



La necesaria reformulación de la exención de responsabilidad penal en las sociedades familiares¹

Septiembre 2024

- **Naturaleza y justificación**

La excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP exime de responsabilidad penal a los familiares más allegados por los delitos patrimoniales que cometan entre sí, siempre que no haya concurrido violencia o intimidación ni sea la víctima una persona especialmente vulnerable por razón de la edad o por tratarse de una persona con discapacidad, quedando sujetos únicamente a la responsabilidad civil que pudiera derivarse del delito.

Concretamente establece que “están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se

¹ Extracto de MARCHENA PEREA, M. “La necesaria reformulación de la exención de responsabilidad penal en las sociedades familiares”, *La Ley Mercantil*, núm. 105, Sept. 2023.

causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad". Y, añade, "Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito".

Esta figura, que ya se contemplaba en casi idénticas circunstancias en el CP de 1.973 -art. 564-, ha sido, y es, objeto de múltiples controversias jurídicas. Tanto la jurisprudencia como especialmente la doctrina albergan diferentes posturas acerca de su alcance e, incluso, su acomodo al texto constitucional.

Las excusas absolutorias previstas en nuestro ordenamiento jurídico encuentran su fundamento en razones de política criminal. La que aquí nos ocupa encuentra su justificación en el deseo de proteger al núcleo familiar de las consecuencias que pudiera generar al mismo una efectiva aplicación del Derecho Penal. Se entiende que, al tratarse de delitos patrimoniales en los que no ha mediado violencia o intimidación ni se ha abusado de la situación de la víctima, los lazos familiares conllevarán necesariamente a un perdón del ofendido en favor del autor del delito, sin que aquella quede completamente desprotegida, pues podrá, en su caso, instar la reparación del daño ante la jurisdicción civil.

No faltan voces críticas acerca de esta afirmación.

Magro Servet, sugiere que la justificación de esta excusa parte de "unas extrañas razones de política criminal que hoy en día no se sostienen y que llevan a muchas familias a vivir situaciones de absoluta indefensión y sin poder recurrir a la Administración para obtener una debida tutela". Añade con pragmatismo que son frecuentes los "casos reiterados de hijos que sustraen dinero u objetos a sus padres para comprar droga o para sus necesidades, sin que los progenitores puedan instar medidas cautelares frente a ellos, al quedar amparados en la aplicación de esta excusa absolutoria, mientras que los delitos que cometan sean de carácter patrimonial"².

Con idéntico sentido crítico, Casanueva Sanz sostiene que nos encontramos ante una norma del pasado que desprotege a las familias del presente. Frente al presumido perdón por parte del ofendido, defiende que "sin negar que a veces puede ser así, no creo que pueda generalizarse ni la existencia de perdón, por parte del pariente perjudicado, ni dicha percepción, por parte del autor, tal y como demuestra un rápido repaso a la jurisprudencia y a los hechos probados en un gran número de sentencias". En cuanto al referido menor reproche y alarma social de estos supuestos, puntualiza que bien pudiera entenderse, al contrario, pues "si una persona es capaz de llevar a cabo estas conductas contra parientes con los que, se supone, le une un vínculo afectivo, especial, cuanto más podrá ser contra terceros con los que no le unen ningún tipo de vínculo"³.

² MAGRO SERVET, V. "Interpretación de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Hacia una propuesta de derogación de la exención de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales cometidos entre parientes", *La Ley Penal*, núm. 80, marzo 2011.

³ CASANUEVA SANZ, I. "La excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP. Una norma del pasado que desprotege a las familias del presente", *Cuestiones actuales del Derecho de Familia*, Tirant lo Blanch, 2.022, págs. 79 y ss.

Numerosos ejemplos de la casuística diaria respaldan la idea de que, en efecto, hay ocasiones en que el perdón del ofendido es más difícil de brindar al familiar que a un desconocido. Pensar que alguien tan allegado –pues no olvidemos que la excusa solo alcanza a ascendientes, descendientes, hermanos, cónyuges y afines de primer grado que vivan juntos– pueda haber atentado contra el patrimonio propio perfectamente puede generar una mayor aflicción que si es un tercero quien actúa de ese modo. Sin embargo, la experiencia enseña el ejemplo de un hijo que hurta “calderilla” a sus padres; acción ésta que lógicamente, será merecedora de un reproche ético, pero donde consideraríamos impensable que deban abrirse las puertas al Derecho Penal para alcanzar una solución. Y este hijo, capaz de hurtar “calderilla” a sus padres, muy probablemente sea incapaz de atentar contra cualquier patrimonio ajeno extramuros de su hogar familiar.

Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la aplicación de esta eximente busca preservar la unidad familiar, salvaguardándola del Derecho Penal, ya que una eventual condena dificultaría la paz familiar. En esta línea se ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que en su STS 863/2023, 3 de noviembre, recordaba que “...la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última ratio, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad”⁴.

Pero, como a mi juicio de forma acertada sugiere Casanueva Sanz, ¿Qué ocurre en aquellos supuestos en los cuáles las relaciones entre los parientes (hermanos, padres...) están completamente rotas? ¿Y si no hay ninguna “paz familiar” que proteger porque, simplemente, no existe? ¿Y si el autor lo hace precisamente para causar daño al perjudicado sabiendo que va a ser exonerado (lo que supone un daño añadido ante la imposibilidad de poder obtener una satisfacción)?

- **Extensión: ¿a quién alcanza la excusa absolutoria?**

La redacción del artículo 268 CP, sintácticamente mejorable, ha propiciado un debate acerca de los familiares a los que debe exigirse la convivencia con la víctima para que concurra la excusa absolutoria.

⁴ Con la misma orientación se expresan las SSTS 412/2013, 22 de mayo; 334/2003, 5 de marzo; 618/2010, 23 de junio, entre otras muchas.

Es discutible si de su lectura se desprende que la condición “si viviesen juntos” se refiere a los últimos sujetos de la oración –afines en primer grado– o, por el contrario, a todos los que figuran en la frase completa. La Sala Penal del Tribunal Supremo dio respuesta a este interrogante mediante su Acuerdo de pleno no jurisdiccional de fecha 15 de diciembre de 2.000. En él se concluye que “No se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal”.

Otro punto gris fue la determinación de los cónyuges y su situación legal. Parece claro que el precepto impide la eficacia en casos en que la pareja esté divorciada o separada, o haya comenzado los trámites oportunos para ello. Pero la determinación de cónyuge no fue aquí advertida por el legislador en todos sus prismas, como sí hizo, por ejemplo, en los arts. 23, 157 y 454 CP, entre otros, en los que al término cónyuge sucedía “o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad”.

Para aclarar esta polémica, la Sala Penal del Tribunal Supremo consagró en su Acuerdo de pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2.005 que “a los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial”. Esta idea fue desarrollada en la STS 91/2005, de 11 de abril, donde se defendió que “para llegar a esta interpretación se tuvo en cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el Código penal no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad, puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito”. Se equipara así a todos los efectos cualquier tipo de relación sentimental, siempre que sea estable y ciertamente análoga a las matrimoniales.

Conviene, llegados a este punto, referirnos a qué supuestos no alcanzarían los efectos de la excusa absolutoria. Esto es, a aquellos delitos donde se haya hecho uso de la violencia o intimidación, se haya atentado contra el patrimonio de un familiar vulnerable o, por último, sean terceros extraños los que hayan participado en el delito –entendidos estos como aquellos no pertenecientes al núcleo familiar–.

Si bien la expresa exclusión del uso de la violencia o la intimidación parece facilitar la identificación de los delitos patrimoniales afectados por la excusa, la referencia a personas con discapacidad, del todo genérica, puede dar lugar a múltiples interpretaciones.

Es cierto que el artículo 268 CP hace mención al abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de la edad o por tratarse de persona con discapacidad, lo que ya deja entrever que la discapacidad deberá ser aquella que de forma concreta facilite al autor del delito su comisión. Para tratar de eliminar dudas, deviene obligatoria la remisión al art. 25 CP. Éste enuncia que “se entiende por discapacidad aquella situación en que se encuentra una persona con deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras, puedan limitar o impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Por último, encontramos como sujeto no afecto por la excusa absolutoria al extraño que participe en el delito.

Es incuestionable que un tercero, extraño al núcleo familiar, no se enmarca dentro del ámbito de exclusión de la punibilidad que el legislador creó con esta figura. Por consiguiente, nadie duda que su acción, típica, antijurídica y culpable, deberá ser penada. Pero no está de más reflexionar sobre la inmensa -y trascendental- diferencia que corre la suerte de este tercero, cuya participación en muchos casos se aleja de la autoría -dirigida por el familiar de la víctima- y decae a la de mero cómplice, pues verá cómo el verdadero ejecutor del plan elude cualquier responsabilidad penal, mientras que él deberá afrontar el procedimiento penal a solas.

