



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CASTILLA Y LEON
SALA DE LO CIVIL Y PENAL**

ROLLO DE APELACION NUMERO 54 DE 2021

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZAMORA

ROLLO NUMERO 2/21

JUZGADO DE INSTRUCCIÓN Nº 3 DE ZAMORA

-SENTENCIA Nº 71/2021-

Señores :

Excmo. Sr. D. José Luis Concepción Rodríguez

Ilmo. Sr. D. Carlos Javier Alvarez Fernández

Ilma. Sra. Doña Blanca Isabel Subiñas Castro

En Burgos, a uno de Octubre de 2.021.

La Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Magistrados expresados, ha visto en segunda instancia la causa procedente de la Audiencia Provincial de Zamora, seguida por el delito de apropiación indebida, contra DOÑA E , cuyos datos y circunstancias ya constan en la sentencia impugnada, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la misma, representada por el Procurador Don Fernando Cartón Sancho y defendida por la Letrada Doña María de las

Mercedes González Andrés, siendo parte apelada el MINISTERIO FISCAL y DON J , que ejerce en el proceso la Acusación particular, representado por el Procurador Don Javier Robleda Fernández y asistido del Letrado Don Javier Iván Prada Moral, y Ponente el **Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Javier Alvarez Fernández.**

-ANTECEDENTES DE HECHO-

PRIMERO. - La Audiencia Provincial de Zamora, en la causa de la que dimana el presente Rollo de Sala, dictó sentencia de fecha 30 de Abril de 2.021, aclarada por auto de fecha 12 de Mayo de 2.021 de fecha 8 de enero de 2.021, en la que se declaran probados los siguientes hechos:

“PRIMERO.- D^a E , mayor de edad y sin antecedentes penales a los efectos de esta causa por ser los que le constan cancelables, era cotitular con su hermano D. F de la cuenta bancaria abierta en Unicaja Banco, S.A. (antes Caja España), identificada con el IBAN ES .

Los movimientos de esa cuenta bancaria se refieren exclusivamente a la esfera patrimonial de D. F , tanto los ingresos como los recibos cargados.

SEGUNDO.- D. F falleció el día 4 de abril de 2019 y con posterioridad e inmediatamente a dicho momento D^a E realizó tres reintegros: 1) Dos reintegros el mismo día del fallecimiento y una vez producido éste, por cuantías de 10.000 y 3.000 € respectivamente y 2) Un reintegro de 40.000€ en el día siguiente 5 de abril de 2019.

Realizado este último reintegro la cuenta quedó con un saldo de 28,99€.

Posteriormente y una vez que en la cuenta se efectuaron nuevos ingresos D^a E realizó otros dos reintegros los días 8 y 9 de mayo, por cuantía de 1.850 y 3.000€ respectivamente.

El total de reintegros realizados con posterioridad al fallecimiento D. F por parte de D^a E ascendió a la cantidad de 57.850€.

TERCERO.- D. F , al momento de su fallecimiento, tenía un hijo llamado D. J con el que no había tenido relación alguna desde la más tierna infancia por la ruptura de la relación matrimonial entre el finado y la

madre de J cuando éste era un niño de corta edad. Los progenitores de D. J se separaron de mutuo acuerdo acordado en Sentencia de fecha 21 de diciembre de 1987.

La existencia del hijo de su hermano era sobradamente conocida por la acusada, que realizó los actos de disposición de la cuenta con pleno conocimiento de que los fondos pertenecían en exclusiva a su hermano y con la única intención de que D. J no percibiera cantidad alguna en relación con la herencia de D. F .

CUARTO.- D. F no suscribió documento alguno, público o privado, en el que mostrara su voluntad de desheredar a su hijo.

QUINTO.- D. F , a pesar de estar en el último período de su vida muy delicado de salud, mantuvo sus capacidades intelectuales, intelectuales y volitivas con anterioridad al ictus que sufrió el 15 de febrero de 2019, el mantenimiento de las mismas del 15 al 19 de febrero y recobrándose éstas después de su salida de la UCI del Hospital Clínico de Salamanca y su regreso al Hospital Virgen de la Concha de Zamora el 2 de marzo de 2019.”

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la sentencia recaída en primera instancia dice literalmente:

“Que debemos condenar y condenamos a la acusada D^a E como autora responsable criminalmente de un delito continuado de apropiación indebida, con la agravante del valor de lo defraudado, ya definido, de los artículos 253, 250-1, número 5º, del Código Penal; a la pena de prisión de dos años, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y multa de ocho meses, con una cuota diaria de 6 euros y con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas.

Así como al pago de las costas de este procedimiento, incluyendo las de las acusaciones particulares.

