 y ss.

En estos casos será difícil valorar caso por caso si se da o no el fundamento último de exclusión de pena, porque el Derecho no puede entrar a valorar cómo funciona la capacidad motivacional del sujeto. En cualquier caso, me parece que tal y cómo se entiende todavía, y más en esta materia, la familia, sigue existiendo una presunción de inexigibilidad al sujeto de denunciar a su pariente.

6. Conclusiones

1. El concepto de parentesco que utiliza el Código penal es distinto al del Derecho de familia. El elenco de posibles sujetos afectados por la circunstancia no incluye a todos los parientes e incluye algunos que no los son (las relaciones conyugales y análogas acabadas). El parentesco como institución positiva genera deberes especiales y expectativas concretas que serán de distinta intensidad según la densidad de la institución. No todas las instituciones tienen la misma relevancia.

2. La jurisprudencia y la doctrina parecen de acuerdo con que la regla tradicional de que el parentesco agrava en delitos contra las personas y atenúa en delitos patrimoniales no violentos o intimidatorios, ha dejado de tener sentido (más todavía después de los cambios legislativos del art. 23). Se impone la necesidad de determinar cuáles son las razones jurídicas y político-criminales que dan sentido a la consideración del parentesco como circunstancia atenuante, agravante o eximente de la responsabilidad criminal.

3. La institución parental supone la existencia de un vínculo con características especiales respecto de otra clase de vínculos. En éste constituyen elementos diferenciales la existencia de convivencia y afecto. Hay, en definitiva, una confianza legítima especial. Esto hace que en los delitos cometidos entre parientes el injusto sea mayor. La regla de conducta supone una prohibición reforzada porque hay más deberes que el deber básico de *neminem laedere*. La defraudación o abuso de esta confianza legítima especial propia de la institución parental sería la ratio de la agravación en el parentesco.

Sin embargo, esto no tiene sentido cuando la relación ya ha acabado, puesto que si no hay institución no puede haber confianza legítima especial derivada de ella. Entiendo que el legislador ha incluido estos supuestos tomando en consideración otras razones de política-criminal. Las mismas que ha tenido en cuenta en la regulación de los cambios legislativos en materia de violencia de género. Así pues, el parentesco como agravante responde a razones distintas según el tipo de relación de que se trate. La razón de la agravación en el parentesco es una cuestión de merecimiento de pena. Afecta a la regla de conducta penal.

4. Las características que son propias de las relaciones parentales hacen también que la situación motivacional de una persona ante algunas circunstancias se vea afectada. En algunos casos esto puede llevar a que la afectividad, entendida en un sentido más complejo que el cariño, en el que se incluye además del afecto, la confianza, la lealtad, la solidaridad, provoque en el sujeto una situación de menor exigibilidad. En algunos hechos delictivos la anormalidad motivacional del agente producida por el vínculo de parentesco (por las

emociones que este vínculo supone) que tiene con alguna persona afectada en el hecho, puede llevar a entender que la culpabilidad del sujeto es menor o incluso que no existe (como ocurre en el encubrimiento entre parientes del art. 454).

Por tanto, son razones de necesidad de pena, afectas a la sancionabilidad, de regla de imputación, las que están detrás del parentesco como atenuante de la responsabilidad criminal.

5. El Código penal prevé la posibilidad de que el parentesco también actúe como eximente de la responsabilidad. El art. 268 supone una excusa absolutoria. La razón de esta exención radica, según entiendo, en el carácter del Derecho penal como ultima ratio, si otras instancias privadas pueden intervenir para solucionar el conflicto el Derecho penal no debe intervenir. Existe una autonomía institucional de la familia como vía de resolución de conflictos que hace innecesaria la intervención penal para algunos delitos. Esta misma razón podría ser la que en algunos supuestos de delitos patrimoniales entre algunos parientes no incluidos en el art. 268, pero sí en el art. 23, permitiría atenuar la pena en virtud de este precepto.

6. En definitiva, aquí se propone una aplicación del art. 23 teniendo en cuenta como criterio interpretativo, no sólo el gramatical, sino también el histórico, el sistemático y muy especialmente el teleológico. Esto permitiría que con las reglas generales del art. 66 el juez se sintiera vinculado a modificar la pena cuando se den las razones de agravación o atenuación aun cuando la regulación legal no lo haya previsto⁹³. En cualquier caso queda sin efecto, ya lo estaba, la regla que establece en qué delitos atenúa y en qué delitos agrava. Puede atenuar en delitos contra la integridad⁹⁴ y puede agravar en delitos contra el patrimonio⁹⁵.