Al respecto, Cuerda Riezu defiende que la excusa absolutoria atenta contra el principio constitucional de igualdad. Advierte que “en relación con los extraños se impone una reflexión, que también podría hacerse en relación con el encubrimiento entre parientes o, en el derecho procesal, para ostentar la condición de perjudicado por el delito. La excusa absolutoria de parentesco tiene un excesivo carácter de regla que prima la importancia del «clan familiar», y desdeña absolutamente otras relaciones humanas en las que pueden darse el mismo o superior afecto o confianza”. En efecto, pueden existir relaciones de amistad en las que el lazo que las une sea infinitamente más fuerte que el que se dé entre dos hermanos.

- **Responsabilidad civil derivada del delito amparado por la excusa absolutoria**

No existe una postura pacífica ni en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca de cómo tratar procesalmente la posible reclamación de la responsabilidad civil derivada de un delito en el que se ha aplicado la excusa absolutoria del art. 268 CP.

El sector jurisprudencial mayoritario considera que la excusa absolutoria puede desplegar sus efectos en la fase de instrucción, lo que determinaría el dictado de un auto de sobreseimiento libre, al amparo de lo dispuesto en el art. 637.3 LECrim. Las garantías en favor del investigado así lo sugieren, idea que se respalda por el principio de intervención mínima del Derecho Penal y la mera economía procesal.

Así se desprende de la STS 91/2006, de 30 de enero, donde se recuerda que la Sala “ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del artículo 637.3 de la LECrim, siempre que estén acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella”.

Sin embargo, no faltan casos en que, como refiere la STS 851/2016, de 11 de noviembre, “resulta evidente que, para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil”. El tenor literal del precepto contempla una afirmación normativa que puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a que, una vez apreciada la excusa y declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil mientras no se haya producido una renuncia o reserva de la acción civil.

En cualquiera de los dos escenarios, es clara la legitimidad de la víctima para reclamar la responsabilidad civil. Sin embargo, parece más que evidente que el dictado de una resolución de archivo o auto de sobreseimiento libre en fase de investigación, en la medida en que cierre la competencia funcional del Juez de instrucción, impedirá la obtención de la reparación patrimonial que se reclame por la víctima. Pero no faltan casos en los que el procedimiento –ya sea por falta de alegación del efecto exoneratorio por cualquiera de las partes, ya por la necesidad de precisar si se dan los presupuestos fácticos y de parentesco que exige el art. 268 del CP– avanza hasta el juicio oral. En supuestos de esta naturaleza, que deberán ser siempre excepcionales, el Tribunal Supremo, con el fin de evitar el peregrinaje jurisdiccional y por razones más que obvias ligadas al principio de economía procesal, ha admitido un pronunciamiento exclusivamente ligado a la acción civil.

- **Las interferencias inherentes los límites al ejercicio de la acción penal previstos en el art. 103 lecrim**

La LECrim recoge en su art. 103, al regular los límites al ejercicio de la acción penal, una limitación expresa que afecta a los familiares directos que, fuera de determinados delitos, deseen denunciarse entre sí. Concretamente establece lo siguiente:

“Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

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

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

De nuevo, el Legislador trata de frenar la intervención del Derecho Penal en los núcleos familiares por razones de política criminal y con apoyo en similares motivos a los anteriormente expuestos.

En cuanto a su paralelismo con la excusa absolutoria del art. 268 CP, la Sala Penal se ha pronunciado en la STS 933/2010, de 22 de octubre. En ella se proclama que “es indudable que los planos jurídicos sobre los que han de operar los arts. 268 del CP y 103 de la LECrim no se superponen. Mientras que el primero centra su objetivo en la regulación de las excusas absolutorias derivadas del parentesco, el segundo se refiere a los presupuestos del ejercicio de la acción penal. Pero también es cierto que la exégesis del uno no puede hacerse con absoluta independencia del otro. No tendría sentido aceptar una interpretación literal del art. 103 de la LECrim que condujera a excluir la posibilidad de ejercer la acción penal por aquel que, habiendo iniciado un proceso de separación o divorcio, viera menoscabado su patrimonio por acciones de su cónyuge que, desde el momento de la separación de hecho, ya no tendría a su favor la exención de responsabilidad que el art. 268 del CP le otorgaba durante la convivencia. Resultaría un contrasentido, en fin, que la persecución de hechos delictivos no amparados en ninguna excusa por razón del parentesco, fuera sometida por el legislador a limitaciones que no guardan relación con el fundamento mismo de la exención”.

