



Roj: **STS 1281/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1281**

Id Cendoj: **28079120012024100194**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/02/2024**

Nº de Recurso: **1079/2022**

Nº de Resolución: **195/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES MARTINEZ ARRIETA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 2956/2021,**  
**STS 1281/2024**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 195/2024**

Fecha de sentencia: 29/02/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1079/2022**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 7

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

Transcrito por: GM

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1079/2022**

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 195/2024**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz



D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 29 de febrero de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por **D.<sup>a</sup> Graciela y D.<sup>a</sup> Guillerma** representadas por el procurador D. Miguel Ángel Gálvez Giménez y defendidas por el letrado D. Pedro Vicente Mateos Jorge; siendo recurridos D.<sup>a</sup> Candelaria , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Gemma María Pérez Haya y defendida por la letrada D.<sup>a</sup> Eva Muñiz Fernández; D. Torcuato representado por el procurador D. Pedro José Abellán Baeza y defendido por el letrado D. Hermógenes Abril Serrano; y el Ministerio Fiscal, contra la sentencia n.º 397/2021, de 7 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Procedimiento Abreviado n.º 76/2017.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción n.º 7 de Murcia, inició actuaciones por testimonio deducido del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia en procedimiento de tutela 548/2006, contra D.<sup>a</sup> Candelaria y D. Torcuato , por un delito de apropiación indebida. Incoadas las Diligencias Previas 93/2008 por el Juzgado de Instrucción n.º 7 de Murcia, por auto de 30 de junio de 2008, se practicaron las que se consideraron procedentes hasta el dictado del auto de 13 de mayo de 2013 que acordó la continuación del procedimiento por los trámites del abreviado respecto de la imputada D.<sup>a</sup> Candelaria y el sobreseimiento provisional de la misma respecto del imputado D. Torcuato . Esa resolución judicial fue recurrida por la acusación particular, a la que se adhirió el Ministerio fiscal, y la Audiencia provincial estimó. Formulando las acusaciones sendos escritos de acusación, la acusación particular a los dos acusados por delito de apropiación indebida , y el Ministerio fiscal por delito de receptación al acusado Torcuato . E interesando la absolución por aplicación de la excusa absolutoria del art 268 respecto de la acusada Candelaria .

**SEGUNDO.-** Celebrado el juicio oral, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia n.º 397/2021, de 7 de diciembre, en el Procedimiento Abreviado n.º 76/2017, que contiene los siguientes: "HECHOS PROBADOS.-

Las presentes actuaciones se iniciaron por testimonio deducido del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia en procedimiento de tutela 548/2006 por si los hechos pudieran ser constitutivos de un delito de apropiación indebida respecto de Doña Candelaria .

Incoadas las Diligencias Previas 93/2008 por el Juzgado de Instrucción n.º 7 de Murcia por auto de 30 de junio de 2008, se practicaron las que se consideraron procedentes hasta el dictado del auto de 13 de mayo de 2013 que acordó la continuación del procedimiento por los trámites del abreviado respecto de la imputada Doña Candelaria y el sobreseimiento provisional de la misma respecto del imputado Don Torcuato .

Doña Margarita , ascendiente por afinidad de los acusados Candelaria y Torcuato se personó en las actuaciones, en su calidad de madre y tutora de su hijo incapaz Don Bernardo , por escrito de 5 de septiembre de 2008, siendo admitida su personación por providencia de 18 de septiembre de 2008, que estuvo vigente hasta su fallecimiento el día 12 de junio de 2010.

Doña Graciela , esposa en la fecha de los hechos denunciados, de Don Torcuato y cuñada de Doña Candelaria también a la fecha de aquellos, y Doña Guillerma , cuñada de Don Torcuato , al ser hermana de la mujer de este, y Doña Candelaria , al ser hermana del marido de la misma declarado incapaz, se personaron en el procedimiento por escrito de 27 de septiembre de 2010, otorgando poder apud acta al efecto el 22 de octubre de ese año.

