

Roj: **STS 1858/2014 - ECLI:ES:TS:2014:1858**Id Cendoj: **28079120012014100351**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/04/2014**Nº de Recurso: **1547/2013**Nº de Resolución: **355/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STS 1858/2014,**
SAP BI 1919/2013

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil catorce.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por la representación legal de los acusados Luis Enrique y Andrea , contra Sentencia núm. 32/2013, de 20 de marzo de 2013, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizcaia, dictada en el Rollo de Sala núm. 93/11 dimanante del P.A. núm. 26/09 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Getxo, seguido por delito de apropiación indebida contra dichos recurrentes; los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Julian Sanchez Melgar; siendo parte el Ministerio Fiscal, y estando los recurrentes representados por la Procuradora de los Tribunales Doña Ángela Cristina Santos Erroz y defendidos por el Letrado Don Juan Ángel Ferrer Presa.

I. ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm., 2 de Getxo incoó P.A. núm. 26/09 por delito de apropiación indebida contra **Luis Enrique y Andrea** y una vez concluso lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bikcaia, que con fecha 20 de marzo de 2013, dictó Sentencia núm. 32/2013 , que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

"Los acusados Luis Enrique , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 , sin antecedentes penales y Andrea , mayor de edad y con DNI núm. NUM001 , sin antecedentes penales, recibieron de los esposos Cornelio (fallecido el 14 de agosto de 2007) y de Lorena , esta última hermana del acusado, las cantidades de 800 euros, el día 20 de marzo de 2003 y 18.000 euros el día 6 de mayo de 2003, respectivamente. Estos importes fueron reintegrados de la cuenta bancaria de la que Cornelio y Lorena eran titulares, a saber, la núm. NUM002 de Caja Rural Vasca. Dichas cantidades fueron entregadas a los acusados con la exclusiva finalidad de que éstos procedieran a pagar los honorarios profesionales de la Procuradora Doña Isabela Egusquiza González Gil y del Letrado Don Manuel Cobo Gutiérrez, causados como consecuencia de sus respectivas intervenciones profesionales en defensa del hijo de los denunciantes, Matías , en un procedimiento penal en el que se le acusaba de haber dado muerte a su esposa, según habían convenido el Sr. Cornelio y la Sra. Lorena con los dos acusados.

Luis Enrique y Andrea , nunca abonaron dichos honorarios a los dichos profesionales y tampoco han procedido a la devolución de las mismas a Cornelio y Lorena , a pesar de los múltiples requerimientos efectuados por éstos al efecto."

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



"Que debemos condenar y condenamos a *Luis Enrique* y a *Andrea* como autores penalmente responsables de un delito de apropiación indebida ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, a cada uno de ellos, de UN AÑO Y NUEVE MESES DE PRISIÓN. Como penas accesorias se impone a los condenados la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y que, en concepto de responsabilidad civil indemnicen, a *Lorena* y a *Abilio*, *Ceferino* y *Eva* en la cantidad de total de 18.000 euros, por el perjuicio económico causado, más los intereses legales, así como al pago en mitades e iguales partes, de las costas procesales de la presente instancia, incluidas las de la acusación particular, por no resultar su actuación superflua.

Ratificamos el Auto de solvencia dictado por parte del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Getxo, el día 16 de agosto de 2011 en relación a *Luis Enrique*, así como el Auto de insolvencia de la misma fecha, dictado en relación a *Andrea* ."

TERCERO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de Ley y de precepto constitucional, por la representación legal de los acusados **Luis Enrique y a Andrea**, que se tuvo 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 de casación formulado por la representación legal de los acusados *Luis Enrique* y a *Andrea*, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN**:

1º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, en relación con los artículos 238.3, 241.1 de la LOP, 852 de la LECrim, y 24 de la CE., violación del derecho a un proceso justo.

2º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con los artículos 238.3 y 241.1 de la LOPJ, 852 de la LECrim., y 24 de la CE.

3º.- Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con los artículos 238.3 y 241 de la LOPJ y 852 de la LECrim., y 24 de la CE.