Respecto al concreto alcance del efecto desplegado por esta limitación, se precisa que “más allá de esa interpretación integradora –que permitiría superar el obstáculo invocado por el recurrente, derivado de la literalidad del art. 103.1 de la LECrim –, conviene no olvidar que este último precepto no introduce una verdadera limitación al ejercicio de la capacidad de denunciar, sino al ejercicio de la acción penal o, lo que es lo mismo, a la voluntad para constituirse como parte acusadora formulando una genuina pretensión penal. Así se desprende con claridad del epígrafe que rotula el Título IV del Libro I de la LECrim, referencia sistemática en la que se incluye el art. 103 y que alude a “ las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas”.

Y termina concluyendo que “la limitación del art. 103 de la LECrim (...) no afecta a la capacidad de denunciar, sino a la capacidad de mostrarse parte como acusación particular y, por tanto, para ejercer una pretensión acusatoria. El régimen jurídico de la denuncia entre cónyuges sigue sus propias reglas en el art. 261 de la LECrim, sin que tengan que confundirse el uno con el otro. De ahí que ningún obstáculo existe para aquellos supuestos en los que la denuncia formulada por el cónyuge da pie a la incoación de un proceso penal en el que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la función constitucional que le incumbe, promueva el ejercicio de la acción penal contra el cónyuge denunciado”.

Es decir, la limitación del art. 103 LECrim sólo operará, con la excepción que fija el propio precepto respecto de los delitos cometidos por un pariente contra otro, respecto de la imposibilidad del familiar que desee personarse como acusación particular en una causa que se siga contra quien es uno de los familiares directos referidos en dicho

precepto. Pero nada impedirá que, fuera de los casos en los que la exención prevista en art. 268 del CP tenga vigencia, pueda ser vehículo de la notitia criminis para que sea, en su caso, el Ministerio Fiscal quien ejerza la acusación contra la persona denunciada. En definitiva, el propio precepto exceptúa la denuncia entre parientes cuando se trata de un delito cometido por uno de ellos contra otro.

- **La excusa absolutoria en sociedades familiares**

Las empresas formadas por familiares representan una amplia mayoría en nuestro país. Según datos del Instituto de Empresa Familiar, se estima que 1,1 millones de empresas en España son familiares, lo que representa el 89% del total. Actualmente, crean el 67% del empleo privado, con un total de más de 6,58 millones de puestos de trabajo y son responsables del 57,1 del PIB del sector privado⁵.

Estos datos demuestran la conveniencia de abordar el posible alcance que la excusa absolutoria del art. 268 CP pudiera tener en casi el 90% de las sociedades de nuestro país.

En mi opinión, el blindaje que proporciona el art. 268 del CP, con los matices críticos que venimos haciendo, no debería extenderse a las sociedades en que los socios forman parte de un grupo familiar abarcado por la excusa absolutoria. De hecho, supone la aplicación extensiva de un privilegio que pudo tener su justificación en épocas históricas en las que la producción económica tenía mucho que ver con la agricultura, pero que bien poco se parece a la sociedad actual.

Esta idea, sin embargo, se oscurece en la jurisprudencia⁶, probablemente como consecuencia de las interferencias interpretativas que ofrece el art. 103 de la LECrim, cuando prohíbe el ejercicio de la acción penal, excepto para determinados delitos, entre familiares.

Un ejemplo de análisis convergente entre ambos preceptos lo ofrece la STS 933/2010, de 22 de octubre: “mal puede argumentarse que la restricción impuesta al cónyuge por el art. 103 de la LECrim, aun en el caso de que no fuera objeto de la interpretación integradora que avala la nueva redacción del art. 268 del CP, pudiera artificialmente extenderse a otros entes jurídicos –en este caso, una sociedad mercantil de carácter limitado– con personalidad jurídica propia y diferenciada del denunciante. Sólo a partir de una inaceptable interpretación que negara la personalidad jurídica predicable de cualquier sociedad mercantil y la fusionara con la de sus integrantes, podría asumirse que la limitación que, en su caso, afectaría al cónyuge, también repercutiría en las sociedades en las que aquél se integra”.

⁵ Son datos ofrecidos por <https://www.iefamiliar.com/la-empresa-familiar/cifras/#:~:text=Se%20estima%20que%201%2C1,generador%20de%20empleo%20en%20Espa%C3%B1a.>

⁶ CHOZAS CORDERO, A. “La excusa absolutoria del art. 268 CP: ejercicio de la acción penal por parte de una sociedad familiar”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8, 2017.