La acusada deberá reintegrar a la comunidad hereditaria de D. F la cantidad de 57.850 euros, que devengará el interés legal desde la fecha de los reintegros”.

TERCERO. - Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por la Defensa de la acusada DOÑA E , en el que alegó, como único motivo de impugnación, el de infracción del artículo

268.1 del Código Penal, por inaplicación de la excusa absolutoria que dicho precepto consagra.

Por ello, solicitó la revocación de la sentencia y que, en su lugar, se dicte otra en la que se absuelva libremente a la acusada apelante del delito de apropiación indebida, dejando sin efecto la condena penal impuesta, con condena de la misma, en su caso, a la responsabilidad civil que, en ejecución de sentencia, quede fijada o con la reserva de las acciones civiles que correspondan, declarando de oficio las costas.

CUARTO. - Admitido el recurso, se dio traslado del mismo a las demás partes, habiéndolo impugnado tanto el MINISTERIO FISCAL como la Acusación particular ejercida por DON J

, que interesaron su íntegra desestimación, y, elevadas las actuaciones a este Tribunal, se formó el oportuno Rollo de Sala y se señaló para la deliberación, votación y fallo del recurso el pasado día 21 de Septiembre de 2.021, en que se llevaron a cabo.

Se aceptan el relato de hechos probados y los Fundamentos de Derecho de la resolución recurrida.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO -

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de apelación, que pende ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, la sentencia dictada, en fecha 30 de Abril de 2.021, por la Audiencia Provincial de ZAMORA, en la que se condena a la acusada DOÑA E

G , como autora responsable de un delito continuado de apropiación indebida, con la agravante del valor de lo defraudado, de los artículos 253 y 250.1, número 5º, del Código Penal, a la pena de 2 años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 8 meses, con una cuota diaria de 6 Euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, así como al pago de las costas incluidas las de la Acusación particular, así como a que reintegre a la comunidad hereditaria de Don F la cantidad de 57.850 Euros, con el interés legal correspondiente.

Interpone el recurso de apelación la acusada condenada que alega, como único motivo de impugnación, el de infracción del artículo 268.1 del Código Penal, por inaplicación de la excusa absolutoria que dicho precepto consagra. Por ello, solicita la revocación de la sentencia y que, en su lugar, se dicte otra en la que se absuelva libremente a la acusada apelante del delito de apropiación indebida, dejando sin efecto la condena penal impuesta, con condena de la misma, en su caso, a la responsabilidad civil que, en ejecución de sentencia, quede fijada o con la reserva de las acciones civiles que correspondan, declarando de oficio las costas.

SEGUNDO.- MOTIVO REFERENTE A LA INAPLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 268 DEL CODIGO PENAL.

I.- En relación a la **excusa absolutoria del artículo 268.1º del Código Penal**, la STS de fecha 22/5/2013, que incide en una doctrina jurisprudencial bastante reiterada, destaca 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 el mencionado precepto, 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 porque ello, además de provocar una irrupción del sistema dentro del grupo familiar, algo poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y “ultima 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.

Naturalmente, la aplicación de dicha excusa absolutoria, de interpretación necesariamente restrictiva, exige la concurrencia de determinados elementos objetivos y subjetivos, en el primer caso que nos hallemos ante un delito patrimonial, en el que no concurra violencia ni intimidación o abuso de la vulnerabilidad de la víctima ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad, y, en el segundo, que los posibles beneficiarios de la excusa sean lógicamente alguno o algunos de los parientes a que se refiere el precepto ya referido (cónyuge no separado legalmente o de hecho, o en proceso de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio; ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción; y afines de los anteriores en primer grado, si viviesen juntos). Por otra parte, también desde la óptica subjetiva, esta excusa no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

II.- Como bien razona la sentencia hoy recurrida, las relaciones de parentesco, que justifican la aplicación de la excusa absolutoria, deben concurrir

entre el sujeto activo y pasivo del delito, y así la expresión legal (“*delitos patrimoniales que se causaren entre sí*”) concreta de forma clara y precisa las personas que han de estar unidas en la relación de parentesco y que el delito ha de ser cometido por uno contra el otro. Dado que, en el caso que nos ocupa, el delito ha sido cometido por una tía carnal (hermana del padre) y el sujeto pasivo es un sobrino (hijo de un hermano premuerto), resulta obvio que no estamos ante un pariente de los referidos en el artículo 268 del Código Penal y, por tanto, no concurre la excusa absolutoria.

