



Roj: **STS 4417/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4417**

Id Cendoj: **28079120012021100926**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/12/2021**

Nº de Recurso: **153/2020**

Nº de Resolución: **941/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **SUSANA POLO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 4417/2021,**  
**AAP GU 412/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 941/2021**

Fecha de sentencia: 01/12/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 153/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: Jas

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 153/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Susana Polo García

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 941/2021**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup>. Susana Polo García



D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 1 de diciembre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 153/2020, interpuesto por **D. Jesús**, representado por el procurador D. Santos Pascua Díaz bajo la dirección letrada de D. Alejandro Jesús García David, contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), de fecha 20 de noviembre de 2019, Rº Apelación nº 216/2019, por el que se estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de acordar el sobreseimiento libre de las actuaciones, contra otro de fecha 7 de febrero de 2019, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara, que acordó continuar la tramitación de las Diligencias Previas por los trámites del Procedimiento Abreviado, por un presunto delito de hurto.

Interviene como parte recurrida Dª Petra y Dª Regina, representadas por la procuradora Dª Alicia Carlavilla Beltra, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Andarias Moriñigo, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Susana Polo García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara, en las Diligencias Previas Proc. Abreviado nº 920/2018, dictó Auto en fecha 7 de febrero de 2019, cuyos **hechos** son los siguientes:

"ÚNICO. De la instrucción practicada resulta indiciariamente acreditado que:

Petra, aprovechando el mal estado de salud de su padre anciano, Primitivo, cuyo cuidado personal había asumido, detrajo de varias cuentas corrientes de aquél diversas cantidades económicas en perjuicio de los herederos.

Así, Primitivo, que necesitaba de atención permanente por padecer limitaciones físicas y deterioro cognitivo, era titular de tres cuentas correspondientes a la sucursal que la entidad financiera Caixabank tenía en la localidad de Salmerón, Guadalajara. Haciendo uso del poder otorgado por su progenitor, transfirió Petra entre el 28 de noviembre de 2014 y el 15 de junio de 2015 la cantidad de 136.000,078 euros cuyo destino fue una cuenta a nombre de ella, su hermana, Regina, y la madre de ambas, Agustina.

En consecuencia, una vez fallecido Primitivo el doce de noviembre de 2016, dicho metálico no fue incluido en la escritura pública de la herencia, otorgada el seis de mayo de 2016.

Con posterioridad al fallecimiento, se transfirieron otros 27.000 euros entre el 15 de diciembre de 2016 y el 16 de marzo de 2017."

**SEGUNDO.-** Dicha Juzgado de Instrucción dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONTINUÉSE LA TRAMITACIÓN DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS PREVIAS por los trámites del PROCEDIMIENTO ABREVIADO, por si los hechos investigados a Petra, Regina fueren constitutivos de presunto delito de HURTO a cuyo efecto procedase a dar el traslado previsto en el artículo 780.1 de la LECrim. al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones particulares personadas, para que en el plazo común de diez días, solicite/n la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias."

Interpuesto recurso de apelación, con fecha 20 de noviembre de 2019, la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección Primera, dictó auto con el siguiente encabezamiento:

"Por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara, con fecha 7 de febrero de 2019, se dictó auto, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: *"CONTINUÉSE LA TRAMITACION DE LAS PRESENTES DILIGENCIAS PREVIAS por los trámites del PROCEDIMIENTO ABREVIADO, por si los hechos investigados a Petra, Regina fueren constitutivos de presunto delito de HURTO a cuyo efecto procedase a dar el traslado previsto en el artículo 780.1 de la LECrim. al Ministerio Fiscal y, en su caso, a las acusaciones particulares personadas, para que en el plazo común de diez días, solicite/n la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias."*

Con fecha 20 de noviembre de 2019, la Sala anteriormente citada dictó auto con el siguiente ACUERDO:

"estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de acordar el sobreseimiento libre por concurrir la excusa absoluta del artículo 268 del C. Penal declarando de oficio las costas devengadas."

