



Roj: **STS 3686/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3686**

Id Cendoj: **28079120012019100612**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/11/2019**

Nº de Recurso: **1909/2018**

Nº de Resolución: **551/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 1909/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 551/2019

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

Dª. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº 1909/2018, interpuesto por la representación procesal de **D. Simón**, contra la sentencia dictada el 23 de abril de 2018 por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala, Procedimiento Abreviado nº. 1872/2017, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1798/2014 del Juzgado Mixto nº 5 de Majadahonda que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito **continuado de apropiación indebida**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Simón, representado por el procurador D. Samuel Martínez de Lecea Baranda; y defendido por el letrado D. Luis Chabaneix; y como parte recurrida, la acusación particular Dª Teresa, representada por la procuradora Dª Susana Hernández del Muro, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado Mixto nº 5 de Majadahonda, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1798/14 en cuya causa la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Madrid, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 23 de Abril de 2018, que contenía el siguiente **Fallo**: "Que debemos condenar y condenamos a Simón cuyas restantes circunstancias personales constan en autos, como autor criminalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravado por la cuantía, con abuso de relaciones personales entre víctima y defraudador, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 3 años y 8 meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 9 meses y 10 días con cuotas diarias de 10 euros,



con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del Código Penal en caso de impago y a que indemnice a Teresa en la cantidad de 434.020 euros, que devengará el interés previsto en el artículo 576 de la L.E.C.

Que debemos absolver y absolvemos a Adelaida, del delito continuado de apropiación indebida, del que estaba acusada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular.

Que debemos absolver y absolvemos a Simón y a Adelaida de los delitos de coacciones y extorsión por los que formuló acusación, la acusación particular.

Se declaran de oficio 5/6 de las costas.

Se dejan sin efecto las medidas cautelares que pudieran subsistir respecto de la antes indicada.

Conclúyanse las piezas de responsabilidad civil en legal forma."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos**: "De la apreciación de la prueba practicada el Tribunal tiene por probado, y así se declara que:

El acusado Simón, cuyas restantes circunstancias personales constan en autos, contrajo matrimonio con Da. Angelica, rigiendo entre ellos el régimen de separación de bienes al haber otorgado a tal fin escritura de capitulaciones matrimoniales en fecha 20 de febrero de 2002.

D^a. Bárbara nacida el NUM000 de 1919, madre de Angelica, vivía con su única hija y Simón en un chalet de DIRECCION000, CALLE000 n° NUM001 desde el año 1999. Tras el fallecimiento de Angelica ocurrido el día 11 de enero de 2011, Bárbara otorgó en fecha 20 de enero de 2011 en favor del acusado, un poder general para la administración de sus bienes, dado la relación de convivencia de muchos años y la avanzada edad de Bárbara.

El acusado en el periodo comprendido entre el 11 de enero de 2011 y marzo de 2014, mes en el que Bárbara abandonó el chalet de DIRECCION000, una vez obtenido tan amplio poder y con ánimo de ilícito beneficio propio, procedió a realizar numerosos cargos contra la cuenta del BBVA n° NUM002 y contra la de Caja España número NUM003, de las que Bárbara era titular, figurando como autorizado el acusado en la primera desde el día 5 de junio de 1998 y en la segunda desde el 24 de septiembre de 2010, mediante disposiciones en efectivo, cargo de cheques o transferencias a otras cuentas en su propio interés. Así respecto de la cuenta del BBVA n° NUM002, que en fecha 4 de enero de 2011 presentaba un saldo de 202.630,46 euros, están acreditadas las siguientes disposiciones en efectivo realizadas por el acusado: el 7 de febrero de 2011, 1.000 euros; el 30 de agosto de 2011, 1.000 euros; el 7 de septiembre 2011, 2.000 euros; el 4 de octubre de 2011, 1.500 euros; el 5 de octubre de 2011, 500 euros; el día 29 de marzo de 2012, 1.000 euros; el 4 de julio de 2012, 2.000 euros; el 13 de septiembre de 2012, 1.000 euros; el 26 de noviembre de 2012, 1.000 euros; el 22 de enero de 2013, 1.000 euros; el 15 de abril de 2013, 1.000 euros; el 4 de junio de 2013, 1.000 euros y el 11 de febrero de 2014 1.000 euros. De la misma cuenta libró e ingresó cheques en la cuenta de Caja España número NUM003 por los siguientes importes: 12.000 euros el día 17 de mayo 2011 y 170.000 euros el día 30 mayo 2011. Dicha cuenta a fecha 27 de marzo de 2014 presentaba un saldo de 102,47 euros.

