



Roj: **STS 2058/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2058**

Id Cendoj: **28079120012023100345**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/05/2023**

Nº de Recurso: **4539/2021**

Nº de Resolución: **331/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 331/2023**

Fecha de sentencia: 10/05/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4539/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4539/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 331/2023**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Susana Polo García

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 10 de mayo de 2023.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación de la acusada recurrente **Dña. Berta**, contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 21 de junio de 2021 que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de la citada recurrente, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 17 de marzo de 2021, que le condenó por delito de apropiación indebida, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicha recurrente representada por el Procurador D. Miguel Torres Álvarez y bajo la dirección Letrada de D. Iñaki Mugika Cuesta, y la recurrida Acusación Particular Dña. Carmen representada por el Procurador D. Carlos Plasencia Baltes y bajo la dirección Letrada de D. José Antonio Mardaras Camiruega.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de instrucción nº 9 de Bilbao incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1396 de 2017 contra Berta, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Sexta, que con fecha 17 de marzo de 2021 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"En el año 2017 la acusada Berta ostentaba la cualidad de autorizada en dos cuentas bancarias de titularidad de su madre Francisca, una en el BANCO POPULAR con número NUM000, respecto de la cual la acusada figuraba en aquella condición desde el 12 de julio de 2016 y la otra en la entidad KUTXABANK con número NUM001 en la cual figuró asimismo como autorizada desde el 11 de noviembre de 2014 hasta el 9 de noviembre de 2017. Aprovechando dicha circunstancia y sin causa justificada alguna, la acusada, con ánimo de enriquecimiento ilícito, extrajo de dichas cuentas, mediante reintegros en metálico, la suma total de 107.307,70 euros, haciéndolo con el conocimiento de que su madre carecía de capacidad para consentir expresa o tácitamente dichos reintegros al encontrarse afectada de demencia senil ya en ese año, de tal modo que con fecha 7 de septiembre de 2017 se interpuso por el Ministerio Fiscal demanda de incapacidad, dictándose inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia 14 de Bilbao un auto de 26 de octubre de 2017 acordando como medida cautelar el nombramiento de D<sup>a</sup> Carmen como administradora provisional de los bienes de D<sup>a</sup> Francisca y posteriormente por el mismo Juzgado Sentencia de 21 de mayo de 2018 declarándose la incapacidad de la Sra. Francisca para todas las esferas personal y patrimonial de su vida, nombrándose tutora a la acusada. La acusada, con fecha 9 de noviembre de 2017, retiró en metálico la cantidad de 6.000 euros de la cuenta de KUTXABANK indicada y llevó a cabo los siguientes reintegros en metálico de la cuenta del BANCO POPULAR indicada: -El 20 de febrero de 2017, la cantidad de 1.500 euros. -El 28 de abril de 2017, la cantidad de 1.000 euros. -El 23 de mayo de 2017, la cantidad de 500 euros. -El 8 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros. -El 13 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros, -El 16 de junio de 2017, la cantidad de 1.000 euros. -El 6 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros, -El 7 de julio de 2017, la cantidad de 2.000 euros. -El 31 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros. -El 22 de agosto de 2017, la cantidad de 4.000 euros. -El 1 de septiembre de 2017, la cantidad de 3.000 euros. -El 6 de septiembre de 2017, la cantidad de 30.000 euros. -El 29 de septiembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros. -El 2 de noviembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros. -El 10 de noviembre de 2017, la cantidad de 10.000 euros. -El 13 de noviembre de 2017, la cantidad de 2.308,70 euros. Con fecha 25 de enero de 2018 la acusada reintegró en el patrimonio de la Sra. Francisca la cantidad total de 64.000 euros, ingresando 6.000 euros en la cuenta de KUTXABANK y 58.000 euros en la cuenta abierta en el BBVA con número NUM002, de la que era titular D<sup>a</sup> Francisca".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Berta, como autora penalmente responsable de un delito continuado de apropiación indebida cualificado por la cuantía, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del daño, a la pena de PRISIÓN DE UN AÑO, con la accesoria de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena, y MULTA DE SEIS MESES CON UNA CUOTA DIARIA DE SEIS EUROS, con la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día por cada dos cuotas impagadas, imponiéndole el pago de las costas del procedimiento, incluidas las de la acusación particular. La acusada habrá de indemnizar a Francisca en la cantidad de 43.308,70 euros, con el interés previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Contra esta sentencia puede interponerse recurso de APELACIÓN ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ( artículo 846 ter LECrim.). El recurso se interpondrá por medio de escrito, autorizado por Abogado/a y Procurador/a, presentado en este Tribunal- en el plazo de DIEZ DÍAS hábiles contados desde el día siguiente de su notificación".

A la anterior sentencia se formuló Voto Particular.



Contra indicada sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la citada acusada Berta ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, que con fecha 21 de junio de 2021 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"Se desestima el recurso de apelación, interpuesto por el procurador de los tribunales, D. Jesús Gorrochategui Erauzkin, en representación de Dña. Berta , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 17 de marzo de 2021. Se confirma la sentencia apelada. Con imposición de las costas causadas a la parte apelante. MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante RECURSO DE CASACIÓN que se preparará ante este Tribunal, en el plazo de CINCO DÍAS siguientes al de la última notificación de la resolución recurrida, por escrito autorizado por Abogado y Procurador, en el que se solicitará testimonio de la resolución que se quiera recurrir y manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar".

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación de la acusada **Dña. Berta** , que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO.-** El recurso interpuesto por la representación de la acusada **Dña. Berta** , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) y por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Segundo.- Por Vulneración de precepto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ambos en relación con el artículo 24.1º.2º de la Constitución. Existiendo por tanto, infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836).

Tercero.- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos del Código Penal.

Cuarto.- Infracción de Ley, de conformidad con lo prescrito en el artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los artículos del Código Penal.

Quinto.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim (LEG 1882, 16) en relación con el art. 116 y los arts. 110 y ss. CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777).

Sexto.- Error de hecho en la valoración de la prueba al amparo del núm. 2º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, designando como particulares que demuestran el error de hecho en la apreciación de las pruebas, a los efectos señalados en el artículo 855.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Séptimo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim (LEG 1882, 16) por indebida aplicación del art. 123 CP en relación con el art. 240 LECrim (LEG 1882, 16), dado que no procede la imposición de costas a esta parte.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó el mismo, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular Dña. Carmen , que solicitó su inadmisión o desestimación, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 9 de mayo de 2023, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Berta , contra la Sentencia de fecha 21 de junio de 2021, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

**SEGUNDO.-** 1.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.

Considera la parte recurrente que se han vulnerado los art. 100, 102 y ss. de la LECR, al haber permitido a Dª Carmen , nieta de la víctima Dª Francisca , personarse como acusación particular en este procedimiento, por no ostentar legitimación para poder hacerlo. Añade que como nieta puede presentar denuncia, pero, al no ser tutora o defensora judicial de la víctima, no puede constituirse en acusación particular. Tampoco podía



personarse por ella misma como acusación particular, puesto que ningún interés económico propio o personal tenía en el asunto.

Añade que: "no tiene la capacidad de ser parte, porque no puede en modo alguno tener posibilidad de negociar o reclamar nada pues legalmente está imposibilitada para disponer o negociar sobre una futura herencia, con lo cual existe un impedimento legal civil muy importante para poder ser parte procesal."

Y que: "no puede incluirse en ninguno de esos supuestos, primero porque D<sup>a</sup> Francisca está viva, segundo, porque en su lugar está la tutora D<sup>a</sup> Berta en pleno ejercicio de su cargo, o el M. Fiscal, no existiendo ni hermanos, ni cónyuge de la misma".

La sentencia de la Audiencia Provincial resolvió en el FD nº 1 de la sentencia la impugnación realizada respecto a la legitimación de la acusación particular señalando que:

"Hemos de remitirnos íntegramente al contenido del auto de esta Sección de fecha 3 de noviembre de 2020, dictado previo traslado a todas las partes, en relación con la improcedencia de declarar la falta de legitimación de Carmen, para el ejercicio de la acusación particular en el presente procedimiento. Tal y como en dicha resolución se indicó se trata de una cuestión zanjada por resolución firme de la Sección 2a de esta Audiencia Provincial dictada con ocasión de la impugnación del auto que acordó la continuación de las actuaciones por los trámites del Procedimiento Abreviado, resolución de fecha 7/11/2019 en la que se rechazó la alegación de la defensa en este sentido".

El TSJ también rechazó el motivo alegado señalando que:

"De acuerdo con lo dispuesto en el art. 102 LECrim. podrán ejercitar la acción penal por delito o falta las personas contra las que se hayan cometido (ofendido) y los cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines de aquellas (perjudicados). Y, conforme al art. 113 CP, la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado (ofendido), sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros (perjudicados). Por perjudicado, ha de entenderse aquel que sufre en su esfera patrimonial y/o moral los efectos de la acción delictiva, siendo titular de la pretensión de reparación del daño causado.

En el caso examinado, en ningún caso podría negársele legitimación a Dña. Carmen, al ser pariente en línea recta descendente de segundo grado de la ofendida, D<sup>a</sup>. Francisca."