4º.- Por infracción de Ley al amparo del núm. 2 del art. 849 de la LECrim., por evidentes errores del tribunal a quo en la apreciación de los resultados obtenidos de las pruebas practicadas, en la declaración de los hechos indebidamente declarados probados, con base en documentos obrantes en autos.

5º.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ en relación con los artículos 238.3 y 240.1 de la LOPJ y 852 de la LECrim., por violación del derecho constitucional de ambos recurrentes a la presunción de inocencia, es art. 24.2 de la CE.

6º.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim., por quebrantamiento de forma, al haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, eran pertinentes y estaban íntimamente relacionadas con la causa.

7º.- (Los recurrentes lo denominan octavo) Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por el concepto jurídico de aplicación indebida del art. 252 del C.penal, en relación con el art. 249 del C. penal, con apoyo y cita de la STS de fecha 19 de julio de 2001.

8º.- (Los recurrentes lo denominan noveno) Por infracción de Ley al amparo del núm. 1 del art. 849 de la LECrim., por concepto jurídico de violación, por no aplicación, de los artículos 268.1 del C. penal y 103.2 de la LECrim.

QUINTO.- Instruido el Ministerio fiscal del recurso interpuesto no estimó necesaria la celebración de vista para su resolución y solicitó la inadmisión del mismo, por las razones expuestas en su informe; la Sala admitió el mismo quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para el Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 2 de abril de 2014 sin vista.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizkaia, condenó a *Luis Enrique* y a *Andrea* como autores criminalmente responsables de un delito de apropiación indebida a las penas que dejamos expuestas en nuestros antecedentes, frente a cuya resolución judicial han interpuesto este recurso de casación los aludidos acusados en la instancia, recursos que pasamos seguidamente a analizar y resolver.

SEGUNDO.- El primer motivo se formaliza por vulneración constitucional, al amparo de lo autorizado en el art. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, invocando los recurrentes el derecho a un proceso con todas las garantías, a que hace referencia el art. 24.2 de nuestra Carta Magna.



Alegan también que han sufrido un trato denigrante o vejatorio durante la celebración del juicio oral, y para ello citan el art. 15 de la Constitución española .

En su desarrollo señalan que el Tribunal de instancia «les obligó a personarse en condiciones patéticas y a asistir al juicio, generándoles manifiesta indefensión, rompiendo la integridad de ambos y llegando a provocar la injusta y desproporcionada expulsión de la sala de mi representada y hoy recurrente Andrea , en pleno shock y desequilibrio emocional...» .

El motivo no puede ser estimado.

Es cierto que los recurrentes solicitaron la suspensión de la celebración del juicio oral a causa de su estado físico y mental, pero como informa el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, en esta materia hay que cohonestar el derecho del acusado a asistir al plenario en plenas condiciones mentales, y el derecho de la acusación a que la causa se celebre sin dilaciones indebidas, aspecto éste que también atañe a la defensa como derecho fundamental.