En la cuenta de Caja España número NUM003, el acusado en el año 2011, a partir del día 31 enero dispuso por medio de retiradas en efectivo, de un montante total de 105.500 euros, (s.e.u.o.):

- Fechas: - 31/01/2011 1.500 euros.
- 8/02/2011. Importe: 1.500 euros.
- 4/03/2011. Importe: 1.700 euros.
- 4/03/2011. Importe: 1.000 euros.
- 31/03/2011. Importe: 2.000 euros.
- 7/04/2011. Importe: 2.500 euros.
- 12/04/2011. Importe: 3.000 euros.
- 19/04/2011. Importe: 1.000 euros.
- 26/04/2011. Importe: 6.000 euros.
- 27/04/2011. Importe: 6.000 euros.
- 6/05/2011. Importe: 3.000 euros.
- 12/05/2011. Importe: 2.000 euros.
- 16/05/2011. Importe: 2.000 euros.



- 24/05/2011. Importe: 4.000 euros.
- 1/06/2011. Importe: 4.000 euros.
- 6/06/2011. Importe: 11.600 euros.
- 16/06/2011. Importe: 4.500 euros.
- 28/06/2011. Importe: 5.500 euros.
- 30/06/2011. Importe: 2.000 euros.
- 21/07/2011. Importe: 2.500 euros.
- 1/08/2011. Importe: 3.000 euros.
- 16/08/2011. Importe: 1.500 euros.
- 12/09/2011. Importe: 1.000 euros.
- 20/09/2011. Importe: 2.000 euros.
- 27/09/2011. Importe: 1.000 euros.
- 4/10/2011. Importe: 3.500 euros.
- 14/10/2011. Importe: 1.500 euros.
- 18/10/2011. Importe: 1.000 euros.
- 24/10/2011. Importe: 3.000 euros.
- 3/11/2011. Importe: 3.500 euros.
- 21/11/2011. Importe: 2.000 euros.
- 25/11/2011. Importe: 3.000 euros..
- 5/12/2011. Importe: 6.000 euros.
- 21/12/2011. Importe: 6,000 euros

En el año 2012, a través de disposiciones en efectivo, extrajo una suma total de 98.000 euros (s.e.u.o.):

Fechas: -3/01/2012. Importe: 6.000 euros.

- 31/01/2012. Importe: 6.000 euros.
- 14/02/2012. Importe: 500 euros.
- 1/03/2012. Importe: 5.000 euros.
- 14/03/2012. Importe: 10.000 euros.
- 2/04/2012. Importe: 2.500 euros.
- 11/04/12 Importe: 4.000 euros.
- 27/04/2012. Importe: 7.000 euros.
- 21/05/2012. Importe: 2.500 euros.
- 31/05/2012. Importe: 5.000 euros.
- 7/06/2012. Importe: 1.500 euros.
- 13/06/2012. Importe: 5.000 euros.
- 2/07/2012. Importe: 5.000 euros.
- 19/07/2012. Importe: 1.000 euros.
- 31/07/2012. Importe: 5.000 euros.
- 16/08/2012. Importe: 2.000 euros.
- 27/08/2012. Importe: 1.000 euros.
- 5/09/2012. Importe: 5.000 euros.
- 12/09/2012. Importe: 1.000 euros.



- 18/09/2012. Importe: 1.000 euros.
- 2/10/2012. Importe: 5.000 euros.
- 8/10/2012. Importe: 9.000 euros.
- 31/10/2012. Importe: 5.000 euros.
- 29/11/2012. Importe: 5.000 euros.

Y en el año 2013 por idéntico procedimiento el importe de 101.000 euros (s.e.u.o.):

- Fechas: - 4/01/2013. Importe: 6.000 euros.
- 4/02/2013. Importe: 3.000 euros.
- 29/04/2013. Importe: 4.000 euros.
- 14/05/2013. Importe: 1.000 euros.
- 24/05/2013. Importe: 15.000 euros.
- 28/05/2013. Importe: 6.000 euros.
- 21/06/2013. Importe: 5.000 euros.
- 5/07/2013. Importe: 18.000 euros.
- 1/08/2013. Importe: 3.000 euros.
- 1/08/2013. Importe: 15.000 euros.
- 9/08/2013. Importe: 4.000 euros.
- 20/08/2013. Importe: 3.000 euros.
- 12/09/2013. Importe: 3.000 euros.
- 27/09/2013. Importe: 10.000 euros.
- 4/10/2013. Importe: 3.000 euros.
- 10/10/2013. Importe: 2.000 euros.