7. Bibliografía

Enrique AGUILERA DE PAZ (1924), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, t. III.

Manuel José ARIAS EIBE (2007), *Responsabilidad criminal. Circunstancias modificativas y su fundamento en el Código penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 2007

Miguel BAJO FERNÁNDEZ (1973), *El parentesco en Derecho penal*, Bosch, Barcelona.

Federico BELLO LANDROVE (1977), *La familia y el Código penal español*, Montecorvo, Madrid,

⁹³ Por ejemplo, en aquellos casos que quedan fuera del art. 23 porque la relación parental no es entre víctima y agresor, como en los delitos contra bienes jurídicos colectivos, como la salud pública, o la fe pública.

⁹⁴ Por ejemplo, lesiones en legítima defensa a un tercero, cuando el autor es, por ejemplo, un hijo que ayuda a su madre y golpea a su hermano.

⁹⁵ Cuando el delito se realiza con abuso de confianza derivada de la relación de parentesco.

Margarita BONET ESTEVA (2001), "La circunstancia mixta de parentesco en el nuevo Código penal y la búsqueda de criterios de aplicación", en QUINTERO OLIVARES et al (coord.) *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Pamplona.

Margarita BOSCH FERRAGUT (1998), "Circunstancia mixta de parentesco y principio de legalidad", *LL* 1998-II.

Raquel CASTILLEJO MANZANARES (2009), "La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género", *RDP* 26/2009.

Emilio CORTÉS BECHIALLERI (2000) "¿Estimación de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad en caso de hermanos no convivientes?", *El Derecho* 1362/2000, Madrid.

Antonio DOVAL PAIS (2000), "Ámbito de aplicabilidad de la circunstancia mixta de parentesco según la naturaleza del delito y delitos de tráfico de drogas", *RP* 6/2000.

Rafael ESCOBAR JIMÉNEZ, (2009), "La facultad de no declarar contra determinados familiares en el proceso penal (art. 416.1º LECrim.)", *La Ley* 5/2009.

- EL MISMO (1995), "Aspectos del interrogatorio de acusados: Testigos y peritos en el juicio oral", en MORENO VERDEJO (coord.), *El juicio oral en el proceso penal*, Comares, Madrid.

Octavio GARCÍA PÉREZ (1997), *La punibilidad en el Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona.

Enrique GIMBERNAT ORDEIG (1979), *Introducción a la parte general del Derecho penal español*, textos Universidad Complutense de Madrid, Madrid.

Jaime GOYENA HUERTA (1997), *Las circunstancias agravantes en el Código penal de 1995*, Aranzadi, Pamplona.

Hermann HUBA (1989), "Recht und Liebe", *FamRZ* 36/1989.

Elena ÍÑIGO CORROZA (2005), *Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídico penales, procesales y laborales*, Thomson Aranzadi, Pamplona.

Elena ÍÑIGO CORROZA/Eduardo RUÍZ DE ERENCHUN ARTECHE (2007), *Los acuerdos de la Sala penal del Tribunal Supremo: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007)*, Atelier, Barcelona.

Günther JAKOBS (1997), *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

Esteban MESTRE DELGADO (1995), *La atenuante y la agravante de parentesco*, Tecnos, Madrid.

Edmund MEZGER (1949), *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin-München.

Santiago MIR PUIG (2008), *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., Reppertor, Barcelona.

Francisco MUÑOZ CONDE /Mercedes GARCÍA ARÁN (1996), *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.

Jorge PERDOMO TORRES (2008), *Posición de garante en virtud de confianza legítima especial*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

QUINTERO OLIVARES (2004), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona.

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (2009), "Estudio de la punibilidad por la autodenuncia tras el fraude fiscal", *RDP* 28/2009.

- EL MISMO (2008), *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires.

Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ.TRELLES (1999), *Plichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlin.

- EL MISMO, (1999), "Deberes de socorro en virtud de la unión matrimonial. A su vez: sobre la agravante de parentesco del art. 23 del Código penal", *AP* 11/1999.

SCHÜNEMANN (1991), "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en SCHÜNEMANN (compilador), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Tecnos, traducción Jesús-María Silva Sánchez, Madrid.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., B de F., Buenos Aires.

TYRELL (1990), "Ehe und Familie-Institutionalisierung und Desinstitutionalisierung", en LÜSCHER et al (ed.), *Die "postmoderne" Familie, Familiare Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*, Universitätsverlag, Konstanz.