En este sentido, la Sala de instancia, como se recoge en la sentencia recurrida, ya suspendió el primer señalamiento previsto para el día 21 de marzo de 2012, es decir, un año antes de celebrarse el plenario a que obedecen estas actuaciones, a la vista de los informes médicos aportados por los acusados, tal y como consta en la providencia de fecha 16 de marzo de 2012 obrante al rollo de Sala (folio 76). En esa misma resolución se requería al letrado de la defensa al objeto de que pusiera en conocimiento de la Sala y en virtud de la evolución del Sr. Luis Enrique , su disponibilidad para un nuevo señalamiento. Sigue razonando el Tribunal, que tras recordar posteriormente al letrado el contenido de la citada providencia, mediante otra nueva de fecha 17 de abril de 2012, con fecha 9 de mayo del mismo año, se aportó un parte médico y visto su contenido se acordó por la Sala (providencia de 16 de mayo de 2.012) que ambos acusados fueran reconocidos en la Clínica Forense, siendo citados para su reconocimiento los días 7 y 13 de junio respectivamente (folio 120 del rollo de Sala.) Sin embargo, el acusado no compareció al reconocimiento aportando un informe médico (folio 128) en el que se refería que presentaba un cuadro de rectorragia y que estaba pendiente de ser intervenido. Tras el envío de varios informes médicos más suscritos por un médico de atención primaria y en los que se aludía a varias patologías pero sin mayores concreciones, se volvió a citar a ambos acusados por la Clínica Forense para ser reconocidos el día 6 de noviembre de 2012, no compareciendo ninguno de los dos y alegando que no recibieron la comunicación de sus representantes legales por la imposibilidad de conectarse a Internet para ver su correo. A la vista de ello, la Sala mediante providencia de 6 de noviembre de 2012, señaló el juicio oral para el día 26 de febrero de 2013, siendo los acusados citados por tercera vez para el reconocimiento forense el día 11 de diciembre, siendo finalmente reconocidos el día 13 de enero por el perito forense D. Porfirio , con el resultado que obra a los folios a 330 a 333 del rollo de Sala.

Los informes citados no permiten la suspensión del juicio oral, pues son muy ambiguos, y mientras señalan, por una parte, una disminución de la reflexión y el juicio crítico, refieren también que los acusados conservan *la claridad de conciencia y la capacidad intelectual*. Además, el juicio llevaba un año ya suspendido y de las deficiencias intelectuales que se expresan tampoco se da cuenta sobre su curación o cronicidad.

En consecuencia, este reproche no puede prosperar desde esta perspectiva, ni tampoco desde la expulsión de la acusada del plenario, pues como dice la sentencia recurrida, tan es así, que iniciado el mismo, los acusados que insistieron en que el juicio debía de ser suspendido, mostraron una actitud *combativa, obstructiva y dilatoria* -en sintonía con la desplegada a lo largo de todo el procedimiento, como se desprende de las actuaciones-, e interrumpieron en varias ocasiones el normal desarrollo de la vista oral, lo que determinó que finalmente la acusada fuera expulsada de la Sala, tras serias advertencias previas en este sentido realizadas a ambos.

El presidente del Tribunal sentenciador obró como le autoriza el art. 684 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , al obstruir la acusada el normal desenvolvimiento del juicio oral.

En efecto, señala el expresado art. 684 que el Presidente tendrá *todas* las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos, pudiendo corregir en el acto con la multa prevista en tal precepto las infracciones que no constituyan delito, o que no tengan señalada en la Ley una corrección especial.

Para mantener el orden, se prevén dos clases de actuaciones:

i) Llamadas al orden, a lo que puede seguir la imposición de una multa. En efecto, dice la ley procesal penal que "el Presidente llamará al orden a todas las personas que lo alteren, y podrá hacerlas salir del local si lo considerase oportuno, sin perjuicio de la multa" a que ya nos hemos referido.

ii) Detenciones que sean procedentes. En los casos más graves, podrá también acordar que se detenga en el acto a cualquiera que delinquire durante la sesión, poniéndole a disposición del Juzgado competente.



De esta manera, todos los concurrentes al juicio oral, cualquiera que sea la clase a que pertenezcan, sin excluir a los militares, quedan sometidos a la jurisdicción disciplinaria del Presidente. Si turbaren el orden con un acto que constituya delito, serán expulsados del local y entregados a la autoridad competente.

En consecuencia, la actuación del presidente del tribunal fue la correcta.

El motivo no puede prosperar.

TERCERO.- En el motivo segundo se alega la vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Alegan los recurrentes que era el Juzgado de lo Penal y no la Audiencia Provincial, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento en función de la pena solicitada por la más grave de las acusaciones.