En el año 2012, el día 3 de enero, ordenó y firmó dos transferencias por importe de 24.000 y de 3.500 euros, figurando como beneficiaria la también acusada Adelaida . En el año 2013, realizó tres transferencias, el 28 de mayo de a la entidad Aluminios Hermanos Bravo SC por importe de 2.000 euros y dos más el día 10 de octubre de 2013 a la oficina liquidadora de Jarandilla de la Vera por importes de 8.010 euros cada una. En el año 2011 realizó cinco traspasos desde la cuenta indicada a otra cuenta de la citada entidad número NUM004 cuya titular era su esposa, figurando como autorizado el propio acusado, cuando la misma ya había fallecido por un importe total de 8.200 euros.

El día 29 de octubre de 2013 firmó en su propio beneficio un traspaso desde la cuenta de Caja España número NUM003 , por importe de 55.500 euros. El acusado el día 5 octubre 2011 ordenó una transferencia a la Federación rusa por importe de 1.500 euros.

Bárbara falleció el 16 enero 2015, reclamando las cantidades en las que fue perjudicada su heredera universal Teresa .

En fecha 13 de octubre de 2011 Bárbara , en Las Rozas y ante el notario don Pedro Muñoz García-Borbolla, renunció pura y simplemente a la herencia de su difunta hija, respecto de la que había sido declarada heredera abintestato mediante acta de notoriedad de declaración de herederos de fecha 21 marzo 2011, sin que conste acreditado que tal operación se inicie contra la voluntad de la otorgante."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado, anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 23 de mayo de 2018, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 14 de junio de 2018, el procurador D. Samuel Martínez de Lecea Baranda, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos:**

Primero.- Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a la **presunción de inocencia**.



Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho de **defensa** y de tutela judicial efectiva.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECr, **por infracción de ley**, al haberse aplicado indebidamente los arts. 252, 251.1.5, 74.1 CP; y por inaplicación indebida del art. 14.1 CP.

QUINTO.- El Ministerio **Fiscal** y la **acusación particular**, por medio de escritos fechados el 24 de septiembre y 12 de julio, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

SEXTO.- Por providencia de 14 de octubre de 2019 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **29 de octubre de 2019** en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos se formula al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a la **presunción de inocencia**.

1. El recurrente denuncia vulneración del derecho de presunción de inocencia al no existir prueba suficiente de cargo que acredite que el acusado haya cometido el delito por el que ha sido condenado, y, al mismo tiempo, la valoración de la prueba por el Tribunal, es irracional e indebidamente excluyente del análisis de plurales elementos exculpativos. Concretando, que hay ausencia de datos objetivos de corroboración, que avalen la credibilidad de la documental en la que se basa la querrela interpuesta y la declaración de los dos únicos testigos de referencia.

Considera el recurrente, que ni el acta de manifestaciones de D^a. Bárbara , que no pudo ser ratificada en el juicio oral, al haber fallecido con anterioridad, ni las declaraciones de las dos testigos de la acusación particular D^a Teresa y D^a. Adoracion , por ser testigos de referencia, pueden ser consideradas pruebas, en las que se fundamente la sentencia condenatoria, y, por otro lado, de la documental, consistente en los movimientos de las cuentas corrientes en las que el acusado y la fallecida eran titulares y/o autorizados, no se puede concluir si doña Bárbara estaba al tanto o no, consentía o no, que dichas disposiciones se efectuaran.

2. La alegación del derecho a la presunción de inocencia en el proceso penal autoriza al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta prueba de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenida e incorporada al juicio oral con respecto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica de manera que se pueda considerar acreditada la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias agravatorias relevantes, y la participación o intervención del acusado en los mismos. Y que el Tribunal de instancia ha construido el juicio de autoría con arreglo a un discurso argumental lógico, coherente, expresivo del grado de certeza exigido para fundamentar cualquier condena en el ámbito de la jurisdicción criminal. Ello no implica una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, extremo que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada (SSTS 634/2012 y 668/2012).

El desarrollo de la doctrina casacional en relación con materias como la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, etc., ponen de relieve que la prueba producida en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso en lo que depende de la inmediación, pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la constitución Española), constituye un límite a la libre valoración probatoria reconocida en el art. 741 de la L.E.Cr. Apreciación en conciencia no quiere decir apreciación omnímoda y arbitraria, como ha recordado reiteradamente el Tribunal Supremo, sino en todo caso ajustada a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los conocimientos científicos y en consecuencia cabe al tribunal de apelación revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez o tribunal sentenciador en la primera instancia.