Pues bien, hay que recordar que el art.116 CP señala que *1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios.*

El art. 113 CP añade que *La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.*

Y el art. 109 bis LECRIM reconoce a las víctimas el ejercicio de la acción penal, sin que, lejos de lo que afirma la recurrente, pueda negársele esta legitimación para constituirse como acusación particular a un descendiente de segundo grado cuando su abuela no puede ejercerla por incapacidad y en defensa de sus derechos, pero no solo como perjudicado ejerciendo la acción civil, sino, también, la penal en aras a una más amplia concesión de la tutela judicial efectiva reconocida por nuestro Tribunal Constitucional. Restringir e impedir la legitimación como acusación particular a un descendiente de segundo grado para ejercer la acción penal y civil ante un delito cometido por la hija de la víctima del delito al desapoderarle de su patrimonio económico vulneraría la tutela judicial efectiva cuando la propia víctima es vulnerable y no está en condiciones de ejercer la acción penal, pudiendo actuar junto con el Ministerio Fiscal en defensa de sus intereses y derechos.

Como sostiene el Fiscal de Sala, aunque es cierto que hasta que no se proceda al nombramiento de tutor la representación y defensa de la persona con discapacidad corresponde al Fiscal, la intervención de Carmen lo era como defensora de los legítimos intereses patrimoniales y en tal condición actuó, ejercitando en representación de su abuela la acción civil.

Señalan los hechos probados que, y esto es importante, la recurrente extrajo el dinero de las cuentas de la madre:

*"...con el conocimiento de que su madre carecía de capacidad para consentir expresa o tácitamente dichos reintegros al encontrarse afectada de demencia senil ya en ese año, de tal modo que con fecha 7 de septiembre de 2017 se interpuso por el Ministerio Fiscal demanda de incapacidad, dictándose inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia 14 de Bilbao un auto de 26 de octubre de 2017 acordando como medida cautelar el nombramiento de Da Carmen como administradora provisional de los bienes de Da Francisca y posteriormente por el mismo Juzgado Sentencia de 21 de mayo de 2018 declarándose la incapacidad de la Sra. Francisca para todas las esferas personal y patrimonial de su vida, nombrándose tutora a la acusada".*



Pues bien, ante la queja de la recurrente de no reconocer legitimación a la nieta de la declarada incapaz para constituirse en acusación particular hay que señalar que en el presente caso nos encontramos con una imposibilidad física y psíquica de ejercicio de la acción penal de la interesada, que es la madre de la recurrente, víctima del delito, que viene a ser la directamente ofendida por el delito en su patrimonio, pero que no se encuentra en condiciones para ejercer la acción penal, por cuanto ni tan siquiera conoció o podía conocer que su propia hija había sacado la suma que consta en los hechos probados de 107.308,70 euros desde el 20 de febrero de 2017 hasta el 13 de Noviembre del mismo año.

Todo ello coincidiendo con los problemas de capacidad de su propia madre que concluyeron en la declaración de incapacidad, con la circunstancia de que en ese tiempo se dictó un auto de 26 de octubre de 2017 acordando como medida cautelar el nombramiento de Carmen como administradora provisional de los bienes de Francisca y posteriormente por el mismo Juzgado Sentencia de 21 de mayo de 2018 declarándose la incapacidad de la Sra. Francisca para todas las esferas personal y patrimonial de su vida.

Por ello, en coincidencia temporal con esta posición de su madre se produce la apropiación indebida de dinero por la recurrente, y en este caso existe un familiar directo descendiente de segundo grado, como es la acusación particular, que, en defecto y detrimento del propio ejercicio de la acción penal por la víctima del delito, está legitimada para el ejercicio de la acción penal y civil, ya que no puede ser la propia recurrente la legitimada por ser la acusada en el proceso penal, lo que resulta obvio y poderse verificar, por ello, una ampliación o sustitución del concepto de víctima que pueda ejercer no solamente la acción civil, perjudicado, sino el ejercicio de la acción penal por imposibilidad manifiesta de llevarlo a cabo la víctima directa del delito, como en este caso ocurre por la situación de incapacidad en que se encuentra la madre, y que debe posibilitar el ejercicio de la acción penal por un descendiente de segundo grado como es técnicamente la legitimada como acusación particular.

Deben hacerse constar las particularidades que se refieren en el presente caso, ya que, como se cita en los hechos probados, el 26 de octubre de 2017 se nombra administradora provisional de los bienes de la incapacitada y víctima del delito perpetrado por su hija a la que se constituyó como acusación particular que es la nieta, pero ya antes se habían llevado a cabo actos de apropiación por la recurrente, como consta en los hechos probados, y empiezan a producirse las extracciones por el importe que consta en los mismos por parte de la recurrente, por lo que la circunstancia de que, finalmente, el juzgado acordara el nombramiento de tutora a la recurrente no conlleva una imposibilidad de que la nieta tenga la condición también de víctima indirecta y, además, perjudicada por el delito por el perjuicio patrimonial que le supone a su abuela los actos de apropiación perpetrados, y que le supone tanto a ella, en su expectativa jurídica, como a su abuela, ante los actos de apropiación producidos, y sin autorización alguna, llevados a cabo por parte de la recurrente en la cuenta de su madre, cuando, además, se había nombrado administradora provisional de los bienes de la misma a la nieta por las circunstancias que constan. Y todo ello debe determinar que, en razón a la mejor protección de la víctima directa del delito, que es la incapacitada, deba admitirse la legitimación de la acusación particular por su nieta, como descendiente de segundo grado, que había sido nombrada administradora provisional de los bienes de la madre de la recurrente, y tenga también, no solamente la condición de perjudicada por el delito, sino la condición de víctima, aunque indirecta, para poder ejercitar la acción particular, porque en realidad lo es ante la situación concreta producida ante las extracciones de dinero que de la cuenta de la incapacitada consta en los hechos probados y que otorgan la condición también de víctima indirecta por el delito a la nieta y su condición de legitimada para ejercer la acusación particular.

Como indica el Fiscal de Sala, a raíz del nombramiento de la acusación particular como administradora provisional de los bienes de la madre de la recurrente fue cuando se tuvo conocimiento de las disposiciones irregulares de dinero efectuadas en las cuentas de D<sup>a</sup> Francisca, presentando Carmen denuncia y, tras ofrecérsele las acciones en su primera declaración judicial (f. 39), se personó como acusación particular en representación de su abuela. En su segunda declaración ante el Juzgado de Instrucción (f. 65) manifestó, respecto del ofrecimiento de acciones que en ese momento se efectuaba, que las cantidades que reclamaba eran las que constaban en los extractos bancarios y "todo ello en interés de su abuela, Francisca, actuando en calidad de administradora provisional nombrada en el procedimiento civil".

En el Juicio Verbal especial sobre capacidad 2041/2017 del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 14 de Bilbao se dictó auto de 14/12/2017 (f. 305), resolviendo admitir la intervención de Carmen en dicho procedimiento, que había sido impugnada por su tía y acusada Berta, porque "como nieta de la demandada tiene un interés directo y legítimo como familiar próximo...".

Hay que tener en cuenta que los nietos son descendientes de segundo grado, y, en consecuencia, no puede desconocerse la legitimación para actuar como acusación particular en caso de muerte o fallecimiento del abuelo, pero también debe extenderse a los casos de vulnerabilidad patente, o incapacidad declarada, o, también, provisional, que es lo que aquí ocurrió, y luego definitiva, ya que fue esta circunstancia la que





motivó que, a instancias de la propia legitimada como acusación particular se promovió ante la fiscalía el procedimiento de incapacitación, por lo que debe llevarse a cabo una interpretación extensiva del concepto de víctima indirecta a los nietos, en caso de imposibilidad manifiesta de sus abuelos del ejercicio de la acción penal y realizar una interpretación extensiva del concepto de víctima indirecta en estos casos en razón de la casuística concreta que en este caso se produce. Y todo ello, en base a la Ley del Estatuto de la víctima del delito 4/2015, de 27 de Abril, ya que no pude llevarse a efecto un concepto restrictivo de víctima del delito y apelar al caso concreto para analizar la viabilidad de la legitimación de la acusación particular cuando en circunstancias, como las ahora concurrentes, en que en la sentencia de primera instancia se nombró tutora a la hora recurrente, pero que fue ella la que realizó los actos de apropiación del dinero de la cuenta de su madre y en lógico perjuicio de la nieta también, y habiendo devuelto tan solo una cantidad parcial de 64.000 euros, que es lo que ha provocado la aplicación de la atenuante de reparación del daño, todo ello no impide la calificación del ilícito penal por la apropiación de fondos de forma indebida e injustificada de la recurrente respecto del patrimonio de su madre, ante lo cual ejercitó la acción penal y civil la descendiente de segundo grado que tiene reconocida legitimación como acusación particular en casos como el que ahora nos ocupa.

Hay que recordar que, como señala la mejor doctrina, en el Derecho Procesal español se ha reconocido tradicionalmente a la víctima una cierta participación en el procedimiento judicial penal mediante la figura de la acusación particular, posibilitando su personación para solicitar medidas de investigación y cautelares así como la condena, en aquellos delitos en los que el bien jurídico protegido lo permite. Las víctimas pueden ejercer la acción penal y la acción civil de forma conjunta independientemente de la acusación ejercida por el Ministerio Fiscal. El art. 761 LECrim. posibilita dicho ejercicio al ofendido o perjudicado por el delito pudiendo mostrarse parte en la causa sin formular querrela bastando con la mera personación.

Pero, además, la línea aperturista para reconocer la legitimación de la acusación particular se apoya, también, en el art. 782.2 LECRIM que señala que: *2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:*

*a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno.*

Y, también, la CE reconoce en su art. 24.1 el derecho de la víctima a ejercer la acción penal como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva en su concreta dimensión de acceso a la jurisdicción, y la citada Ley 4/2015 hace más que confirmarlo en su art. 11, reconociendo el derecho al ejercicio de la acción penal de conformidad con la LECrim, lo que entendemos que no puede limitarse a los descendientes de segundo grado, como son los nietos para proteger y tutelar los derechos de su abuelo/a cuando el que perpetra el delito es un hijo de una persona declarada incapaz en perjuicio de su patrimonio.