Ahora bien, aparte de que esta cuestión fue decidida ya mediante Auto interlocutorio de fecha 23 de febrero de 2012 (folios 52 y 53 del rollo de Sala), es lo cierto que no hay más que comprobar que la acusación particular calificó los hechos como constitutivos de un delito de apropiación indebida, tipificado en el art. 252 del Código Penal, pero que remite su penalidad al art. 250, cuando se solicita la agravación específica que se disciplina en el entonces apartado 7º (anterior a la vigencia de la LO 5/2010, de 22 de junio), que lleva acarreada una pena privativa de libertad de 1 a 6 años de prisión (más multa), y siendo así que esta Sala Casacional siempre ha interpretado que las reglas competenciales se han establecer por la pena en abstracto y no la concretamente pedida, es por lo que el motivo no puede prosperar, pues indudablemente correspondía la competencia al Tribunal Provincial, y no al Juzgado de lo Penal.

La jurisprudencia ha precisado que para la determinación de la competencia objetiva de los juzgados y tribunales penales en función de la pena que corresponda al delito, habrá de estarse a la pena prevista en abstracto por la ley para clase de delito y no a la concretamente solicitada por las acusaciones (SSTS 9 de octubre, 10 de noviembre y 11 de diciembre de 1992, de 4 de mayo y 11 de junio de 1993, de 30 de abril de 1994, de 8 de febrero y de 9 de junio de 1995, de 14 de mayo, 8 de septiembre, 27 de noviembre y 21 de diciembre de 1998), pues si rigiera el criterio de la pena concreta se dejaría en manos de las acusaciones la determinación de la competencia objetiva de los órganos judiciales penales.

CUARTO.- En el motivo tercero se denuncia la vulneración del derecho de la recurrente Andrea a la última palabra, alegando como infringidos los arts. 24 de la Constitución española y el art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La Sentencia Tribunal Supremo núm. 849/2003, de 9 junio, recuerda la doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en la STS de 5 de abril de 2000, conforme a la cual «es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario, la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral. El acusado conoce mejor que nadie todas las vicisitudes que pueden influir en la mejor calificación y enjuiciamiento de los hechos que constituyen la base de la acusación. Su derecho, como se ha dicho, tiene carácter de fundamental y constituye una formalidad esencial del procedimiento, cuya omisión produce una incuestionable indefensión. En consecuencia, su efecto inmediato es la anulación del juicio oral, fase en la que se comete el defecto o vulneración del derecho, y la retroacción de las actuaciones al momento de la iniciación del plenario».

En el caso enjuiciado, y como señala el Ministerio Fiscal en esta instancia casacional, después del informe de la defensa, el presidente del Tribunal ordena que la acusada, que había sido expulsada, vuelva a la Sala, mientras tanto, ejerce el derecho a la última palabra el otro acusado, y a pesar de ello, no vuelve la citada recurrente, Andrea, por lo que puede entenderse que renunció a su derecho.

En cualquier caso, podemos citar, con respecto a la expulsión, el caso tratado en la STS 1329/2002, de 15 julio, en donde se declara que el derecho a la última palabra debe ser respetado como manifestación de la necesaria contradicción que debe presidir un juicio justo y deben hacerse serios esfuerzos para que se haga efectivo, incluso cuando el comportamiento de alguno de los acusados lo dificulte seriamente; sin embargo, ello no debe llevar a situaciones extremas cuando la reiterada conducta del acusado está dirigida a provocar la expulsión y en un clima de violencia e intimidación que lesiona gravemente los derechos que en todo juicio justo deben ser igualmente respetados. En casos tan extremos, como el que sucedió en el caso examinado, la expulsión se hacía necesaria y la renuncia a la última palabra era bien patente, sin que el uso de las facultades de policía de vista que corresponde al Presidente, que se hizo incuestionable, hubiera supuesto vulneración de los derechos del acusado afectado por la medida que antes de su expulsión contestó a las preguntas de las demás partes y las que le hizo su defensa, manifestando lo que tuvo por conveniente.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.