Esta doctrina tiene su campo preferente de aplicación en el ámbito de la *prueba indiciaria*, pero incluso en la apreciación de los testimonios, la Ley impone al tribunal la aplicación de las "reglas del criterio racional" (art. 717 de la L.E.Cr). En la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado en consecuencia a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la



lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada *en casación*, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (Art. 9.1 C.E.) o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales. Por ejemplo, con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio " *nemo tenetur*", como ha señalado el TS.

3. En nuestro caso, el tribunal de instancia analiza y valora la prueba practicada, tanto de cargo como de descargo, para llegar al convencimiento sobre los hechos que se declaran probados, en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia recurrida, y tiene en cuenta como pruebas de cargo que desvirtúan la presunción de inocencia del recurrente: especialmente y de forma básica, la documental unida a las actuaciones; las declaraciones de los testigos y de los propios acusados.

a) Documental unida a las actuaciones; especialmente los extractos bancarios, de las cuentas corrientes en el BBVA y de Caja España, que se identifican en los hechos probados de la sentencia, y de las que era titular D^a. Bárbara , y autorizado el acusado, y que acreditan las actuaciones realizadas por el acusado, en relación a las mismas, durante el periodo 11 de enero de 2011 y el mes de marzo de 2014, consistentes en disposición de dinero en efectivo, cargo de cheques y transferencias, realizadas por el acusado en beneficio propio y no en interés de la titular de la cuenta y apoderante D^a. Bárbara .

El Tribunal recoge en la sentencia las disposiciones en efectivo, que se realizaron por el acusado de la cuenta del BBVA, solo las que documentalmente la entidad bancaria acredita que fueron realizadas por el acusado (folios 269 y ss, 317 y ss, y 341 y ss de las actuaciones), así como los cheques librados contra dicha cuenta, y que fueron ingresados en la cuenta de Caja España (folios 85 y ss de las actuaciones).

Recoge la sentencia también las disposiciones en efectivo que el acusado realizó de la cuenta en Caja España, en los años 2011 a 2013, que ascendieron a 304.500 euros, y que la entidad bancaria, acredita que fueron retirados por el acusado mediante la utilización de su D.N.I. (folios 387 ss de las actuaciones). Así como, las transferencias realizadas por el acusado, a favor de la otra acusada Adelaida , y las destinadas por el acusado para la compra de una finca en Villanueva de la Vera, y las escrituras que acreditan la titularidad de dicha finca a nombre del acusado, primero al 50% con Adelaida , y luego al 100%. Y, por último, el traspaso de la cuenta de Caja España, por cuantía de 55.000 euros, que el acusado realizó, y sobre cuya operación no dio ninguna explicación.

El Tribunal considera que, la disposición reiterada de efectivo de tan elevadas cantidades de dinero, transferencias y cargos de cheques, que se hace constar en la sentencia, no puede ser consideradas como mantiene el acusado, realizadas con la exclusiva finalidad de cubrir los gastos ordinarios de la Sra. Bárbara , ni que se realizaran con su consentimiento. Considerando el Tribunal, además, que dichas disposiciones excedían de las facultades que la Sra. Bárbara había concedido al acusado para que administrara sus bienes, pues se realizaron en beneficio del acusado y no de la poderdante. Que el acusado no atendió el requerimiento de devolución del dinero de fecha 20 de mayo de 2014 (folios 194 y ss), y, por su evidencia documental, el acusado reconoció las disposiciones dinerarias.

Dicha valoración de la prueba documental no puede ser considerada irracional o arbitraria, si además se pone en relación con lo declarado por la querellante, Bárbara , y los testigos.

b) Acta notarial de declaración de Bárbara ; que no pudo ser oída en declaración judicial, al haber fallecido días antes, del día en que había sido citada para ello, ni pudo ratificar el escrito de la querrela. Pero que fue introducida en el juicio oral, y ratificada en cuanto a su contenido por la Sra. Notario D^a Pilar López Contreras, que manifestó se entrevistó a solas con ella, y le leyó el contenido de la declaración presentada por escrito. Dicha declaración corrobora y es corroborada por la prueba documental.

c) Declaración testifical; de Teresa , sobrina de Bárbara , que recogió en su piso a Bárbara , y que manifiesta que su tía creía que le quedaba todo su dinero en las cuentas y no había dado autorización al acusado para que dispusiera de ellas. Adoracion , que manifestó, que ella transcribió a máquina la declaración de Bárbara , y que se encontraba desolada al enterarse que no le quedaba dinero en las cuentas.

A mayor abundamiento, el propio acusado cuando da explicaciones concretas sobre los gastos que pagó con el dinero de Dña. Bárbara , en lugar de exculparle, evidencia todavía que no fueron gastos en favor de Dña. Bárbara . Así D. Simón declaró en el juicio oral:

- Que gastó parte del dinero de D^a Bárbara (sin especificar cuánto) en la construcción de una casa en Extremadura, que es propiedad exclusiva del acusado y no de D^a Bárbara , como él mismo confesó (min. 35.05 y siguientes de la grabación).