III.- La parte apelante se alza contra dicha conclusión, sosteniendo que existen muchas dudas de hecho y de derecho para tratar de criminalizar la conducta de la acusada, puesto que ella asistió hasta el final a su difunto hermano, respetando en todo momento su voluntad, y además, en el momento de cometer los hechos (parece referirse al momento en que se apropió del dinero de la cuenta), estaba segura de ser heredera o legataria de su hermano, pues no existían aún las últimas voluntades del fallecido, ni el hijo había sido declarado heredero ni aceptado la herencia, de modo que ella, como autorizada, dispuso del dinero de la cuenta de su hermano sin saber que habría un único heredero, debiendo aplicarse en todo caso la citada excusa absolutoria.

Como vemos, la parte apelante incurre en cierta confusión en su alegato, puesto que, aunque enuncia como motivo de impugnación la infracción de Ley (por inaplicación del citado artículo 268 del Código Penal), sin embargo, de alguna manera, está cuestionando también el relato fáctico de la sentencia recurrida, sin invocar, como motivo concreto, el error en la valoración de la prueba, ni exponer las razones por las que entiende que se hubiera podido producir dicho error.

Debemos partir de que la sentencia declara probado que la acusada era cotitular, junto con su hermano Don F , de una cuenta en

“Unicaja Banco, S.A.” (antes “Caja España”), si bien los movimientos de dicha cuenta se referían exclusivamente a la esfera patrimonial de éste último, tanto los ingresos como los recibos cargados. En definitiva, que el dinero era de Don F , el cual falleció el 4 de Abril de 2.019. Al día siguiente de su fallecimiento, la acusada efectuó tres reintegros de la cuenta y, en fechas 8 y 9 de Mayo siguientes, efectuó otros dos, apoderándose del dinero extraído, por un importe total de 57.850 Euros. Igualmente, se establece que el fallecido Don F tenía un único hijo, Don J , con el que no había tenido relación desde la infancia, al haberse roto hace muchos años (en Diciembre de 1.987) la relación matrimonial de que el mismo había nacido. Además, la existencia de ese hijo era sobradamente conocida por la acusada, la cual también sabía que el dinero de la cuenta era de su hermano, el cual no había suscrito documento alguno en el que mostrase su voluntad de desheredar a su hijo.

La Defensa del acusado manifiesta ahora que ella creía que podía ser heredera o legataria de su hermano, así como dice que desconocía que su sobrino fuera el único heredero de bienes del fallecido. Sin embargo, ya la sentencia se encarga de precisar que, tras la valoración de la prueba (tanto la documental, la testifical y la propia declaración de la acusada), puede afirmarse que dicha acusada conocía perfectamente que su fallecido hermano tenía un solo hijo, no pudiendo dudarse de que era su único heredero (estuviera o no declarado legalmente como tal), y que precisamente, tal y como reconoció la propia acusada en el acto del juicio, efectuó los reintegros siguiendo la voluntad de su hermano, expresada se supone antes de fallecer, en el sentido de que ese hijo no recibiera nada de él, privándole, pues, de sus derechos hereditarios. Naturalmente, como también señala acertadamente la sentencia recurrida, de esto último no existe prueba alguna, por lo que no puede establecerse como

cierto, y nada se alega ahora que pueda servir de base a un supuesto error fáctico por parte de la Audiencia de Zamora.

Dando en el recurso de apelación un nuevo giro a su defensa, se alega de forma novedosa que, aun admitiendo que la acusada se apropiase del dinero de la cuenta (que pertenecía a su hermano), el titular del mismo, cuando tal apropiación se produjo (cuando se efectuaron los reintegros), no es el sobrino sino la herencia yacente de su difunto hermano, por lo que entiende aplicable la excusa absoluta del artículo 268 del Código Penal.

El argumentario de la parte apelante es realmente confuso y totalmente artificioso. Si se reconoce que el dinero era de su hermano, aunque ella figurase como titular de la cuenta, y que los reintegros se produjeron una vez fallecido el mismo, es absurdo sostener que pueda darse el presupuesto subjetivo de la excusa, conforme a lo ya dicho, puesto que el sujeto pasivo del delito nunca sería su hermano, sino su sobrino, que no encaja en la enumeración de parientes del precepto, o, en el mejor de los casos para ella, la herencia yacente, que precisamente se integra por dicho sobrino, único hijo y heredero del causante.

Debemos, por tanto, compartir plenamente la conclusión obtenida por la Audiencia de Zamora en la sentencia recurrida y considerar que no concurre en la acusada la excusa absoluta del artículo 268 del Código Penal.

El motivo de impugnación, por tanto, se desestima debiendo confirmarse íntegramente la sentencia recurrida.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación justifica que las costas de esta segunda instancia se impongan a la parte apelante (artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