QUINTO.- El motivo cuarto, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y cuyos particulares demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

La jurisprudencia de esta Sala exige para que pueda estimarse este motivo, que concurran los siguientes requisitos: a) que se invoque tal error de hecho en la apreciación de las pruebas, de modo que tenga significación suficiente para modificar el sentido del fallo, pues en caso contrario estaríamos en presencia de una simple corrección de elementos periféricos o complementarios; b) que se citen con toda precisión los documentos en que se base la queja casacional, incorporados a la causa, con designación expresa de aquellos particulares de donde se deduzca inequívocamente el error padecido; c) que tales documentos sean literosuficientes, es decir, que basten por sí mismos para llegar a la conclusión acreditativa que se pretende, evidenciando el objeto de prueba sin necesidad de acudir a otras fuentes probatorias o a complejos desarrollos argumentales; d) que su eficacia probatoria no haya sido desvirtuada o contradicha merced a otras pruebas que obren igualmente en la causa; e) que el recurrente lleve a cabo, al menos, una mínima justificación argumental como causa de la impugnación; f) que el recurrente proponga una nueva redacción del "factum" derivada del error de hecho denunciado en el motivo; y g) que tal rectificación del "factum" no es un fin en sí mismo, sino un medio para crear una premisa distinta a la establecida y, consiguientemente, para posibilitar una subsunción jurídica diferente de la que se impugna.

Los documentos invocados se refieren a declaraciones testificales y no contradicen en suma lo declarado como probado por el Tribunal sentenciador, esto es, que recibiendo determinada suma de dinero para el pago de profesionales de la abogacía y procuradoría, se quedaron con el dinero recibido, so pretexto de que tuvieron que alimentar a su sobrino durante un determinado lapso temporal, que no ha quedado acreditado. De ninguno de los documentos invocados resulta lo contrario a lo expuesto.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

SEXTO.- En el quinto motivo se denuncia la falta de actividad de prueba de cargo válida para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia de los recurrentes.

Sin embargo, la queja no se polariza bajo la denuncia indicada de falta de actividad probatoria de cargo, sino como consecuencia de la invocación del denominado principio de la proscripción de "los frutos contaminados del árbol envenenado", e incluso del principio valorativo relativo al "in dubio pro reo".

Desde esta perspectiva, el motivo no puede prosperar.

En cuanto al primer plano impugnativo, porque no se ha declarado prueba ilícita alguna de donde irradiar los efectos contaminantes que se vislumbran en el desarrollo de esta queja casacional. Sin prueba nula, no existe proscripción de valoración en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Desde el prisma del "in dubio pro reo", esta Sala ha recordado que el principio «in dubio pro reo» sólo se infringe y puede dar lugar a la casación, cuando el Tribunal, a pesar de sus dudas sobre la prueba de la autoría, ha dictado sentencia condenatoria. Por el contrario, se ha señalado en múltiples sentencias que el principio «in dubio pro reo» no constituye el fundamento de un derecho del acusado a que el Tribunal dude. En este sentido, el principio «in dubio pro reo» tiene un campo de acción más reducido que el de presunción de inocencia.

En consecuencia, el motivo no puede ser estimado.

SÉPTIMO.- En el motivo sexto, y al amparo de lo autorizado en el art. 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por quebrantamiento de forma, la parte recurrente interesa la nulidad del proceso por haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, eran pertinentes y estaban íntimamente relacionadas con la causa, las cuales fueron indebidamente denegadas por el Tribunal «a quo», generándose indefensión a los ahora impugnantes.

En su desarrollo, el autor de esta censura casacional se limita a transcribir el extenso escrito de petición de pruebas -anticipadas y concurrentes al acto del plenario-, especialmente en lo relativo a la prueba documental, y después cita el contenido del Auto de 17 de enero de 2012, dictado por el Tribunal sentenciador en fase intermedia, en el cual se argumenta la razón de la inadmisión de tres testigos, en tanto que no se facilita domicilio para su citación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni respecto de otros testigos ante la falta de relación de su testimonio con el objeto de autos, y en cuanto a la documental, por entenderse que es completamente extravagante y ajena a lo que es objeto del proceso.