- Que gastó 24.000 y 3.500€ en dos transferencias para su pareja D^a Adelaida .



D. Simón contó en el juicio que D^a Bárbara le dio ese dinero a D^a Adelaida en una comida de Navidad, para ayudarla a arreglar su casa porque su ex-marido la había dejado destrozada.

Sin embargo, D^a Bárbara no manifestó en momento alguno que quisiera regalar a D^a Adelaida las cantidades de 24.000€ y 3.500€, como ponen de manifiesto las declaraciones del propio hermano de D. Simón, que estuvo presente en esa comida, y que declaró que sólo oyó a D^a Bárbara decir a D^a Bárbara que la ayudaría, pero no dijo cómo ni con cuánto (grabación del juicio, 13.08.32).

- Que gastó 1.500€ en comprarse un gato porque se dedica la cría de gatos, actividad a la que era ajena D^a Angelica .

Por otra parte no se justifica que el tribunal de instancia haya pasado por alto elementos exculpativos en la valoración del acta y de las testificales, como alega el recurrente. En primer lugar, porque del acta de manifestaciones la sentencia sólo dice que en ella D^a Angelica contó que había otorgado un poder a D. Simón, y que autorizó a Simón a gestionar y administrar su economía que era muy saneada, pero no a que se la arrebatase y le dejase en la ruina disponiendo de todos sus bienes, en su propio provecho.

Dichas manifestaciones coinciden totalmente con lo declarado por el propio acusado.

Sobre el testimonio de D^a Teresa y D^a Adoracion, la sentencia sólo refleja que las testigos son primas y que declararon en el juicio que su tía pensaba que tenía su dinero en el banco, quedando desolada cuando descubrió que las cuentas estaban vacías.

Es claro que el acta y las citadas testificales han tenido una influencia nula en los razonamientos de la sentencia para condenar a D. Simón, por lo que no tiene sentido ni utilidad discutir su valoración.

Por todo ello hay que considerar, que el tribunal de instancia ha tenido en cuenta una prueba de cargo, legítimamente practicada en el juicio oral, y dicha prueba ha de ser considerada como suficiente, para enervar la presunción de inocencia del recurrente, y su valoración y el juicio de inferencia realizado sobre su culpabilidad, no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria.

En consecuencia, el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que diremos en relación con los motivos siguientes.

Segundo.- El segundo motivo se configura al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ, **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho de **defensa** y de tutela judicial efectiva.

1. Alega el recurrente que se ha vulnerado el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva del acusado al haberse admitido la sucesión procesal de la querellante Bárbara, por su sobrina Teresa. La primera no presentó poder especial para querellarse, ni pudo ratificar la querella, al haber fallecido. La sobrina si se ratificó en la querella, pero no se dictó Auto de admisión de la querella. Por lo que debería declararse la nulidad de lo actuado ya que se ha hecho un uso indebido del art. 276 de la LECr, que faculta a los herederos a seguir la acción de la querella presentada y debidamente admitida, pero no faculta para sustituir la ratificación de la querella.

Y entiende que D^a Bárbara, además de no ratificar la querella, cuando el Juzgado de Instrucción nº 5 de Majadahonda ordenó su citación por Auto de 7-1-2015 para que se ratificara en ella, no pudo hacerlo por haber fallecido en 16-1-2015, y tampoco declaró ante el Juzgado de Instrucción, como lógicamente tampoco en el Plenario. Así no se ha podido someter a un date contradictorio, tal y como exige el derecho de defensa, sin que la mera interposición de la querella o los requerimientos notariales anteriores puedan constituir prueba, cuando la defensa no ha podido interrogar al testigo de cargo, debido a las propias circunstancias del proceso, que no han podido ser corregidas en el juicio oral, y cuando los demás testimonios son de referencia.

2. Como señala la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada (SSTC 185/2003, de 27 de octubre; 164/2005 de 20 de junio).

En el presente caso, la acción penal se dirigía contra el acusado por delito de apropiación indebida y otros delitos públicos, y el procedimiento podía haberse iniciado mediante querella o denuncia. Se inició por querella, firmada por la propia querellante, su letrado y procurador, por lo que, de conformidad con el art. 277. 7º de la LECR., con la firma del querellante no es necesario que el poder sea especial para formular la querella. Pero no pudo ser ratificada la querella, ni se pudo tomar declaración a la querellante, al haber fallecido, admitiéndose



por Providencia la solicitud de sustitución en el procedimiento de la querellante por su heredera universal que aportó poder general.