No puede limitarse en estos casos la condición de mero perjudicado por la que ex art. 110 LECRIM puede ejercitar tan solo la acción civil, sino que debe reconocérsele la legitimación como víctima del delito en un régimen sustitutorio de quien no puede ejercer la acción penal en el caso de que puedan hacerlo los descendientes de segundo grado para proteger los intereses de sus abuelos en casos como el presente. Y ello, porque en su defecto, de no admitirse la personación como acusación particular al descendiente de segundo grado cuando es la hija de la víctima directa vulnerable e incapaz la que lleva a cabo actos de apropiación de su patrimonio podría darse la circunstancia del art. 786.2 LECRIM y, de no haber acusación particular, poder acordarse el archivo de la causa, como ya hemos visto en la cita de este precepto.

La máxima protección de las personas sobre las que se reconoce su incapacidad judicialmente, y antes en pleno proceso para que ello se produzca, pueden ver reconocida su intervención procesal penal por descendientes de segundo grado, si es una persona descendiente directo la que ha cometido el delito como aquí ha ocurrido.

Hay que señalar lo que está Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 766/2022 de 15 Sep. 2022, Rec. 3971/2020 señala en cuanto a que:

*"Es cierto que la doctrina mayoritaria define al ofendido por el delito, agraviado o sujeto pasivo del mismo como el titular del bien jurídico protegido por la norma penal, que ha sido lesionado o puesto en peligro por el hecho delictivo. Normalmente coincidirán en una misma persona las cualidades de ofendido y perjudicado. Sin embargo, existen algunos supuestos en los que el sujeto ofendido por el delito y el que sufre las consecuencias perjudiciales del mismo no concurren. Sin embargo, la categorización de la denominación que se otorgue a quien desea comparecer y personarse en el proceso penal ejercitando la acción penal tiene un campo más amplio de cobertura desde que se ha admitido el concepto más propio de víctima del delito que resuelve esos límites*



que podrían darse a la hora de restringir la acusación particular al perjudicado por el delito y concederla solo al ofendido.

De esta manera la amplitud del concepto procesal de víctima permite individualizar cada caso para poder comprobar la posible admisión de la acusación particular a quien pretende sostener la reclamación civil y el reproche penal al mismo tiempo, por lo que abre una puerta a una práctica ya extendida de admitir al perjudicado esta vía de la acusación particular, pese a la confusión conceptual y de extensión de posibilidades que la norma procesal otorgaba en uno y otro caso, aunque con determinadas contradicciones, como la luego referida en los arts. 771.1, 776 y 782.2 LECRIM.

Hay que tener en cuenta que, como ya hemos señalado ( Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 109/2020 de 11 Mar. 2020, Rec. 2381/2018 ):

"El artículo 109 bis no tiene por objeto limitar los titulares de la acción penal, sino regular los derechos de las víctimas y de otros perjudicados por los delitos cometidos contra éstas. De hecho, como dispone el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley." Distinto es quién está legitimado para constituirse como parte acusadora en el procedimiento."

...si ceñimos la consideración a unos particulares de que solo son perjudicados por el delito, y no son víctimas ni ofendidos por el delito al objeto de limitar su comparecencia y personación solo para ejercer la acción civil y no la penal se está restringiendo de salida su tutela judicial efectiva.

Podríamos hablar, así, de una forma más genérica de "interesados" en el ejercicio de la acción penal, como un concepto más amplio y comprensivo del reconocimiento de esta legitimación para que, en casos como el que aquí nos ocupa, se reconozca esta legitimación para intervenir ejercitando la acción penal. ....concepto más aperturista de "víctima" que incorpora también (el concepto de víctima) a quien padece un perjuicio patrimonial como consecuencia directa del delito, sin más condicionante que tratarse de una persona física. Por eso, hasta el alcance de las víctimas excede con creces los conceptos referidos: ofendido y acusador particular. Y por ese mismo motivo, al incluir en sí mismo la dualidad de agraviado y dañado, la noción de víctima también desborda el contenido de los conceptos del otro binomio: perjudicado/actor civil. De ahí que toda persona física perjudicada directamente (hasta los límites para la víctima indirecta) no pueda dejar de ser también víctima. Por ello, todas las víctimas se encuentran englobadas en la dualidad: ofendido y/o perjudicado.

Y se concreta que puede existir, sin embargo, a efectos prácticos, un aspecto en el que sí tenía trascendencia la distinción ente ofendido y perjudicado: la condición de los "herederos" o "sucesores", así como los familiares más cercanos y allegados de esa condición del ofendido o agraviado que fallecía o desaparecía a consecuencia del delito y que, a tenor de los cánones ortodoxos, por no ser ofendidos, no podían alcanzar la condición de acusadores particulares y se veían sometidos al estatus de acusador popular (aunque en este caso su legitimación sería ordinaria, art. 24.1 CE )."

Con ello, vemos que se tiende a una concepción aperturista de "víctima" y a la no interpretación restrictiva a la hora de analizar la legitimación como acusación particular en casos como el ahora analizado en el que un descendiente de segundo grado postula defender los derechos patrimoniales de su abuela, así como sus propias expectativas de derecho, ante actos de apropiación de dinero de su cuenta corriente por su propia hija hasta dejarle sin saldo, como los que constan en los hechos probados ante la incapacidad de poder llevarlo a cabo la víctima directa del delito.

Como decimos y mantenemos no puede desconocerse y negarse el "interés" en el ejercicio de la acción penal como víctima indirecta de un descendiente de segundo grado para tutelar los derechos e intereses de su abuela vulnerable e incapacitada, o pendiente de ello en proceso de discapacidad.

Y, como señala la mejor doctrina, el acusador particular sería la parte acusadora privada, contingente (dado que su intervención no es necesaria para los fines del proceso penal), que ejercita la acción o acciones penales correspondientes y, si lo estima oportuno, también las acciones civiles derivadas de los delitos en los que ha sido ofendido o perjudicado. El fundamento de esta figura se encuentra en la protección de la víctima del delito.

Y se añade que su fundamento constitucional se encuentra en el art. 24.1 CE, en el derecho a la tutela judicial efectiva. Y aunque no es titular de un derecho subjetivo a que se imponga una pena al delincuente, ya que el titular del ius puniendi es el Estado, ello no es óbice para que tenga legitimación -eso sí, de carácter ordinario- para poder actuar en el proceso penal. Además, si se infringiera ese derecho a poder ejercitar la acción penal podría denunciarlo por la vía del recurso de amparo.

Hay que recordar que la mejor doctrina añade que por supuesto, toda víctima de un delito tiene la consideración de ofendido o perjudicado a efectos de personarse como acusación particular, pero hay ofendidos o



perjudicados por el delito que, sin entrar dentro de la categoría de víctima de acuerdo con la citada Ley 4/2015 de estatuto de víctima del delito, también pueden ejercer la acción penal. El ofendido por el delito puede adquirir la condición de acusador particular personándose en el proceso, es decir, compareciendo en él. Esto lo puede hacer mediante querrela ( art. 270 LECr) en el proceso por delitos graves y mediante querrela o con la presentación de un simple escrito de personación en el procedimiento abreviado ( art. 761.2.º LECr). La LECr prevé también la posibilidad de mostrarse parte mediante el ofrecimiento de acciones del art. 109 LECr.

Importante también es a los efectos que ahora nos ocupa de llevar a cabo una interpretación extensiva para habilitar la legitimación como acusación particular en casos como el presente, la referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder (Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU, de 29 de noviembre de 1985), en un afán proteccionista sin duda, ofrece un concepto de víctima muy amplio al decir que:

"A. Las víctimas de los delitos.

1. Se entenderán por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre perpetrador y víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social e impedimento físico".

Además, la Sociedad Española de Victimología se refiere a la víctima como "toda persona que haya sufrido personalmente, de modo directo o indirecto, las consecuencias de un hecho delictivo, haya sido declarada formalmente o no como tal la existencia del mismo por parte de un órgano jurisdiccional".

Si restringiéramos en casos como el que aquí nos ocupa la legitimación de la acusación particular de los descendientes de segundo grado en casos de delitos de apropiación indebida cometidos por una hija respecto al dinero que en las cuentas corrientes tiene su madre con fin apropiativo, como en este caso consta, abriríamos la puerta a la victimización secundaria del propio sujeto pasivo del delito cuando este es vulnerable para poder ser consciente de lo que estaba ocurriendo y sin posibilidad de proteger su propio patrimonio y desapoderándole de unos fondos que le son todavía más necesarios para garantizar su subsistencia si sus descendientes directos con firma autorizada se apropian de los saldos de las cuentas corrientes.

No hay que olvidar, también, que en el tema que hemos analizado de reconocer legitimación como acusación particular al descendiente de segundo grado ante delitos cometidos contra su abuela como víctima vulnerable existen víctimas que, en atención a circunstancias específicas, como pueden ser la edad, situaciones personales o de minusvalía o incapacidad, deben ser objeto de unos tratamientos específicos, dado que se trata de grupos de población más débiles y dependientes. Para identificar a estas víctimas se utiliza el término "víctimas especialmente vulnerables", como en este caso ha ocurrido y ha valorado y admitido el tribunal de instancia y el TSJ, pese a la disidencia valorativa de la recurrente.

Por todo ello, debe confirmarse la legitimación para ejercer la acusación particular que se le confirió al descendiente de segundo grado, como se admitió por el tribunal de instancia y por el TSJ al resolver el recurso de apelación interpuesto.