De esta manera se vuelve a repetir en la sentencia recurrida en donde se lee con respecto a esta queja casacional que ya se « *habían denegado varias testificales por no haberse aportado el domicilio de dichos testigos, por un lado y no se había admitido la prueba documental interesada, por otro. En relación a los testigos,*



la inadmisión de las testificales propuestas se halla amparada en el artículo 656 LECrim . que establece que en las listas de peritos y testigos se expresarán sus nombres y apellidos, el apodo, si por él jáeren conocidos, y su domicilio o residencia. En cuanto a la documental rechazada, lo cierto es que la misma fue inadmitida por no guardar relación con los hechos objeto de acusación y. por ello, de enjuiciamiento, resultaba impertinente, además de innecesaria tal y como se motivó en el Auto dictado por la Sala de fecha 17 de Enero de 2.012 al que nos remitimos. En cualquier caso, la defensa de los acusados aportó al inicio del juicio oral toda la documentación que consideró oportuna y la Sala acordó su unión a las actuaciones ».

Pues, bien, del contenido de esta censura casacional, nada más se nos dice en su desarrollo expositivo, en el apartado 2, que lo que dicha parte quería era precisamente recabar la tutela judicial efectiva para propiciar la averiguación de las direcciones de determinados testigos esenciales para la defensa, sin que a fecha de hoy conozcamos la relación de tales testimonios con la causa, ni su petición en la instrucción sumarial, razón por la cual la denegación es conforme al contenido del art. 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

Con respecto a la documental, la denegación no ha sido ciertamente arbitraria. No hay más que leer el contenido del apartado de prueba documental para darse cuenta de lo extravagante de las peticiones realizadas por la defensa, sobre datos fiscales de los denunciados, certificación de matrimonio de los mismos, historial médico completo de Matías , o la aportación de la ficha policial o antecedentes penales del mismo. En fin, la petición es tan improcedente como impertinente.

El motivo no puede prosperar.

OCTAVO.- El motivo octavo (puesto que el séptimo se omite), se formaliza por infracción de ley, al amparo de lo autorizado en el art. 849-1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia la indebida aplicación del art. 252 del Código Penal (en relación -se dice- con el art. 249), «con apoyo de la STS de fecha 19 de julio de 2001 ».

La parte recurrente no respeta los hechos probados, como corresponde a la ortodoxia casacional de este motivo, en virtud de lo dispuesto en el art. 884-3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , que ahora se traducirá en desestimación.

En efecto, en su extracto ya se adelanta que no se va a tomar en consideración el «factum» en su integridad, y que por tanto se "excluirá" la indemostrada e irreal finalidad que se predica infundadamente de las entregas de dinero realizadas por Lorena a su hermano Luis Enrique .

De otro lado, y en el desarrollo del motivo, en el apartado 3, no se comparte por los recurrentes la afirmación que llevan a cabo los jueces «a quibus» en el sentido de que no es necesario que se acredite dónde pudo guardarse o destinarse el dinero indebidamente apropiado porque tal elemento objetivo no forma parte del tipo, que se consuma, en cambio, en tanto se produce la distracción de la finalidad para la que se llevó a cabo la entrega por los denunciados.

Así, en los hechos probados de la sentencia recurrida puede leerse: « Los acusados, Luis Enrique , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , sin antecedentes penales y Andrea , mayor de edad y con DNI nº NUM001 , sin antecedentes penales, recibieron de los esposos Cornelio (fallecido el 14 de Agosto de 2007) y de Lorena , esta última hermana del acusado, las cantidades de 800 euros, el día 20 de marzo de 2.003 y 1 8.000 euros el día 6 de mayo de 2.003 respectivamente. Estos importes fueron reintegrados de la cuenta bancaria de la que Cornelio y Lorena eran titulares, a saber, la nº NUM002 de Caja Rural Vasca. Dichas cantidades fueron entregadas a los acusados con la exclusiva finalidad de que éstos procedieran a pagar los honorarios profesionales de la Procuradora Dña. Isabela Egusquiza González Gil y del Letrado D. Manuel Cobo Gutiérrez, causados como consecuencia de sus respectivas intervenciones profesionales en defensa del hijo de los denunciados, Matías , en un procedimiento penal en el que se le acusaba de haber dado muerte a su esposa, según habían convenido el Sr. Cornelio y la Sra. Lorena con los dos acusados.