No se dictó Auto de admisión de la querrela, pero se dio trámite a la misma al admitirse por Providencia la personación de la heredera de la querellante, y, acordar en dicha resolución la práctica de diligencias de investigación, entre ellas la declaración como imputado del querrellado. Dicho defecto procesal, de haber existido, al tratarse de la investigación de delitos perseguibles de oficio, no pudo tener la consideración de irregularidad con relevancia constitucional y vulneradora del derecho de defensa, pues ningún perjuicio real y efectivo produjo para los intereses del querrellado, dada la obligada intervención legal del Ministerio Fiscal, en el ejercicio de la acción penal y civil en los delitos perseguibles de oficio; y el interés, como perjudicada, de la heredera de la querellante, la convertía en acusación particular al personarse en el procedimiento.

Además, hay que rechazar que se le haya producido *indefensión* al acusado, en cuanto ha podido intervenir, tanto en la instrucción como en el juicio oral, para ejercer su defensa, declarando lo que a su derecho consideró oportuno, siempre con asistencia de letrado, aportando, tanto en instrucción como en el plenario la documentación que ha considerado oportuna, y proponiendo los medios de prueba que le parecieron pertinentes.

Por otro lado, tampoco se ha vulnerado el derecho a la *tutela judicial efectiva*, al no poderse someter a contradicción la declaración de D^a. Bárbara, dado que no pudo declarar ni en instrucción, ni en el plenario, como era obvio, por haber fallecido. El acta notarial aportada en que constan las manifestaciones de D^a. Bárbara ha de ser considerada prueba documental y sólo pueden ser ponderada por el Tribunal a quo con respaldo en otras pruebas que le permitan corroborar las manifestaciones documentadas en la causa. Además en el procedimiento no se ha impedido al recurrente realizar alegaciones, habiéndose valorado por el Tribunal, junto a las demás pruebas.

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado, sin perjuicio de lo que diremos con relación al motivo siguiente.

TERCERO.- El tercer motivo se articula al amparo del art. 849.1 LECr, **por infracción de ley**, al haberse aplicado indebidamente los arts. 252, 251.1.5, 74.1 CP; y por inaplicación indebida del art. 14.1 CP.

1. Considera el recurrente que concurre en el acusado la *excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal* establecida para los delitos patrimoniales no realizados con violencia o intimidación, dado que, como se recoge en los hechos declarados probados, entre D^a Bárbara y el acusado concurría el parentesco por afinidad en primer grado (suegra- yerno), los hechos se produjeron cuando convivían en la misma casa, y su vínculo parental no se extinguió a la muerte de su esposa.

Subsidiariamente, el recurrente alega que no es de aplicación el artículo 252 del Código Penal, dado que no existía ajenidad de los fondos dispuestos por el acusado.

Y, por último, que sería aplicable el error de tipo del artículo 14.1 del Código Penal. que llevaría a la absolución del acusado, al creer éste que podía disponer del dinero de las cuentas, pues estaba autorizado en ambas, y en la de Caja España, pasó de autorizado a titular, y que contaba con el consentimiento de D^a Bárbara.

2. Empezando por el final del alegato diremos que, en cuanto a la alegación de infracción del art. 252 CP, al no darse el requisito de *ajenidad del dinero* dispuesto por el acusado, entendemos que, ha de ser rechazada pues como bien señala el Tribunal sentenciador en el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia, la propiedad de los fondos existentes en las cuenta en BBVA y Caja España, correspondía a D^a Bárbara, no solo por estar acreditada de forma indiscutible su titularidad de las cuentas, en que figuraba el acusado como autorizado, sino porque el acusado reconoció que no trabajaba desde el año 2007, y su pensión de viudedad no la ingresaba en dichas cuentas, además, de no constar documentalmente, que el acusado realizara ningún ingreso de cantidad alguna de dinero en dichas cuentas. A lo que habría que añadir que, como hemos dicho reiteradamente, la cotitularidad de una cuenta bancaria no conlleva presunción alguna sobre la copropiedad de los fondos.

Y la alegación de la existencia de *error de tipo* del art. 14.1 del CP, también ha de ser rechazada, dado que dicha circunstancia de error no fue probada de forma indiscutible y palmaria. El error ha de demostrarse indubitada y palpablemente (STS 123/2001, 5 de febrero), pues la jurisprudencia tiene declarado que el concepto de error o el de creencia errónea excluye por su significación gramatical, la idea de duda; y en este sentido error o creencia errónea equivale a desconocimiento o conocimiento equivocado, pero en todo caso firme.