Parece claro que la sociedad mercantil, sujeto pasivo afectado por el delito, no debería ver afectada su legitimidad para interponer la correspondiente denuncia o querella, pese a que los autores del delito sean los familiares a los que alcanza la limitación prevista en el art. 103 LECrim.

Sin embargo, este criterio no es, desde luego, unánime.

La cuestión acerca de si debe desplegar o no efectos la excusa absolutoria en sociedades familiares pivota sobre si es o no de aplicación la doctrina del levantamiento del velo, tan extensamente invocada por la Sala Penal en otros ámbitos. De entenderse afirmativamente, deberá concluirse que en la hipótesis de una sociedad familiar integrada por dos socios que, además, son hermanos, el art. 268 deberá conllevar los efectos exoneratorios.

A esta conclusión llegó la STS 42/2006, de 27 de enero, refrendada en ulteriores resoluciones⁷, que entendió que la doctrina del levantamiento del velo no podía eludirse en perjuicio del reo, asegurando que “es de aplicación la excusa absolutoria aun cuando pudiera entenderse que la perjudicada del delito fuera una sociedad familiar: Todavía sería necesario analizar una cuestión que podría erigirse en impeditiva de la estimación de la excusa absolutoria. Se produciría de entenderse como perjudicada u ofendida por el delito la sociedad, como persona jurídica, y no los socios todos ellos hermanos de la querellante, entendida la sociedad como ente autónomo y distinto a sus componentes. En este extremo se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del levantamiento del velo con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación in bonam partem debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 CP”.

Sin embargo, como ya hemos apuntado, no parece fácil que la exclusión de la penalidad que conlleva el art. 268 del CP se extienda también a supuestos en los que el conflicto no se plantea entre dos parientes con personalidad jurídica propia y diferenciada, sino entre esos mismos parientes y un ente social que para el mundo jurídico es algo más que una simple agrupación de intereses familiares necesitados de protección frente al derecho penal.

Esta idea ha sido respaldada por la STS 933/2010, 22 de octubre -ya citada- en la que la Sala Penal, además de un esfuerzo didáctico por separar los dos planos analíticos que ofrecen los arts. 103 de la LECrim y 268 del CP, llega a la conclusión de que no existen restricciones para el ejercicio de la acción penal cuando ésta se ejerce, no como cónyuge, sino como miembro de una sociedad mercantil con personalidad jurídica

⁷ Cfr. SSTs 250/2023, 11 de abril y 209/2020, 21 de mayo

propia y diferenciada de los contendientes: “la idea de levantamiento del velo no puede llevarse más allá de su genuino ámbito aplicativo. Una cosa es que mediante ese expediente se puedan neutralizar estrategias de ocultación concebidas con el fin de facilitar la comisión de hechos delictivos y otra bien distinta es que esa misma doctrina sirva para erigir obstáculos de relevancia constitucional, impidiendo el ejercicio de la acción penal a quienes, por tener una personalidad jurídica propia, no resultan afectados por la relación familiar que actúa como presupuesto de la limitación que consagra el art. 103 de la LECrim”.

Esta tesis es también defendida por autores que encuentran en otros precedentes el apoyo de esta tesis.

Pero no detecto, a lo largo de la fundamentación jurídica de la Sentencia, que la Sala objete la aplicación de dicha doctrina a los efectos de la apreciación de la excusa absolutoria del art. 268 CP. Muestra de ello es que con posterioridad, en la STS 170/2022, de veinticuatro de febrero, se proclama que “lo cierto es que esta Sala ha precisado que la excusa absolutoria entre hermanos regulada en el art. 268 del CP también es aplicable cuando el hecho imputado se comete en estructuras societarias. Decíamos en la STS 42/2006, 27 de enero, que “...se hace necesario recordar la doctrina aplicada profusamente por esta Sala del “levantamiento del velo” con vistas a impedir fraudes legales. Si tal teoría se ha utilizado en contra del reo para impedir que bajo la cobertura societaria se cometan impunemente delitos patrimoniales, con más razón, siguiendo una interpretación “in bonam partem” debemos levantar el velo y concluir que los intereses de la sociedad son los mismos y además coincidentes con los de los socios, todos ellos hermanos de la querellante y por tanto incluidos en el alcance beneficioso u órbita de aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 C.P”.

