

El mal de la pena para la familia

La pena es un mal, un mal grave (*malum passionis*) y de ahí que, en la medida de lo posible, deba ser reducida al mínimo necesario¹. En el caso de la delincuencia intrafamiliar, la pena puede constituir un mal aún mayor en la medida en que menoscaba el vínculo familiar ya maltrecho por el delito. En el caso de delitos graves, asumimos dicha consecuencia. En cambio, en el caso de delitos que afectan a bienes menos esenciales, este factor, el mal de la pena para el vínculo familiar, parece decisivo en la reflexión de los ordenamientos jurídico-penales de nuestro entorno –y en el nuestro– en su decisión de otorgar un tratamiento jurídico-penal distinto, específico, para los delitos patrimoniales entre parientes. Las regulaciones son muy variadas: la perseguitabilidad solamente a instancia de parte del modelo alemán del § 247 StGB y del CP portugués, art. 207º, la excusa absolutoria de nuestro art. 268 CP, modelos mixtos como el del art. 649 CP italiano, que dispone la exención en casos de vínculos más intensos y la perseguitabilidad a instancia de parte en los demás supuestos. Dichos regímenes especiales parten de premisas distintas. Así, por una parte, hay concepciones diversas del vínculo de parentesco, las cuales con frecuencia conviven en el seno de la misma regulación: en ocasiones se acentúa el vínculo de sangre (recuérdese la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, que aprecia la excusa absolutoria de parentesco del art. 268 CP entre hermanos aunque no convivan) o el vínculo jurídico; en otras se considera esencial la convivencia o alguna otra manifestación de que exprese que entre los parientes hay, además, afecto; a veces se exige solamente vínculo afectivo (así, de nuevo, nuestro Tribunal Supremo, que incluye en el ámbito de aplicación del art. 268 las relaciones de afectividad análogas a la matrimonial). Por otra parte, algunos modelos prevén distinciones en función de la gravedad del menoscabo patrimonial: así, el CP francés, art. 311-12, excluye de la «inmunidad familiar» los delitos patrimoniales que recaen sobre bienes esenciales; otros, en cambio, como nuestro art. 268 CP, no diferencian entre delitos patrimoniales en función de su gravedad (ni cuantitativa ni cualitativa), quedando por ello incluidos tanto pequeños hurtos como estafas millonarias, tanto casos en los que la víctima apenas acusa el menoscabo patrimonial como otros en los que aquella se queda en la ruina. En fin, hay diversos modos de acotar qué delincuencia patrimonial entre parientes debe recibir un trato especial, si bien es general la exclusión de la criminalidad patrimonial violenta.

¹ SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, 2018.

Así las cosas, lo cierto es que todos los modelos presentan sus problemas y el art. 268 del Código penal español no es una excepción. La doctrina española ha subrayado claramente sus deficiencias²: la sorprendente inclusión de los delitos patrimoniales entre hermanos que no conviven sin exigir prueba alguna de afectividad (vínculo de sangre sin vínculo afectivo), los contornos vagos del concepto de relación de afectividad análoga a la matrimonial (que hace dudar al intérprete sobre si procede absolver o apreciar un delito patrimonial agravado por abuso de relación de confianza), la aplicación de la excusa a las situaciones de fuerte desigualdad entre autor y víctima (el art. 268 solamente excluye los casos de «especial vulnerabilidad de la víctima por razón de edad o enfermedad»), la exclusión de otros delitos no violentos en los que la excusa absolutoria tendría sentido, y un largo etcétera. La conclusión compartida por muchos es, pues, que nuestro art. 268 CP no es idóneo para lograr los fines que pretende, que son, primero, evitar que la pena menoscabe más el ya malherido vínculo familiar (la pena como mal para la familia) y, segundo, evitar la imposición de una pena innecesaria, por ser suficientes los mecanismos jurídico-civiles y la «justicia familiar» (STS 885/2023, Penal, de 29 de noviembre [ECLI:ES:TS:2023:5271]). En lo que atañe a lo segundo, es cierto que la familia puede ser una instancia de solución del conflicto que, bajo determinadas condiciones –ausencia de situación de superioridad del autor, vigencia del vínculo– haría innecesario el recurso al Derecho penal. Por su parte, el primer argumento tiene que partir necesariamente de la premisa de que el vínculo familiar es un *bien*. Ello explicaría que la pena tenga, en el contexto familiar, una dimensión de mal adicional, mayor que la renuncia a castigar un delito «solamente» patrimonial, asociado a un merecimiento de pena tendencialmente bajo. Pero ¿qué clase de bien constituye el vínculo familiar? Un primer planteamiento concibe el vínculo familiar como *bien estrictamente individual* que solo interesa a los vinculados. Ese parece ser el modelo del § 247 StGB: si la víctima así lo desea, puede activar el proceso penal que, en su caso, conducirá a la condena del autor-pariente. La víctima decide, pues, si el vínculo continúa siendo un bien o ha dejado de serlo, es la única instancia legitimada para emitir una valoración. En cambio, una segunda concepción entendería que el vínculo de parentesco es, además, un *bien social* y, con ello, que la víctima no puede disponer de este. Ello no significa que el Derecho obligue a la víctima a fomentar activamente el cuidado del vínculo, sino solamente que la valoración social positiva del vínculo determina que el ordenamiento pueda protegerlo incluso en contra de la voluntad de la víctima. En realidad, no es algo tan raro: también protegemos la vida y la integridad física en casos en los que su titular no las valora (o eso dice). Sea como fuere, esa lógica es la que parece estar en la base de nuestro art. 268 CP, el cual protege de la pena a algunos vínculos, incluso cuando consta la falta de relación afectiva (padres-hijos y, según el Tribunal Supremo, hermanos). Es más, incluso en los casos en los que el vínculo nace de una relación afectiva (matrimonio) pero las circunstancias o el mismo delito (ej.: grave menoscabo patrimonial que deja a la víctima en situación de necesidad) demuestran que los vinculados ya no valoran la relación familiar –la prueba evidente de ello sería la denuncia de los hechos–, el art. 268 CP mantiene su exención de responsabilidad. Pero ahí, nótese, lo hace a costa de que el argumento de que la familia es la instancia que puede resolver adecuadamente el conflicto deje de ser sostenible precisamente por la inexistencia de vínculo material.