**TERCERO.-** Notificado el auto a las partes, se preparó recurso de casación por Jesús, teniéndose 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.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

**Motivo Único.-** Por infracción de Ley. Al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim., por aplicación indebida del art. 268 CP.

**QUINTO.-** Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de las recurridas impugnan el recurso interpuesto, con expresa imposición de costas al recurrente; el Ministerio Fiscal queda instruido del recurso de casación interpuesto y solicita la inadmisión del mismo y, subsidiariamente la desestimación; de conformidad con lo expresado en su informe de fecha 1 de junio de 2020; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 30 de noviembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** En el recurso de casación entablado por Jesús , se alega "infracción de normas de derecho sustantivo y la doctrina jurisprudencial inaplicada y/o aplicada erróneamente. De la indebida aplicación e imposibilidad de aplicación de la excusa absolutoria del Art. 268 CP. La ausencia de parentesco que ampare el Art. 268 CP. Del error de hecho en la apreciación (que no valoración) de la prueba y la falta absoluta de consideración de la prueba documental obrante en autos".

El único motivo se divide en dos submotivos: 1º infracción ex Art. 268 CP, por aplicación indebida de la excusa absolutoria, al no cumplir las denunciadas los criterios de parentesco establecidos en dicho precepto penal. 2º De la existencia de vulnerabilidad de la víctima, ya que consta en autos la existencia de discrepancia, precisamente, entre el criterio del instructor, quien motiva porque concurre la inaplicación o no aplicación del Art. 268 CP, al apreciar la vulnerabilidad de la víctima, y fundamentarlo suficiente y razonadamente, teniendo como base precisa y especialmente la documental obrante en autos, concretamente la documental médica de ambos Sres. Eugenio (Acontecimiento 99) y Sra. Agustina (Acontecimiento 133).

1.1. A través de este primer submotivo, el recurrente denuncia la aplicación indebida del art. 268 del Código Penal, que regula la excusa absolutoria, por entender que la relación que le une a las denunciadas no encaja en el precepto al tratarse de una relación tías sobrino.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara con fecha 7 de febrero de 2019 dictó auto acordando continuar el procedimiento por los trámites del abreviado, "*por si los hechos investigados a Petra y Regina fueran constitutivos de presunto delito de hurto*". Tal auto recogía como hecho delictivo únicamente el llevado a cabo entre el 28 de noviembre de 2014 y el 15 de junio de 2015 por importe de 136.000 euros, consistente en ordenar por parte de Petra el traspaso de diversas cantidades -136.000 euros en total- desde la cuenta de su padre -en la que estaba debidamente apoderada- a otra en la que figuraban como titulares ella misma, su hermana Regina y la madre de ambas, Agustina , hasta esa fecha el Sr. Primitivo todavía no había fallecido, por lo que la única víctima del delito presuntamente cometido por sus hijas sería él, su padre, además en esas fechas todavía no había entrado en vigor la reforma operada por LO 1/2015, por lo que el precepto penal del art. 268 del CP no se hacía ninguna referencia a la posible vulnerabilidad de la víctima.

Por lo tanto, a este primer hecho, le sería aplicable la excusa absolutoria dado que la víctima del mismo fue exclusivamente Primitivo -podría serlo también su esposa- pero en ningún caso el nieto querellante.

Esta Sala en SSTS 22-5-2013, nº 412/2013, 618/2010, 23 de junio, 91/2006, de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo, ha recordado que "la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y última *ratio* siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos como los únicos cuestionados, de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad".

1.2. Por otro lado, si bien es cierto que el auto de instrucción en la relación de "Hechos" refiere también que "con posterioridad al fallecimiento, se transfirieron otros 27.000 euros entre el 15 de diciembre de 2016 y el



16 de marzo de 2017", sin hacer ninguna otra referencia, también lo es que el Juzgado de Instrucción nº 3 de Guadalajara no parece incluirlo como hecho delictivo, a la vista del Fundamento Jurídico Primero de tal resolución, que solo hace referencia al traspaso de aquellos 136.000 euros, así se hace constar en el FJ 1º donde se dice expresamente que " *A los (sic) denunciadas se les imputa haberse apropiado del dinero de su padre en perjuicio de los derechos hereditarios de los nietos. Así, aprovechándose de su mal estado de salud, habrían efectuado a su favor transferencias de cuentas bancarias suyas cuando éste ya había perdido sus facultades intelectivas. En concreto, unos 136.000€ entre el 28 de noviembre de 2014 y el 15 de junio de 2015.* "