El motivo se desestima

**TERCERO.- 2.-** Al amparo del art. 852 de la LECr, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

Se queja la recurrente de que "La sentencia objeto de recurso, considera la existencia de prueba de cargo suficiente para justificar la condena de la acusada, vulnerando el principio de la presunción de inocencia de la misma".

Como hemos indicado en la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 499/2021 de 9 Jun. 2021, Rec. 3336/2019 "La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en:





- a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito;
- b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que nos permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas,
- c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba,
- y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado. Estos parámetros, analizados en profundidad, permiten una revisión integral de la sentencia de instancia, garantizando al condenado el ejercicio de su derecho internacionalmente reconocido a la revisión de la sentencia condenatoria por un Tribunal Superior ( Art. 14 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En reiterados pronunciamientos esta Sala viene manteniendo que el juicio sobre la prueba producida en el juicio oral es revisable en casación en lo que concierne a su estructura racional, es decir, en lo que respecta a la observación por parte del Tribunal de las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y los conocimientos científicos.

Pero también es reiterada la doctrina de que, salvo supuestos en que se constate irracionalidad o arbitrariedad, este cauce casacional no está destinado a suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas de manera directa, como las declaraciones testimoniales o las manifestaciones de los imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración del Tribunal sentenciador por la del recurrente o por la de esta Sala, siempre que el Tribunal de Instancia haya dispuesto de prueba de cargo suficiente y válida, y la haya valorado razonablemente.

Es decir, que a esta Sala no le corresponde formar su personal convicción a partir del examen de unas pruebas que no presencié, para a partir de ella confirmar la valoración del Tribunal de instancia en la medida en que ambas sean coincidentes. Lo que ha de examinar es, en primer lugar, si la valoración del Tribunal sentenciador se ha producido a partir de unas pruebas de cargo constitucionalmente obtenidas y legalmente practicadas, y, en segundo lugar, si dicha valoración es homologable por su propia lógica y racionalidad."

Hay que señalar, en primer lugar, que nos encontramos ante sentencia dictada por la Audiencia Provincial recurrida ante el TSJ en virtud de la apelación, por lo que la sentencia objeto de casación es la dictada por el TSJ.

Ante esto, y tras el examen de la valoración probatoria por este último Tribunal hay que señalar que, como ya hemos reflejado en otras ocasiones, (entre otras, Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sentencia 225/2018 de 16 May. 2018, Rec. 10476/2017) la misión de esta Sala casacional frente a las sentencias de los TSJ que resuelven recursos de apelación el recurso de casación se interpone contra la sentencia dictada en apelación, por lo que nuestro control se limita a la corrección de la motivación utilizada en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia para rechazar la violación denunciada en la segunda instancia y que se reproduce en esta sede casacional".

En este caso, cuando se trata del recurso de casación, la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia Provincial ya ha sido previamente revisada por el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación. En consecuencia, ya se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior. De otro lado, la sentencia contra la que se interpone el recurso de casación es la dictada por el Tribunal Superior de Justicia, que no ha presenciado la práctica de la prueba y, por lo tanto, no ha dispuesto de la inmediación que sí ha tenido el Tribunal de instancia. Desde esta perspectiva, el control que corresponde al Tribunal Supremo, cuando se alega vulneración de la presunción de inocencia, se concreta, en realidad, en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas.

En definitiva, se concreta en cuatro puntos:

- a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia de la Audiencia Provincial se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden;



- b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones;
- c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo;
- d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos.

Se queja la recurrente de que se haya declarado una fijación del estado de incapacidad de su madre en el periodo en el que se producen las extracciones de dinero de la cuenta de la misma por la recurrente.

Se cuestiona que la sentencia estableció como hecho probado el estado de vulnerabilidad que, como consecuencia de la demencia senil, presentaba entre los meses de septiembre y noviembre de 2017 D<sup>a</sup> Francisca , con apoyo en un informe médico forense realizado el día 08/02/2021, que no se basó en la exploración de la víctima, y se ha pretendido con ello retrotraer temporalmente la incapacidad declarada en la sentencia de 21 de mayo de 2018, que la sentencia del TSJ del País Vasco ha obviado el informe de la Dra. D<sup>a</sup> Teresa , en el que se indicaba que, a fecha de 3/02/2021, D<sup>a</sup> Francisca era independiente para las actividades básicas de la vida ordinaria, y que se ha ignorado que en el mes de septiembre de 2017 D<sup>a</sup> Francisca otorgó ante Notario un poder a favor de su hija Berta ; Notario que tiene la obligación de realizar las preguntas de rigor para comprobar su estado de salud mental, apreciando que en este caso tenía capacidad para dicho otorgamiento.

El TSJ dio cumplida respuesta a la queja de la recurrente en torno a que la madre de la misma no estaba en situación de incapacidad cuando se producen las extracciones, y señala que:

*"El informe médico forense a que alude la parte recurrente es el de fecha 8 de febrero de 2021 (obrante a los folios 104 y 105 del Rollo de Sala). Las conclusiones de dicho informe son, a juicio del tribunal de instancia, contundentes:*

*"Existe constancia médica desde el 24/05/2017 que Dña. Francisca , de 93 años de edad, presenta una demencia senil. Disponemos de suficientes datos médicos como para poder afirmar que Dña. Francisca , en el período de tiempo comprendido entre febrero y noviembre de 2017, no estaba capacitada para disponer de sus bienes, ni para autorizar a terceros la disposición sobre sus cuentas bancarias; siendo muy bajo el grado de conocimiento y discernimiento de las autorizaciones concedidas a personas de su entorno cercano para disponer de dinero de sus cuentas, con elevado grado de influenciabilidad".*

*En su valoración, señala el tribunal sentenciador que se trata de un informe pericial orientado específicamente al objeto de este procedimiento penal y que las conclusiones son rotundas. Razona, acertadamente, que carece de cualquier relevancia el hecho de que el informe se emitiera sin reconocimiento presencial, de que se tratara de un informe teórico, es más, lo lógico y racional es que haya tenido lugar así, porque, si bien el reconocimiento personal era preceptivo y tenía pleno sentido en el procedimiento de incapacitación, así se efectuó y entonces el perito médico forense estableció idénticas conclusiones, más de tres años después, con una afectación grave constatada médicamente y calificada, como irreversible, lo procedente era afinar las conclusiones revisando toda la constancia existente en el procedimiento y determinando pericialmente la situación existente en el período acotado en los términos de la acusación, sin ser necesario ni relevante, desde luego, el reconocimiento personal. Destaca que trata de un diagnóstico que encaja perfectamente con otro informe médico, de 9 de agosto de 2017, que obra en el procedimiento, en el que se calificaba a Dña. Francisca como una "paciente con demencia senil grado grave". Y concluye, en coincidencia con la misma juzgadora que declaró la incapacidad de Dña. Francisca y con la Sección que se ha ocupado del análisis de las resoluciones interlocutorias en este procedimiento, que esa misma sala enjuiciadora ha podido comprobar el evidente grado de desorientación en la declaración que aparece grabada en las actuaciones y que prestó aquella con fecha 26 de enero de 2018, en la que ni siquiera le constaba que su hija Berta estuviera autorizada en las cuentas bancarias, tratándose la cuestión de la gestión de las cuentas de algo que le era completamente ajeno.*

*Deben compartirse los razonamientos del tribunal de instancia, toda vez que el período objeto de análisis respecto del estado de salud mental de Dña. Francisca es el comprendido entre febrero y noviembre de 2017, de suerte que nada podría aportar un examen personal de Dña. Francisca por parte de la forense en el momento previo a la emisión del informe, fuera ya del período acotado por el Ministerio Fiscal. El informe se atiene a lo dictaminado por el perito médico forense en el informe, de diciembre de 2017, que estableció idénticas conclusiones. Y es igualmente acorde al informe médico, de 9 de agosto de 2017, en el que se calificaba a Dña.*



*Francisca como una "paciente con demencia senil grado grave. El propio tribunal de instancia pudo apreciar en Dña. Francisca un evidente grado de desorientación en la declaración prestada, en 26 de enero de 2018, en la que ni siquiera le constaba que su hija Berta estuviera autorizada en las cuentas bancarias, algo que le era completamente ajeno.*

*Habiendo quedado debidamente probada la vulnerabilidad de Dña. Francisca, el motivo de impugnación se desestima.*

Respecto del apoderamiento supuesto del dinero por parte de Dña. Berta, se argumenta por la recurrente que las cantidades que se dice que se apropió D<sup>a</sup> Berta, correspondientes al período de febrero a junio de 2017, son las cantidades que más alejadas están del reconocimiento del primer forense, en diciembre de 2017, y, por tanto, de cualquier indicio sobre la supuesta vulnerabilidad. Indica que no existe dato que ponga en cuestión la capacidad de Dña. Francisca durante ese período de tiempo, y recuerda que es en agosto cuando se solicita la incapacidad Dña. Francisca, es decir que antes no existe ningún informe médico, ninguna queja, ninguna reclamación a la asistenta social que indique que Dña. Francisca estuviese mal o muy mal. Afirma que, de febrero a junio de 2017, había buena armonía en la familia, comían juntos, vivían todos en la casa de la abuela, y la abuela pagaba todo, comida, luz, agua teléfono. Y los días que iba Berta, lunes martes, lógicamente comía allí, y pagaba también Dña. Francisca. Es una cuestión pacífica porque lo reconoce Dña. Carmen y así lo manifiesta Dña. Berta, su hija, y su yerno. Lo que quiere decir que, si vivían en el piso de la CALLE000 entre 5 y 7 personas, pues estaba también la chica que iba unas horas a limpiar y acudía, también, la hija de Dña. Berta, los gastos corrían siempre por cuenta de la abuela, Dña. Francisca.