Pues bien, frente al modelo individualista de cuño alemán, tiene sentido un modelo que subraye el valor social de los vínculos familiares, en especial, el de los vínculos estrechos. Ello, por una parte, por el carácter social y dependiente del ser humano: los vínculos personales (familiares,

² Referencias a la doctrina en PASTOR MUÑOZ, «La relevancia del parentesco en los delitos patrimoniales: una alternativa al art. 268», en FARALDO CABANA *et al.* (coords.), *Libro Homenaje a Carlos Martínez-Buján Pérez*, 2025, pp. 536 ss.

sociales) son esenciales para el desarrollo de la persona³; el vínculo familiar es así *prima facie* un bien para las personas. Por otra, porque el mismo ordenamiento jurídico se apoya sin duda alguna en la institución familiar, una de las instancias esenciales de fomento de la fidelidad al Derecho. Ahora bien, a la vez, el Derecho no puede ignorar la posibilidad de que en el seno familiar haya, en vez de afecto y ayuda, violencia, situaciones de abuso, toxicidad –el legislador penal es consciente de ello cuando prevé respuestas penales para la violencia intrafamiliar– y diseñar un régimen que implique la infraprotección de la víctima. Y para evitar tal infraprotección no basta que el art. 268 CP considere inaplicable la excusa a los casos de violencia, intimidación o abuso de la vulnerabilidad de la víctima por razón de edad o discapacidad. Ello es insuficiente, genera desprotección.

Para renunciar a la pena no basta, pues, que el valor del vínculo sea elevado (así en los vínculos estrechos), sino que se ha de tener en cuenta cuál es la necesidad de pena vinculada al injusto patrimonial y si la renuncia a esta implicaría dejar a la víctima en una situación de desprotección. No tiene sentido que el Derecho penal se retire cuando en un matrimonio el cónyuge víctima de un delito patrimonial se encuentra en una situación de inferioridad (p. ej.: dependencia económica y/o emocional) y aún menos cuando en dicho matrimonio ha habido episodios de violencia anteriores al delito patrimonial. En cambio, sí tiene sentido dejar el caso en manos de la justicia familiar cuando la relación autor-victima está configurada (y sigue configurada) en términos de igualdad, de manera que la expresión de un perdón válido por parte de la víctima pueda ser suficiente para resolver el conflicto. Es más, nuestra excusa debería exigir la constatación de que existe aún un vínculo que se debe proteger⁴, y ello no solamente tras la comisión del delito, sino también en el momento del proceso penal. Así las cosas, parecería que el camino queda allanado para optar por un modelo individualista (el del § 247 StGB), en el que la víctima que «necesite» recurrir al Derecho penal, pueda hacerlo. Sus defensores argumentarían que quién mejor que la víctima puede valorar la posibilidad de llegar a una solución privada. El argumento es muy atractivo y lleva algo de razón. Sin embargo, el modelo adolece de dos defectos: por una parte, es realista asumir que si la víctima del delito patrimonial está en situación de inferioridad, acabe por no recurrir a la denuncia –por tanto, también riesgos de infraprotección–; por otra, el modelo deja la ponderación entre la protección del vínculo y la necesidad de castigo del delito en manos de la víctima, de manera que incluso en casos de criminalidad patrimonial poco grave –un pequeño hurto del § 242 StGB, que no prevé siquiera cuantía mínima–, el padre podría poner en marcha el proceso penal contra el hijo. Frente a esto, el reconocimiento del valor social de los vínculos familiares estrechos impone, ciertamente, a la víctima una ponderación en parte cerrada: si el injusto no es grave y no está en posición de inferioridad, el Derecho sigue atribuyendo al vínculo familiar un valor tal que su menoscabo es un mal mayor que la renuncia a la pena. Y ello puede tener pleno sentido.

Sea como fuere, es urgente una reforma del art. 268 del Código penal basada en una reflexión sobre cómo lograr un equilibrio entre el principio de protección de los vínculos familiares del mal de la pena y el principio de protección de la víctima de los delitos patrimoniales. El Derecho penal no debería ignorar el valor social de dichos vínculos, pero tampoco debería presumir *iuris et de iure* ni la existencia del vínculo ni que este garantiza una resolución adecuada del conflicto, pues si lo hiciera se podría incurrir bien en una renuncia a la pena sin justificación (falta de vínculo a proteger) o en una infraprotección de la víctima. El equilibrio es difícil, pero es esencial seguir

³ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2025, 1/74, 78, 80, 97.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2025, 27/120.

calibrando la ley hasta lograrlo. Y si lo logramos, hay una vuelta de tuerca más: habrá que ver cómo vehicular dicha regulación equilibrada en el proceso.

Nuria Pastor Muñoz