Además, como afirma el Ministerio Fiscal, y así parece deducirse también del hecho de que el auto haga referencia a un único delito de hurto (sic) y no a un delito continuado como hubiera sido lo correcto de entender que se habían producido, en sus casos dos apropiaciones al menos.

1.3. En cuanto a la alegada por el recurrente vulnerabilidad de la víctima, criterio introducido por la reforma del año 2015, el auto recurrido hace constar que "*Sería un obstáculo para su apreciación, así lo prevé el artículo 268 del C. Penal , el abuso por el autor de la situación de vulnerabilidad de la víctima más hay que partir de que no cabe entender que dicha persona, el padre de las denunciadas pudiera calificarse como vulnerable simplemente atendiendo a su edad o deterioro físico, pues aunque puntualmente pudiera ser influenciable, ello no significa que estuviera incapacitado para la toma de decisiones. La capacidad se presume y si bien, las personas mayores dependientes en cierta forma aunque solo sea a nivel afectivo y pudiera ser crédula, influenciable, o simplemente o además de todo ello, estar necesitado de compañía y cariño que les daba seguramente la hija con quien convivía y quien les visitaba pero no era, nada apunta a ello, una persona demente. Por ello no cabe hablar de vulnerabilidad por un estado mental deteriorado o por razón de su edad, sino en una situación que deriva de la relación de padre e hijas y que decide que sea esta quien gestione su patrimonio, no se olvide que estaba la madre quien sería titular de la mitad como bienes gananciales, por lo que, no es posible conceptuar su estado de vulnerabilidad desde el punto de vista jurídico a los efectos del art. 268 del C. Penal ."*

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que forma parte de nuestro ordenamiento desde el 3 de mayo de 2008, opta por un modelo de "apoyos" para configurar el sistema dirigido a hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (art. 12.3).

Desde esta perspectiva debe interpretarse lo dispuesto en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya contemplaban desde el año 1983 la gradación de la modificación de la capacidad de obrar. En consecuencia, la extensión y los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de tutela o guarda que se constituya ( art. 760.1 LEC) deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona, atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias, judicialmente.

La Convención no permite ignorar los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad y las medidas de apoyo judiciales son necesarias cuando el ejercicio de los derechos y la plena participación en la vida social y en el tráfico jurídico se ven afectados por las circunstancias concurrentes.

En el presente caso, el riesgo de que D. Primitivo sufriera perjuicios derivados de influencias indebidas es meramente especulativo o hipotético, puesto que no consta que se haya materializado, ya que la resolución recurrida que valora la prueba practicada en la instancia, afirma que el mismo si bien pudiera ser influenciable, dada su edad, no era "una persona demente", por lo que no se puede hablar de vulnerabilidad por razón de un estado mental deteriorado.

No nos consta una posición de vulnerabilidad, desprotección y riesgo frente a decisiones de todo tipo que pudiera realizar el Sr. Primitivo , ni que estuviera afectado por algún tipo de incapacidad total que limitara funcionalmente su capacidad para regir su persona y administrar sus bienes, sin que estuviera sujeto a medida de protección alguna como puede ser el nombramiento de tutor, ni siquiera objeto de curatela alguna, por lo que la vulnerabilidad relativa exclusivamente a la edad de la víctima no resulta suficiente a los efectos pretendidos por el recurrente, por lo que procede confirmar la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 901 de la LECrim, deben ser impuestas las costas devengadas al recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido 1º Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Jesús , contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª), de fecha 20 de noviembre de 2019, Rº Apelación nº 216/2019.



2º Imponer al recurrente las costas procesales ocasionadas en la presente instancia por su recurso.

Comuníquese la presente resolución al Tribunal de procedencia, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