La contundencia de las afirmaciones contenidas en esta resolución parece despejar las dudas que pudieran haberse suscitado con una interpretación, entiendo equivocada, de la STS 933/2010, 22 de octubre. Sin embargo, algunos pronunciamientos posteriores, han vuelto a tomar como referencia el criterio inicial de la STS 42/2006, de 27 de enero, al menos, en lo relativo a la necesidad de que la doctrina del levantamiento del velo sea también aplicada en beneficio del reo, con el inmediato efecto de hacer patente que, bajo una denominación social determinada, en realidad lo que existe es una relación familiar que, cuando se convierte en conflictiva, ha de quedar amparada por la exención del art. 268 del CP.

En definitiva, todo apunta a que la doctrina sugerida por la STS 933/2010, no ha tenido la continuidad necesaria para afirmar que la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del CP no abarca supuestos en los que, en la relación patrimonial de un grupo familiar, se interpone un ente societario con personalidad jurídica propia y diferenciada.

- **Conclusiones**

Nos encontramos ante una figura que, desde su histórica incorporación al CP, ha sido motivo de múltiples controversias interpretativas. Tanto su naturaleza, los efectos que puede desplegar e, incluso, su grado de acomodo a la CE, han sido objeto de numerosos e interesantes debates.

Comparto las críticas que denuncian que el legislador parte de una premisa ficticia, a saber, la ciega atribución de un fuerte lazo de cohesión a todas las familias y sus miembros, sin prueba en contrario, en detrimento de otras relaciones que pudieran ser más consolidadas que, por ejemplo, la que es propia de hermanos que carecen de todo trato afectivo.

Es probable que en buena parte de los casos en que la familia sea el inesperado escenario de un delito, el paso del tiempo y el deseo de reconciliación entre familiares directos pueda conducir al perdón o a una forma transaccional que ponga término al proceso penal ya iniciado. Pero también es cierto que no faltarán ocasiones en que la víctima del delito se sumirá en la perplejidad que produce constatar que un precepto del CP exonera de responsabilidad penal a quien de forma continuada viene atentando contra su patrimonio. La remisión a la jurisdicción civil aparecerá con frecuencia como una mal menor que no eliminará el regusto amargo de la injusticia.

A mi juicio, la manera más efectiva de no distanciar la aplicación del art. 268 del CP de los motivos de política criminal que pueden justificarla, hace aconsejable introducir la denuncia del perjudicado como requisito de perseguibilidad, eliminando interferencias interpretativas con el art. 103 de la LECrim y exigiendo un acto procesal de postulación que sea bien expresivo de que el daño patrimonial causado no quiere ser tratado exclusivamente con los instrumentos de tutela que proporciona la jurisdicción civil. Dotar a los delitos patrimoniales cometidos entre familiares de naturaleza semipública permitiría erradicar las desventajas que la excusa actual desprende en múltiples supuestos. El tratamiento del que goza el delito de revelación de secretos en su art. 201 CP, que exige para su persecución denuncia de la persona agraviada o incluso extingue la responsabilidad penal con el perdón del ofendido, tendría perfecto encaje para casos como los que nos ocupan.

La barrera inicial que supone la interposición de denuncia impide la entrada de una acusación pública que, al amparo de una rígida interpretación del principio de legalidad, se inmiscuya en los lazos familiares que el legislador pretende proteger. Y la extinción de responsabilidad penal que ofrecería el perdón del ofendido, incluso a puertas del juicio oral, defiende la idea de que serán los familiares cercanos quienes, incluso con el paso del tiempo, puedan, en su caso, hallar la solución que restituya la paz familiar extramuros del Derecho Penal.

La actual proliferación de sociedades familiares, como indudable nota definitoria de nuestro sistema económico, hace aconsejable, ya sea por la vía de una reforma

legislativa, ya por una interpretación jurisprudencial de ruptura, no extender los efectos exoneratorios de la excusa del art. 268 del CP a los delitos cometidos en el seno de estructuras societarias, por más que su capital esté en manos de parientes.

La doctrina del levantamiento del velo, que viene siendo invocada por la Sala Penal del Tribunal Supremo para hacer emerger el vínculo familiar y activar el privilegio del art. 268 del CP, fue concebida con otra finalidad totalmente ajena al debate sobre la extensión de la excusa absolutoria.

Manuel Marchena Perea



despachos.madrid@lalabogados.es

T. 91 201 39 03

© Copyright LAL Abogados,
Asistencia Jurídica Especializada S.L.P.