3. La alegación de aplicación de la *excusa absolutoria* del art 268 CP. es planteada por el recurrente por primera vez en el recurso de casación. Por tanto, se trata de una *cuestión nueva*, que ha sido sustraída al examen de las partes acusadoras, pública y particular, y del debate en el juicio oral, y al pronunciamiento del tribunal de instancia. Solamente por ello podría ser desestimado sin más el motivo, si no fuera porque podría desconocerse el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.



La STS 945/2009, de 29 de septiembre recuerda que la jurisprudencia ha establecido que las cuestiones que se planteen en casación antes de haber sido planteadas en la instancia o, en su caso, en apelación, con la finalidad de dar al recurso de casación ante el Tribunal Supremo su carácter de revisión de la aplicación de la ley previamente realizada por otros Tribunales. En este sentido la STS nº 911/2007. Sólo se han admitido *dos excepciones*. En primer lugar cuando se trata de *derechos fundamentales* cuya vulneración pueda haber causado indefensión, y, en segundo lugar, cuando se trate de *infracciones de preceptos penales sustantivos* cuya subsanación *beneficie al reo* (por ejemplo la apreciación de una *substancia atenuante*) y que puedan ser apreciadas sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de las mismas conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y en nuestro caso la consideración de la concurrencia de la excusa absoluta es evidente que ha de beneficiar al reo.

El art. 268 CP, vigente en la época de los hechos (2011 a 2014), -por tanto antes de la entrada en vigor de la reforma producida por la LO.1/2015, que, junto a la violencia o intimidación añadió " *el abuso o vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad*", dispone: " 1 *Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación. 2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.*"

La jurisprudencia en SSTs 22-5-2013, nº 412/2013, 618/2010, 23 de junio, 91/2006 de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo, ha recordado que " *la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, suele 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 (...)*".

Como señalan las sentencias indicadas, la jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal.

4. La sentencia de instancia proclama como hecho probado, que Doña Bárbara ...madre de Angelica, vivía con su única hija y con Simón, -con la cual éste había contraído matrimonio- en un chalet de DIRECCION000, CALLE000 nº NUM001, desde el año 1999, habiendo fallecido Angelica el 11 de enero de 2011. Y que entre esta fecha y marzo de 2014, en que Bárbara abandonó el chalet de DIRECCION000, el acusado procedió a realizar, con ánimo de ilícito beneficio propio, numerosos cargos contra las cuentas de las que Bárbara era titular, así como las retiradas de efectivo, transferencias, y traspasos de cuenta que se relacionan.

Consecuentemente, en el momento de realizarse los hechos por el acusado, éste como yerno se hallaba unido a su suegra por los lazos del parentesco por afinidad en el primer grado. Ciertamente el art. 85 del CC, establece que *el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio*, pero de ningún modo se dispone que la extinción del vínculo matrimonial, suponga que el pariente afín se convierta en un extraño, porque el vínculo afectivo se mantiene a pesar de tal extinción del vínculo.

Nuestro Código Civil no define el parentesco, pero contiene normas referentes al mismo en el Capítulo III "De la sucesión intestada, del L.III "De los diferentes modos de adquirir la propiedad, cuya Sección Segunda, tienen como rúbrica "Del parentesco". Y los arts. 915 a 923 regulan el sistema de cómputo del parentesco y sus grados; preceptos inmodificados desde la promulgación del Código en 1889. El único precepto de esta sección que ha sido modificado como consecuencia de la Ley 30/81, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, es el art. 919 del CC., señalando que: "El cómputo de que trata el artículo anterior rige en todas las materias". Con ello desaparece la diferencia que existía en el cómputo de grados en el orden civil y canónico. Según asentada Doctrina el parentesco por afinidad se puede definir como "aquel que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro". Sin embargo, entre los cónyuges se suele entender mayoritariamente que no existe ningún parentesco, pues el matrimonio no genera relación parental alguna, aunque sí produce un nuevo estado civil para los cónyuges. Así el matrimonio que hace familiares a los cónyuges, no los convierte



en parientes entre sí. La relación entre ellos queda reducida a un vínculo "suis generis" (Cfr STS 18-3-2003). Y la génesis y desenvolvimiento de la relación de afinidad permite afirmar que el concepto jurídico de la misma no debe definirse al margen o con abstracción completa de los deberes y usos que son practica entre los afines en la convivencia social. Y justamente estos deberes y usos sociales se caracterizan por la bilateralidad o doble dirección, al menos en la inmensa mayoría de los aspectos de la relación.