*Razona la Audiencia Provincial que las extracciones de efectivo llevadas a cabo por la acusada se efectuaron sin el conocimiento y consentimiento de la titular de la cuenta; que la madre de la acusada estaba aquejada de una demencia senil aguda y padecía por ello un deterioro cognitivo severo que le incapacitaba para prestar un consentimiento válido en relación con las disposiciones efectuadas por su hija en las cuentas bancarias en las que estaba autorizada. Recuerda que por esa razón se incoó un procedimiento judicial de incapacitación, recayendo sentencia, en 21 de mayo de 2018 (folio 407 y ss. de las actuaciones), en la que se declaró su incapacidad en la esfera personal y patrimonial de su vida y, en concreto, para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo y para la gestión y administración de sus bienes y patrimonio, y extendió retroactivamente los efectos de la incapacidad al revocar el poder a favor de la acusada, otorgado por Dña. Francisca, en 19 de septiembre de 2017, ante el Notario, Sr. Ramos Villanueva. Que la decisión que se plasma en dicha sentencia, de 21 de mayo de 2018, se funda en el informe médico forense, practicado en el procedimiento civil de incapacitación y también en la propia exploración por parte de la magistrada que dictó la sentencia y que concluyó que Dña. Francisca se hallaba totalmente desorientada, con un discurso incoherente, no concretando cuestiones personales o próximas en el tiempo, concluyendo que carece de habilidades tanto en aspectos relacionados con su salud como en la esfera patrimonial, estimando que: "[...], nos hallamos ante una persona discapaz, muy vulnerable y susceptible de manipulación". Señala, también, que en el mencionado informe médico forense, de fecha 14 de diciembre de 2017 (folio 67), se concluyó que Dña. Francisca se encontraba afectada por una demencia senil grave e irreversible. Hace referencia al informe solicitado por el Ministerio Fiscal, en relación a la capacidad de Dña. Francisca para disponer de sus bienes, para autorizar a terceros la disposición sobre sus cuentas bancarias, grado de conocimiento y discernimiento del alcance de las autorizaciones concedidas a personas de su entorno cercano para disponer del dinero de sus cuentas, grado de influenciabilidad para realizar operaciones sobre su patrimonio y todo ello con referencia a la evolución de su déficit cognitivo entre el mes de febrero de 2017 y el mes de noviembre de 2017, ambos inclusive. Dicho informe médico forense fue emitido en 8 de febrero de 2021, y se refiere el tribunal de instancia a sus conclusiones como contundentes: "Existe constancia médica desde el 24/05/2017 que D<sup>a</sup> Francisca, de 93 años de edad, presenta una demencia senil. Disponemos de suficientes datos médicos como para poder afirmar que D<sup>a</sup> Francisca, en el período de tiempo comprendido entre febrero y noviembre de 2017, NO ESTABA CAPACITADA para disponer de sus bienes, ni para autorizar a terceros la disposición sobre sus cuentas bancarias; siendo MUY BAJO el grado de conocimiento y discernimiento de las autorizaciones concedidas a personas de su entorno cercano para disponer del dinero de sus cuentas, con ELEVADO grado de influenciabilidad".*

*De igual modo, el tribunal sentenciador dio respuesta a la alegación que planteó la defensa y que ahora reproduce en apelación, de que era Dña. Francisca la que hacía frente a todos los gastos de la casa, poniendo de relieve la falta absoluta de cualquier prueba consistente en este sentido y que las extracciones en cuestión no tienen ninguna relación con los gastos ordinarios ni extraordinarios de Dña. Francisca, ni tampoco de ninguno de sus familiares; entiende, asimismo, que no está acreditada, ni tampoco ha llegado siquiera a alegarse con un mínimo de concreción, la utilización de cantidades tan significativas de dinero como las de los reintegros en metálico para hacer frente a alguna necesidad concreta de la titular de la cuenta; señala que tal y como la acusada ha indicado en la vista oral y puede perfectamente comprobarse con el examen del extracto obrante en autos, era en la cuenta de Kutxabank donde se cargaban los gastos propios de la casa. También, se obtenían de esta cuenta reintegros*



en metálico por pequeñas cantidades, que es de suponer que se destinarían a cubrir las necesidades diarias de la titular y que nada tienen que ver con las significativas extracciones del Banco Popular. Y termina declarando que, de ningún modo, puede admitirse que los gastos, ordinarios o no, a los que se refiere la acusada, precisaran de las extracciones de tan relevantes cantidades de dinero en los meses de junio, julio, agosto, septiembre y noviembre. Estas cantidades se sacaron y se incorporaron al patrimonio de la acusada.

A las razones expuestas, que este tribunal de apelación comparte por ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de experiencia y conocimiento, debe añadirse que consta en el procedimiento de modificación de la capacidad de Dña. Francisca informe de Osakidetza, de 9 de agosto de 2017, en el que, entre otros extremos, se hace constar, como antecedentes médicos, demencia senil, con fecha de inicio 1/05/2017, y dictamina, a la vista del cuadro médico, en su impresión médica, demencia senil grado grave. Es así que a la avanzada edad de Dña. Francisca, afectada de las múltiples dolencias que aquel informe médico consigna, se suma la demencia senil grave, enfermedad que, como se sabe, no cursa súbitamente, sino que se manifiesta a lo largo de un proceso evolutivo y, en este caso, irreversible, con independencia de esporádicos momentos de lucidez. Igualmente concluyente resulta el informe médico forense, de 14 de diciembre de 2017, que, entre otros extremos, destaca que la paciente, Dña. Francisca, se muestra desorientada en parámetros temporales, espaciales; presenta déficit de memoria; no puede concretar cuestiones personales o próximas en el tiempo; no realiza prácticas habituales de control o manejo de dinero, falta de precisión y de dominio del valor de las cosas; no sabe cuánto cobra de pensión; no tiene habilidades de la vida independiente de autocuidado o instrumentales cotidianas; no presenta habilidades económicas-jurídico-administrativas; no tiene conocimiento de su situación económica; no tiene capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, de sus gastos; no tiene capacidad para otorgar poderes a favor de terceros, ni para realizar disposiciones testamentarias, ni para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

Ha de admitirse, entonces, con la sentencia apelada, que Dña. Francisca carecía de capacidad para conocer, controlar y disponer de las sumas depositadas en las cuentas bancarias de las que era titular y que fueron objeto de las extracciones enjuiciadas, colocándole dicha incapacidad en un estado de elevada vulnerabilidad.

Ante la sentencia del TSJ, que efectúa un análisis de la racionalidad de la valoración probatoria por parte del tribunal de instancia hay que recordar los siguientes aspectos, que es preciso destacar:

1.- En primer lugar que, aunque la parte recurrente resta validez probatoria al informe médico forense, consta perfecta y adecuada explicación de que, por parte de un experto en la materia, se efectúa un análisis para concluir la situación de demencia senil de la madre de la recurrente en el periodo comprendido entre febrero y noviembre de 2017, en la que no estaba capacitada para disponer de sus bienes, ni para realizar autorización de disposición en sus cuentas bancarias, pese al distinto parecer valorativo de la recurrente.

Hay que hacer notar que nos encontramos ante una prueba pericial forense a la que no se le debe restar su validez, como directamente plantea la recurrente por la razón de no favorecer sus tesis este informe y las conclusiones que en el mismo se contienen. Es un informe pericial realizado por un experto en este tipo de valoraciones. No se trata de un "informe teórico", sino de una pericial emitida por experto en la materia y valorada tanto por el tribunal de instancia, como por el TSJ en orden a admitir las conclusiones emitidas en el informe, pero de las que discrepa la recurrente. Y la circunstancia de que no se tenga en cuenta el informe médico que refiere la recurrente de Teresa no desnaturaliza la validez de las conclusiones, ya que nos encontramos ante una pericial y es misión del tribunal proceder a su valoración, como ha hecho y del TSJ su revisión valorativa, que ha confirmado igualmente de forma motivada, que es lo que se debe analizar en esta sede casacional.

2.- Se refiere por parte del TSJ la correspondencia del informe forense con informes previos médicos que constaban en las actuaciones y que fueron conocidos por el forense a la hora de realizar su pericia, lo que ha sido debidamente valorado por el tribunal de instancia y comprobado por el TSJ en su análisis de racionalidad de la valoración probatoria, pese a la queja el recurrente, con lo que se concluye la vulnerabilidad de la víctima en el periodo de las extracciones bancarias por la recurrente.

3.- Se concluye que las extracciones de efectivo se hicieron sin el conocimiento y consentimiento de la titular de la de la cuenta que está afectada por una demencia senil como resultado de la prueba practicada debidamente valorada y, además, que por esta razón es por lo que se inicia un procedimiento judicial de incapacitación, aunque la sentencia ya es posterior, obviamente, de mayo del 2018, en la que ya se declara su incapacidad, pero por hechos precedentes, que son los que motivan el procedimiento judicial de incapacitación previo precisamente. Nótese que consta en los hechos probados que "con fecha 7 de septiembre de 2017 se interpuso por el Ministerio Fiscal demanda de incapacitación, dictándose inicialmente por el Juzgado de Primera Instancia





14 de Bilbao un auto de 26 de octubre de 2017 acordando como medida cautelar el nombramiento de D<sup>a</sup> Carmen como administradora provisional de los bienes de D<sup>a</sup> Francisca".

4.- Y la circunstancia de que se procede a revocar el poder a favor de la recurrente otorgado por su madre el 19 de septiembre de 2017 es un dato que no opera, precisamente, a favor de la recurrente, además de la contundencia del informe forense al respecto en ese periodo.