Luis Enrique y Andrea , nunca abonaron dichos honorarios a los dichos profesionales y tampoco han procedido a la devolución de las mismas a Cornelio y Lorena , a pesar de los múltiples requerimientos efectuados por éstos al efecto».

Una reiterada doctrina jurisprudencial en relación al delito de apropiación indebida, exige que se den los siguientes requisitos: a) Una posesión legítima inicial por parte del sujeto activo que recibe dinero u otra cosa mueble. b) Que el título en cuya virtud ha adquirido ese dinero u objetos, conlleve la obligación de entregarlo o devolverlo a su legítimo titular. c) Un acto de disposición del sujeto activo que torciendo el inicial destino de lo que había recibido, dispone de ello. d) Y un elemento interno, subjetivo, constituido por el ánimo de lucro que se evidencia en la conciencia y voluntad del agente de disponer en su propio beneficio de tales efectos. Como se reconoce ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1993 , la fórmula amplia y abierta del artículo 252 del Código Penal , permite incluir toda una serie de relaciones jurídicas, teniendo especial cabida los supuestos de entregas de dinero que tienen un destino previamente determinado, destino



que es abortado por la acción ilegítima del agente receptor del dinero. En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1995 : «... la apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efecto o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó que aquéllos le fueran entregados...».

En el caso enjuiciado, no destinar el dinero recibido para entregarlo a los profesionales encargados de la defensa de Cornelio , constituye la distracción que autoriza la aplicación penal del art. 252 del Código Penal .

Y desde luego que está completamente fuera de lugar señalar, como hizo la acusada, que recibieron el encargo de ocuparse de Matías y que estuvo ocho meses encargándose de él. También declaró asimismo que habían acordado que para ello recibirían 3.000 euros al mes, a razón de 1 .500 euros mensuales cada uno, "como de un peón de la construcción" puntualizó, asegurando que los denunciados nunca cumplieron con lo pactado porque no les iban abonando las cantidades mensuales acordadas mientras que ellos tenían muchos gastos derivados del cuidado de su sobrino. En fin, señalar que se han de pagar 3.000 euros al mes por la estancia de un sobrino en su casa, es suficientemente representativo de lo inapropiado de la excusa.

El motivo no puede prosperar.

NOVENO.- Finalmente, en el motivo octavo -que debe ser el noveno-, se denuncia la indebida aplicación de la excusa absolutoria prevista en el art. 268 del Código Penal para los delitos patrimoniales cometidos entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, entre los hermanos por naturaleza, que es nuestro caso. En efecto, en citado precepto se dibuja también la excusa absolutoria desde la perspectiva de los cónyuges, ascendientes, descendientes o afines en primer grado, que no es el caso.

Pues, bien, si es cierto que el acusado Luis Enrique es hermano por naturaleza de Lorena , no lo es menos que la acusada Andrea , cuando ocurrieron los hechos -dice la sentencia recurrida- tenía la condición de ex cuñada de Lorena y Cornelio , esposo de ésta, y cuñado del acusado. Los cuñados son parientes por afinidad de segundo grado. De manera que entre cuñados no concurre tal excusa absolutoria y el patrimonio distraído era común del matrimonio denunciante.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.

DÉCIMO.- Las costas procesales se imponen a los recurrentes al proceder la desestimación de su recurso (art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación legal de los acusados **Luis Enrique y Andrea** , contra Sentencia núm. 32/2013, de 20 de marzo de 2013, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Bizcaia . Condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución a la Audiencia de procedencia a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. **Juan Saavedra Ruiz Julian Sanchez Melgar Miguel Colmenero Menendez de Luarca Luciano Varela Castro Alberto Jorge Barreiro**

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Julian Sanchez Melgar , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.