Esta doctrina ha sido considerada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS 511/17, de 24 de marzo; y 1430/17, de 25 de septiembre) a los efectos de aplicación de las normas tributarias que gravan la sucesión; y tomada en cuenta por la Sala Cuarta (Cfr. STS 1071/98, de 18 de febrero) sobre el alcance de la relación de afinidad a efectos del permiso laboral por desgracia familiar.

Por ello resulta difícil de compartir, lo que dice la STS 1056/2005, de 27 de septiembre, de esta Sala en un caso de viudedad del querellante, respecto de que: "El parentesco por afinidad se genera y sostiene en el matrimonio, por lo que *desaparecido el vínculo matrimonial* se extingue éste, rompiéndose entre los cónyuges cualquier relación parental, y si se rompe entre los esposos, con más razón respecto de la familia de uno de ellos en relación al otro, esto es, el *parentesco por afinidad, desaparece ...*".

Habiéndose de entender, por el contrario, conforme al clásico brocardo "adfinitas in conyuge supérstite non deletur" , que subsiste el parentesco por afinidad entre el yerno y su suegra, después del fallecimiento de la esposa del primero e hija de la segunda, la razón ha de reconocerse en el recurrente, con las consecuencias absolutorias que se determinaran en segunda sentencia, aunque con el *mantenimiento de las responsabilidades civiles* establecidas en la sentencia de instancia.

Y ello porque este es el criterio asentado en la Jurisprudencia de esta Sala. Así, la STS 412/2013, de 22 de mayo, que a su vez cita la 361/2007, de 24 de abril; 198/2007, de 5 de marzo y la 618/2010, establece que la exigencia de responsabilidad en los casos de apreciación de la excusa absolutoria de referencia "se basa en la conveniencia de no repetir el proceso, que, en sus extremos más trascendentales, entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad."

La STS 851/16, de 11 de noviembre, dice que "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".

La STS 63/18, de 12 de diciembre, precisa que "si concurriera la excusa absolutoria, podría llevarse a cabo pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil. Otra cosa es que se hubiere dictado sentencia absolutoria, sin la aplicación de la excusa absolutoria"

La STS 436/18, de 28 de septiembre, indica que "entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal, que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello"

Y, por su parte, STS 669/14, de 15 de octubre, como también la 616/18, de 11 de abril, proclaman que "la excusa absolutoria del art 268 CP, no interfiere en lo relativo a la responsabilidad civil, porque que queden sin punición los hechos comprendidos, no los transmuta, entre los sujetos relacionados por alguna de las clases de parentesco descritas, en lícitos; las notas de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad por esa mera circunstancia parental no desaparecen, aunque se exima de pena."

Por todo ello, solo en parte el motivo ha de ser estimado.

CUARTO.- La estimación parcial del recurso supone para el recurrente la declaración de oficio de sus **costas**, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) **Estimar en parte** el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de D. Simón , contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 23 de abril de 2018, en causa seguida por **delito continuado de apropiación indebida**.

2º) **Declarar de oficio** las **costas** ocasionadas por su recurso.



Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 1909/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andres Martinez Arrieta

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo Garcia

En Madrid, a 12 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 1909/2018, contra sentencia de fecha 23 de abril de 2018, dictada por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en el Rollo de Sala, Procedimiento Abreviado nº 1872/2017 correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1798/2014 del Juzgado Mixto nº 5 de Majadahonda. Dicha resolución ha sido **casada y anulada** por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar **segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los antecedentes de la anterior y los de la sentencia de instancia revisada, con inclusión de sus hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de nuestra Sentencia anterior y los de la resolución rescindida en tanto no sean contradictorios con los de la primera.

Como señalamos en el Fundamento Jurídico Tercero de la sentencia rescindente, debemos estimar concurrente en el acusado la *excusa absolutoria*, comprendida en el art 268.1 CP, de parentesco de afinidad con la víctima, y en su virtud se le exime de las penas a que fue condenado por el delito de apropiación indebida, pero manteniendo su condena a la satisfacción de la responsabilidad civil, que fue establecida en la sentencia casada, consistente en el pago a Dña. Teresa de la cantidad de 434.020 euros, que devengará el interés previsto en el art 576 LEC.

Y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1º) Condenar a D. Simón a la satisfacción de la responsabilidad civil, que fue establecida en la sentencia casada, consistente en el pago a Dña. Teresa de la cantidad de 434.020 euros, que devengará el interés previsto en el art 576 LEC.

2º) Mantener el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Andres Martinez Arrieta D. Francisco Monterde Ferrer D. Antonio del Moral Garcia

D. Vicente Magro Servet D^a. Susana Polo Garcia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