5.- Se descarta también por el TSJ el alegato referido a que fuera la recurrente, la que efectuaba los gastos de la casa ante las cantidades y los periodos en que se producen las extracciones.

6.- Se insiste por el TSJ en que consta en el procedimiento de incapacidad informe de 9 de agosto de 2017, en el que se hace constar como antecedentes médicos demencia senil con fecha de inicio en mayo de 2017, cuando ya se están produciendo las extracciones con demencia senil de grado grave.

7.- Respecto a las dos extracciones que suman 33.000 euros se destaca por el TSJ que "Los razonamientos del tribunal de instancia merecen ser acogidos por la consistente prueba en la que se sustentan -la propia declaración de la acusada, su comportamiento pasivo respecto de la supuesta desaparición de los 33.000 euros de la cuenta por ella controlada, el deteriorado estado de salud mental de su madre, única titular, además de la acusada, de dicha cuenta, por la lógica irrefutable de las inferencias que deduce del material probatorio".

Es decir, están en el proceso de extracción que llevó a cabo la recurrente en el mismo iter procedimental y con la extraordinaria "periodicidad" con la que llevaba a cabo las extracciones y sin justificación alguna de la relevancia de los importes que se sacaban.

Pero es que, además, de forma consistente señala el tribunal de instancia que:

"Las dos extracciones indicadas se enmarcan en una secuencia de movimientos anteriores y posteriores que la propia acusada asume y, además, se sitúan temporalmente en un momento clave, cuando, como indicaremos, -la acusada fue conocedora del inicio por su sobrina de los trámites para la incapacitación de Francisca, hecho que desencadenó una reacción abiertamente hostil por parte de la acusada, resultando elocuente que prácticamente la mitad del dinero se sacó el mes de septiembre, mes siguiente al de los trámites ante la Fiscalía."

8.- Contundente es el pronunciamiento del tribunal de instancia en cuanto a la valoración probatoria al reseñar también que:

"Las extracciones de efectivo llevadas a cabo por la acusada se efectuaron sin el conocimiento y consentimiento de la titular de la cuenta. La madre de la acusada, Francisca, estaba aquejada de una demencia senil aguda y padecía por ello un deterioro cognitivo severo que le incapacitaba para prestar un consentimiento válido en relación con las disposiciones efectuadas por su hija en las cuentas bancarias en las que estaba autorizada.

Por esa razón se incoó un procedimiento judicial de incapacitación en el que recayó sentencia de 21 de mayo de 2018 (folio 407 y ss. de las actuaciones) en la que se declaró su incapacidad en la esfera personal y patrimonial de su vida y, en concreto, para celebrar contratos y negocios jurídicos de cualquier tipo y para la gestión y administración de sus bienes y patrimonio. La propia sentencia extendió retroactivamente los efectos de la incapacidad al revocar el poder a favor de la acusada otorgado por D<sup>a</sup> Francisca con fecha 19 de septiembre de 2017 ante el Notario Sr. Ramos Villanueva"

9.- Y, por último, hay un tema concluyente, como es el que indica el tribunal de instancia al referirse a que:

"Su actuación, además, en absoluto cuadra con lo que dice. De haber sido cierta esta explicación, lo lógico habría sido traspasar el saldo a una cuenta en otra entidad abierta a nombre de D<sup>a</sup> Francisca como la anterior que pudiera cumplir con la misma función de dedicación a inversiones o a cubrir; como se dice, algún gasto extraordinario.

El dinero, hasta la cantidad total indicada, desapareció, lisa y llanamente, de las dos cuentas bancarias por la acción de la acusada, sin que nada se supiera de él, sin que se haya conocido nunca dónde se llevó, si se guardó el metálico que se sacó o se ingresó en otras cuentas bancarias, y sin que conste su utilización para hacer frente a algún gasto o necesidad de la titular de la cuenta Francisca.

No contamos con ningún elemento de prueba, ni tampoco se ha alegado nada, en realidad, sobre la utilización concreta de una cantidad para sufragar un determinado gasto. Todo son alegaciones genéricas."

Si se revisan las extracciones, fechas y cuantías apropiadas se evidencia la inferencia del fin apropiativo con absoluta claridad, como consta en los hechos probados. Veamos:



La acusada, con fecha 9 de noviembre de 2017, retiró en metálico la cantidad de 6.000 euros de la cuenta de KUTXABANK indicada y llevó a cabo los siguientes reintegros en metálico de la cuenta del BANCO POPULAR indicada:

- El 20 de febrero de 2017, la cantidad de 1.500 euros.
- El 28 de abril de 2017, la cantidad de 1.000 euros.
- El 23 de mayo de 2017, la cantidad de 500 euros.
- El 8 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 13 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 16 de junio de 2017, la cantidad de 1.000 euros.
- El 6 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 7 de julio de 2017, la cantidad de 2.000 euros.
- El 31 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 22 de agosto de 2017, la cantidad de 4.000 euros.
- El 1 de septiembre de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 6 de septiembre de 2017, la cantidad de 30.000 euros.
- El 29 de septiembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros.
- El 2 de noviembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros.
- El 10 de noviembre de 2017, la cantidad de 10.000 euros.
- El 13 de noviembre de 2017, la cantidad de 2.308,70 euros.

Y se añade en cuanto al destino con fin de lucro de la recurrente que:

"Las extracciones de las que aquí nos ocupamos no tienen ninguna relación con los gastos ordinarios ni extraordinarios de Da Francisca ni tampoco de ninguno de sus familiares. Ni está acreditado ni tampoco ha llegado siquiera a alegarse con un mínimo de concreción la utilización de cantidades tan significativas de dinero como las de los reintegros en metálico para hacer frente a alguna necesidad concreta de la titular de la cuenta."

De esta manera, de la prueba valorada por el tribunal de instancia y revisada por el TSJ se obtienen como conclusiones que:

- 1.- Los importes extraídos que constan en los hechos probados se producen en un periodo de tiempo que se puede denominar como "coincidente" con la situación de la madre de la recurrente en la que no era consciente y capaz para poder manejar sus actos dispositivos. Y existe prueba de ello reflejada que lleva al tribunal de instancia y al TSJ a concluir que las extracciones se llevan a cabo "aprovechando" la recurrente de la posición mental de su madre.
- 2.- Existe una coincidencia temporal y periódica de las extracciones.
- 3.- Las cantidades son relevantes y con claro fin apropiativo dado el importe y periodicidad con que se sacó todo el dinero en un corto periodo de tiempo.
- 4.- No existe justificación alguna del destino del dinero, ni que fuera a cubrir gastos. Además, se extrajo el dinero en sumas relevantes para agotar el saldo.
- 5.- Todo ello coincide con una relación temporal en el que estaba tramitando la incapacidad de la madre y ante una demanda de incapacidad sobre la madre de la recurrente instada en la fiscalía.
- 6.- Hay un dato elocuente, como es que mientras que en los primeros meses desde Febrero de 2017 las extracciones fueron más bajas, es a partir de instarse la incapacidad de su madre en la fiscalía en Septiembre cuando se empiezan a producir las extracciones más elevadas ante la posibilidad de que perdiera el control de la firma y las autorizaciones, por lo que la inferencia del fin apropiativo resulta evidente al producirse en ese periodo las extracciones relevantes para el agotamiento del fondo económico.
- 7.- Pese a la distinta valoración de la recurrente la inferencia de que al momento de las extracciones no existió autorización de su madre, y que ésta no se encontraba mentalmente hábil para saber y conocer lo que estaba haciendo su hija con su dinero era evidente. No existía autorización expresa para sacar el dinero de su cuenta y



agotarlo, no se abrió otra cuenta en otra entidad bancaria a nombre de la madre, o conjuntamente. Simplemente se le arrebató el dinero y se lo queda la recurrente, aunque más tarde a la vista de lo ocurrido devuelve 64.000 euros, operando una atenuante de reparación del daño, pero que no puede operar como una exención, sino como lo que es, una atenuante simple.

Por todo ello, existe prueba suficiente acerca de que las extracciones se llevan a cabo por la recurrente en aprovechamiento del estado de su madre y en su claro perjuicio, y beneficio de la recurrente que termina por devolver una cantidad de la que había retirado en el periodo que consta en los hechos probados, y, finalmente, devuelve 64.000 euros por lo que se le aplica la atenuante de reparación del daño con efecto en la pena impuesta.

Hay que concluir que no puede convertirse el alegato ex art. 5.4 LOPJ y 852 LECRIM como una vía para poner encima de la *mesa casacional* una "tercera revisión de la valoración probatoria", solicitando al tribunal de casación que "vuelva a valorar lo ya valorado" y en atención al enfoque personalizado que realiza el recurrente al cuestionar que se ha vulnerado la presunción de inocencia.

Por ello, la vía de la pretendida vulneración de la presunción de inocencia no puede convertirse en un escenario para realizar una exposición de cuál fue la prueba que se practicó y cuál fue la valoración probatoria que se debía haber realizado, tanto por el Tribunal de instancia, como en el proceso de apelación ante el TSJ.

Y suele ser práctica habitual, como en este caso concurre, que el recurrente cita cuál es la prueba que se ha practicado y lo que se cuestiona veladamente es el resultado valorativo cuando nos movemos ya en sede casacional y el tribunal de enjuiciamiento citó la prueba practicada y la valoró. Y este proceso fue objeto de apelación ante el TSJ, y éste, a su vez, lo analizó debidamente y rechazó que se hubiera vulnerado la presunción de inocencia, motivando debidamente que la explicación que ha dado el tribunal de instancia es correcta, tanto en el análisis de la valoración de la declaración de la víctima, como del resto de prueba tenida en cuenta para entender que existe la suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia.

Por ello, la oposición a la valoración no tiene cabida en un escenario donde el motivo casacional está más basado en la "disidencia" y en que se "sustituya" la valoración de la prueba llevada a cabo por dos tribunales por la que expone el recurrente, aunque lo sea de forma detallada y llegar a un resultado valorativo distinto, ya que ello supone el proceso de *pretensión de sustitución de una valoración de los tribunales por la del recurrente*.

Pues bien, ello no supone que se ha vulnerado la presunción de inocencia, sino que solicita una *revisión íntegra* del resultado valorativo por el personal. Y, en definitiva, lleva consigo una reclamación "de lo que se debía haber valorado" con lo mismo que se dijo y expuso el día del juicio.

El motivo se desestima

**CUARTO.-** 3.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por aplicación indebida del art. 253.1 y 250.1.5ª del CP, en relación con el art. 74 del mismo texto.

Se vuelve a insistir sobre la capacidad de la madre de la recurrente al momento de los hechos, cuestión que ya ha sido resuelta en el fundamento anterior y a lo que nos remitimos, por lo que se rechaza el argumento de las dudas sobre la capacidad en ese momento en que se producen las extracciones, donde la madre de la recurrente no podía gestionar ni saber lo que estaba ocurriendo.

La escueta referencia en el motivo a las razones por las que realiza la impugnación por error iuris deben dar lugar a la desestimación, habida cuenta que si se lleva a cabo ex art. 849.1 LECRIM los hechos probados determinan la subsunción de los mismos en el tipo penal por el que se le ha condenado, que es el de delito continuado de apropiación indebida de los artículos 253.1 y 250.1-5 0 en relación con el artículo 74 del Código Penal.

Nada refiere la recurrente respecto al proceso de subsunción de los hechos en el tipo penal de apropiación indebida. La recurrente se apropia de la cantidad que consta en los hechos probados para sí. No los toma para abrir otra cuenta para la madre con su firma. Simplemente se los apropia sin retorno y sin interés de devolverlo o dedicarlo a fines de ayuda a su madre. Se los queda y las cantidades son elevadas en cada acto, y las mayores coinciden con la tramitación de la incapacidad de su madre.

Con respecto al delito de apropiación indebida ya exponemos en la Sentencia del Tribunal Supremo 375/2020 de 8 Jul. 2020, Rec. 4186/2018 que:

"Con respecto a los requisitos de la apropiación indebida recordar que esta Sala del Tribunal Supremo señaló en Sentencia 103/2020 de 10 Mar. 2020, Rec. 2415/2018 que:

"Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo



en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida no se comete con la desviación orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia (entre otras STS 622/2013, de 9 de julio).

Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del autor, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

... Existe, además, el ánimo de apropiación definitiva, ya que retiene la suma declarada probada y es condenado al pago de la responsabilidad civil.

Respecto de los elementos del delito de apropiación indebida debemos considerar que el perjuicio es uno de ellos, pero veamos la relación de los concurrentes que se dan en el presente caso.

#### 1.- *La quiebra de la lealtad.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

#### 2.- *La quiebra del destino al bien.*

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el autor no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

#### 3.- *El ataque patrimonial.*

En la apropiación indebida el desplazamiento tiene su origen en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

#### 4.- *La forma de recibir el dinero o bien. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.*

En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí correcta pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

#### 5.- *El dolo.*

En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe, o bien sin engaño antecedente.

#### 6.- *La acción desplegada.*

En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

#### 7.- *La deslealtad.*

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito.





### 8.- El perjuicio.

El perjuicio de otro es evidente en el delito de apropiación indebida cuando existe esa obligación de devolver el dinero, o el bien, a la persona que entregó en cualquiera de los títulos exigidos en el tipo penal y el obligado a la devolución no lo hace, con lo cual el perjuicio tiene un reflejo y se transmuta de forma económica por la no devolución del bien o importe al titular del mismo que tenía facultad de recepción por la obligación de devolución del obligado a llevarlo a cabo, y que con su incumplimiento provoca el perjuicio en tercero y el beneficio propio.

Resulta evidente la concurrencia de todos ellos en el presente caso. Hay apropiación, y ello es un hecho evidente con respecto a las cantidades fijadas en los hechos probados y hay perjuicio porque, salvo los 64.000 euros luego devueltos y que operan la atenuante de reparación del daño, no se ha devuelto las sumas al perjudicado, pese a los alegatos del recurrente que pretenden distraer la realidad de lo acontecido con otros operativos, y que se insiste en la capacidad de la madre que se ha descartado por la inferencia del tribunal y su validez por el TSJ.

El motivo se desestima

**QUINTO.-** 4.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 268 del CP.

Se considera por la recurrente infringido este precepto, porque no consta la situación de vulnerabilidad de D<sup>a</sup> Francisca y porque no consta acreditado si la recurrente se aprovechó en beneficio propio, pues se ha demostrado que es la persona que se encarga del cuidado de su madre en todos los aspectos.

Pero este motivo, igual que antes se ha reflejado, no respeta el hecho probado en el que se precisa que aprovechándose de la circunstancia de figurar como autorizada en las cuentas titularidad de su madre y sin causa justificada, "la acusada, con ánimo de enriquecimiento ilícito, extrajo de dichas cuentas, mediante reintegros en metálico, la suma total de 107.308,70 euros, haciéndolo con el conocimiento de que su madre carecía de capacidad para consentir expresa o tácitamente dichos reintegros al encontrarse afectada de demencia senil ya en ese año".

Señala la doctrina que la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, que reformaba el Código penal y, entre otros, modificó la redacción del art. 268 CP, al añadir el "...abuso de vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad".

La cuestión radica en qué debe considerarse por vulnerabilidad. En este sentido, indica el DRAE que "vulnerabilidad" significa "cualidad de vulnerable". Y señala a su vez el Diccionario Jurídico de la RAE que "vulnerable" significa "Que con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente. Los niños y los ancianos son considerados poblaciones vulnerables". En este caso resultó evidente la situación de vulnerabilidad de la víctima que era la madre, como sujeto pasivo del delito, pese a la distinta valoración de la recurrente.

Además, se añade que para considerar la aplicación de la vulnerabilidad, y por ende no aplicar esta excusa absolutoria se exige:

- a) El delito cometido debe guardar una relación o existir un nexo causal entre la vulnerabilidad y el fin delictivo, o suponer ésta una facilidad para su aseguramiento y comisión.
- b) La existencia de una patología clínica, aun cuando no se encuentre debidamente diagnosticada, excluyéndose aquellos casos en que dicha vulnerabilidad sea mínima o insuficiente para la producción del delito concreto en correlación con el apartado anterior. Ello requiere de la determinación, pericia y colaboración del médico forense, junto con la valoración del resto de prueba que deberá practicarse en el plenario.

Ello concurre en este caso donde era evidente la vulnerabilidad de la madre de la recurrente que de ninguna manera podría conocer e impedir lo que la recurrente estaba haciendo, dado su estado.

Además, la madre no ha ejercitado acción penal alguna, sino el Fiscal, y la nieta de la víctima. No existe aplicación de la excusa absolutoria en modo alguno, y en cualquier caso, pese a la disidencia valorativa acerca de la vulnerabilidad de la madre de la recurrente se trata de un punto ya analizado debidamente, en cuanto a la prueba concluyente que lleva a la convicción del tribunal de que en el periodo en el que se producen las extracciones la ausencia de la madre para discernir y tomar decisiones era evidente, como resulta del informe forense, porque pese a que difiere la recurrente de esta valoración está suficientemente argumentada la viabilidad de su aceptación en cuanto a sus conclusiones acerca del estado mental de la madre por el tribunal de instancia y su revisión por el TSJ.

Recuerda, además, el TSJ sobre la valoración de la prueba del tribunal de instancia en cuanto a los gastos que alega la recurrente que:



*"Son irrelevantes los documentos aportados por la defensa al inicio de la vista oral, referidos a gastos originados por la asistencia o manutención de Dña. Francisca , o ingresos que le han sido efectuados en una fecha muy posterior a la de los hechos. En conclusión, declara que la prueba practicada acredita el apoderamiento por parte de la acusada de la cantidad total de 107.308,70 euros y la posterior devolución, una vez incoado el procedimiento penal, de 64.000 euros.*

*Nada de lo que alega la recurrente en relación con esta cuestión cuenta con respaldo probatorio, tampoco con lógica argumental que haga verosímil su versión de los hechos, pues siendo únicas titulares de las cuentas, de Kutxabank y del Banco Popular, vaciadas Dña. Francisca y la propia acusada, ningún riesgo justificado corría el patrimonio dinerario de la primera manteniéndolo donde estaba, de no haberse realizado las extracciones por la segunda hasta dejar las cuentas a cero. Debe, por tanto, aceptarse la conclusión que, sobre el apoderamiento de las sumas extraídas de las indicadas cuentas, alcanza el tribunal de instancia."*

Las alegaciones efectuadas en el motivo no entran en el contexto de la vía del motivo utilizado de error iuris en relación con el art. 268 CP.

El motivo se desestima

**SEXTO.-** 5.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 116 del CP, en relación con los arts. 110 y siguientes del mismo texto.

Considera que no procede pronunciamiento alguno en materia de responsabilidad civil, porque como se ha acreditado el dinero se extrajo en beneficio de la familia.

Este motivo no fue planteado en el recurso de apelación, por lo que se trata de "cuestión nueva" "per saltum" descartable e inadmisibile de plano en un recurso de casación.

En cualquier caso, la referencia a la legitimación de la acusación particular ya ha sido tratada en el FD nº 2 de la presente resolución, y la fijación de la responsabilidad civil supone una sencilla operación de fijar las cantidades sustraídas, y las devueltas, operando la atenuante de reparación del daño, para fijar el resultado del quantum final a devolver.

Por ello, en la sentencia del tribunal de instancia se recoge en el FD nº 6 que:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 109 del Código Penal, la acusada habrá de proceder a la reparación del daño causado indemnizando a D<sup>a</sup> Francisca en la cantidad de 43.308,70 euros."

Ello se produce después de fijar las sumas apropiadas que constan en los hechos probados y descontar los 64.000 euros devueltos.

Nótese que consta en los hechos probados que:

"En el año 2017 la acusada Berta ostentaba la cualidad de autorizada en dos cuentas bancarias de titularidad de su madre Francisca , una en el BANCO POPULAR con número NUM000 , respecto de la cual la acusada figuraba en aquella condición desde el 12 de julio de 2016 y la otra en la entidad KUTXABANK con número NUM001 en la cual figuró asimismo como autorizada desde el 11 de noviembre de 2014 hasta el 9 de noviembre de 2017.

Aprovechando dicha circunstancia y sin causa justificada alguna, la acusada, con ánimo de enriquecimiento ilícito, extrajo de dichas cuentas, mediante reintegros en metálico, la suma total de 107.308,70 euros, haciéndolo con el conocimiento de que su madre carecía de capacidad para consentir expresa o tácitamente dichos reintegros al encontrarse afectada de demencia senil ya en ese año".

Respecto a la identificación de la autoría de las dos extracciones que suman 33.000 euros señala el tribunal de instancia que:

"Resultando de todo punto inconsistente concebir siquiera la hipótesis según la cual desaparecieron antes 33.000 euros de la cuenta desconociéndose cómo y sin que ninguna averiguación efectuara la acusada y sin que presentara ninguna denuncia por la desaparición de esa suma de la cuenta de su madre, pues resulta igualmente inconcebible, en vista de lo que a continuación se argumentará, que su madre, titular de la cuenta, la otra persona facultada para cualquier movimiento en la cuenta (en el período concernido eran las dos únicas personas con capacidad de operar sobre la cuenta), se encontrara capacitada para llevar a cabo las gestiones tendentes a efectuar una extracción en efectivo de hasta 30.000 euros con los responsables de la entidad bancaria.

Las dos extracciones indicadas se enmarcan en una secuencia de movimientos anteriores y posteriores que la propia acusada asume y, además, se sitúan temporalmente en un momento clave, cuando, como indicaremos, -la acusada fue conocedora del inicio por su sobrina de los trámites para la incapacitación de Francisca -,



hecho que desencadenó una reacción abiertamente hostil por parte de la acusada, resultando elocuente que prácticamente la mitad del dinero se sacó el mes de septiembre, mes siguiente al de los trámites ante la Fiscalía.

Insistimos, pretender desvincularse de estos dos movimientos por el simple hecho de que no aparezca identificado en las referencias de las extracciones el nombre de la acusada resulta absolutamente inconsistente."

Hay que destacar que el iter apropiativo de la recurrente probado fue el siguiente:

- El 20 de febrero de 2017, la cantidad de 1.500 euros.
- El 28 de abril de 2017, la cantidad de 1.000 euros.
- El 23 de mayo de 2017, la cantidad de 500 euros.
- El 8 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 13 de junio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 16 de junio de 2017, la cantidad de 1.000 euros.
- El 6 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 7 de julio de 2017, la cantidad de 2.000 euros.
- El 31 de julio de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 22 de agosto de 2017, la cantidad de 4.000 euros.
- El 1 de septiembre de 2017, la cantidad de 3.000 euros.
- El 6 de septiembre de 2017, la cantidad de 30.000 euros.
- El 29 de septiembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros.
- El 2 de noviembre de 2017, la cantidad de 20.000 euros.
- El 10 de noviembre de 2017, la cantidad de 10.000 euros.
- El 13 de noviembre de 2017, la cantidad de 2.308,70 euros.

Resulta evidente la conclusión del tribunal de la autoría en un desarrollo de la extracción de los 33.000 euros en la misma secuencia temporal de las anteriores y posteriores, y, como señala el tribunal, siendo extraño que de haberlo extraído alguien sin firma reconocida el banco no lo hubiera entregado, o, al menos, ella lo hubiera denunciado.

Además, la recurrente no puede atribuirse que por la condición de tutora adquirida en Mayo de 2018 no existe la posibilidad de que el Fiscal pueda perseguir penalmente las ilicitudes que haya cometido como así consta en el periodo de las extracciones en el año 2017 para proteger el patrimonio de la persona de la madre de la recurrente para recuperar lo indebidamente sustraído por la recurrente, como consta en el listado de extracciones y para poder atender sus necesidades, sobre todo en el momento de su vida que más lo necesita por su estado de incapacidad, pese a lo cual se producen los actos apropiativos de dinero.

No puede obviarse la legitimación del fiscal para reclamar la responsabilidad civil dimanante del delito para lograr la íntegra devolución de las cantidades apropiadas por la recurrente y no tan solo la que haya devuelto, como las 64.000 euros que se han descontado de las que extrajo, dejando el resto a devolver como condena de responsabilidad civil para que la madre de la recurrente pueda recuperar todas las cantidades que le pertenecen, y, como decimos, en el momento de su vida que más lo necesita.

Pero es, además, hay que hacer constar que la madre de la recurrente no solo se ha encontrado en una situación de *vulnerabilidad personal* por su estado mental, que le impidió conocer lo que estaba pasando, sino que a raíz de las sustracciones de dinero de su cuenta por su madre se encuentra en una situación de *vulnerabilidad económica* derivado de las apropiaciones llevadas a cabo por la recurrente, y en un momento de su vida que es el que más necesita de sus ahorros, y en el que se le han apropiado los importes que constan en los hechos probados, y sin que esas extracciones fueran para abrir otra cuenta a su nombre, sino simplemente a desapoderarle de su dinero, dejándole sin disponibilidad económica, pese a su estado de salud, y pese a que de esta valoración que llevó a cabo el tribunal de instancia y el TSJ discrepe la recurrente.

Pero es que, además, señala el Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, en Sentencia 572/2019, de 25 de noviembre, Rec. 2158/2018, que:



"La comisión de un hecho delictivo hace surgir la correspondiente acción para exigir la responsabilidad penal, pero también puede dar lugar a la acción civil derivada del delito. El responsable civil es la persona que deberá hacer frente a la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios ( art. 110 del Código Penal). Esta acumulación de las dos acciones en un mismo proceso constituye una peculiaridad de nuestro sistema procesal penal, aunque el perjudicado puede renunciar o reservarse el ejercicio de la acción civil ya que en la materia rige el principio dispositivo.

La responsabilidad civil debe declararse en la sentencia penal por la que se condena a una persona como responsable criminalmente de un delito, siempre que la comisión del delito origine tal responsabilidad civil y siempre que hubiese mediado petición expresa de parte".

El motivo se desestima.

**SÉPTIMO.-** 6.- Al amparo del art. 849.2 de la LECR, por error de hecho en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador.

Señala como documento el oficio del Banco Popular (f. 289) en el que consta que en el extracto de los movimientos de la cuenta no aparece el nombre de la acusada en los reintegros de fecha 1 y 6 de septiembre de 2017 por importe, respectivamente, de 3.000 y 30.000 euros.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en el FD nº 6 al que nos remitimos. Consta probado que la extracción de los 33.000 euros en dos momentos lo realiza la recurrente. Es correcto el proceso de inferencia llevado a cabo por el tribunal de instancia y el TSJ en este punto.

El motivo se desestima.

**OCTAVO.-** 7.- Al amparo del art. 849.1 de la LECR, por infracción del art. 123 del CP, en relación con el art. 240 de la LECR.

Reclama que sea suprimida la condena en las costas de la acusación particular, por su falta de legitimación. No obstante, dado que se ha desestimado el primer motivo, ello determina la desestimación del presente. Las costas deben imponerse ante la actuación de la acusación particular.

Por lo que se refiere a las costas de la acusación particular, la doctrina reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo es, como recuerda la STS 605/2017, de 5 de septiembre, entender que "rige la "procedencia intrínseca" de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones no aceptadas y absolutamente heterogéneas con las del Ministerio Fiscal y con las acogidas por el Tribunal, de las que se separa cualitativamente, evidenciándose además como inviables, extrañas o perturbadoras ( SSTS 147/2009, de 12 de febrero; 381/2009, de 14 de abril; 716/2009, de 2 de julio; y 773/2009, de 12 de julio). De modo que sólo es exigible una motivación expresa en este punto cuando el juzgador encuentre razones para apartarse del criterio general que es precisamente el de la imposición al condenado de las costas de la acusación particular ( SSTS 223/2008, de 7 de mayo; 750/2008, de 12 de noviembre; 375/08, de 25 de junio; 203/2009, de 11 de febrero; y 474/2016, de 2 de junio)".

El motivo se desestima.

**NOVENO.-** Desestimándose el recurso, las costas se imponen a la recurrente ( art. 901 LECrim).

## FALLO

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

**DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la representación de la acusada Berta , contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 21 de junio de 2021, que desestimó el recurso de apelación formulado por la representación de la citada recurrente, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 17 de marzo de 2021, que le condenó por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicha recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución al mencionado Tribunal Superior de Justicia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet

Susana Polo García Eduardo de Porres Ortiz de Urbina