Respecto del auto de 13 de mayo de 2013 el Ministerio Fiscal formuló en fecha 25 de marzo de 2015 escrito de adhesión al recurso de apelación interpuesto por Doña Graciela y Doña Guillerma respecto al sobreseimiento decretado por el auto en relación al imputado Don Torcuato , recurso que fue estimado por auto de 20 de abril de 2015.

El Ministerio Fiscal formuló calificación provisional respecto de Doña Candelaria , interesando la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal en relación con el delito de apropiación indebida, sin que efectuara petición de pena respecto de la misma, e interesando la condena del acusado Torcuato como autor de un delito de receptación del artículo 298 CP interesando para él la pena de dos años de prisión, fijando en ambos casos el importe de la responsabilidad civil que debía ser satisfecha."

La Audiencia Provincial dictó el siguiente pronunciamiento: "FALLAMOS



Que DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Candelaria , del delito del que venía acusada, al estimarse la cuestión previa planteada por el Ministerio Fiscal y no reconocer legitimación activa en el presente procedimiento a la acusación particular, no existiendo petición formal de condena pena para la misma por las razones expuestas en la fundamentación jurídica de esta resolución , con declaración de oficio de las costas causadas.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS A Torcuato del delito del que venía acusado, al estimarse la cuestión previa planteada por el Ministerio Fiscal y no reconocer legitimación activa en el presente procedimiento a la acusación particular, no existiendo petición formal de condena pena para el mismo por las razones expuestas en la fundamentación jurídica de esta resolución, con declaración de oficio de las costas causadas. [...]"

**TERCERO.-** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de **D.ª Graciela y D.ª Guillerma** , 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.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación de los recurrentes, formalizaron el recurso, alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

**MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN** Por infracción de ley y al amparo de lo dispuesto en el artículo 849-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 5.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por aplicación indebida del artículo 268-1º del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los hechos esto es desde 12 de octubre de 2005 a 21 de febrero de 2007.

**MOTIVO SEGUNDO DE CASACIÓN** Por infracción de ley y al amparo de lo establecido en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**QUINTO.-** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Por Providencia de esta Sala de fecha 23 de noviembre de 2023 se señala el presente recurso para fallo para el día 20 de febrero de 2024, prolongándose la deliberación del mismo hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación es absolutoria respecto de dos personas que habían sido acusadas por la acusación particular, una de ellas, además, por el Ministerio Fiscal. La causa se inicia por deducción de testimonio del Juzgado que tramitaba la declaración de incapacidad, personándose en la causa la tutora, madre de la persona tutelada, posteriormente sustituida por las hermanas de la persona en situación de incapacidad. Los acusados habían sido la cónyuge de la persona incapacitada, inicialmente también fue tutora hasta su remoción, y el otro acusado, que era cónyuge de una de las personas que ejercen ahora la tutela y la acción penal. La causa de la absolución la apoya el Tribunal de instancia al no reconocer legitimación en el presente procedimiento a la acusación particular, no existiendo "petición formal" de condena penal para los acusados, por las razones expuestas en la fundamentación de la resolución objeto de esta impugnación. En la resolución se invoca, como fundamento para apartar de la causa a la acusación particular, el artículo 103 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor, no podrán ejercitar acciones penales entre sí los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por uno contra la persona del otro, o la de sus hijos, y por el delito de bigamia, y tampoco los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, al no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

Este será el contenido esencial de la impugnación al que daremos respuesta.

De la causa resultan los siguientes hechos: el día 24 de marzo del 2004 Bernardo había sufrido un accidente de tráfico quedando en estado vegetativo persistente. Casado con D.ª Candelaria , es nombrada tutora en el mes de noviembre de 2004. Aproximadamente 2 años después se produce la remoción de la tutela, que es asumida por la madre de la persona en situación de incapacidad, D.ª Margarita . Durante el tiempo en que la señora D.ª Candelaria ejerció la tutela, se produjeron disposiciones económicas, que son las que fundamentan la deducción de testimonio por el juzgado, Autos 548/2006 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Murcia, situación que da lugar a la remoción de la tutela y la disolución del matrimonio a instancia de la nueva representación del tutelado. Por la nueva, tutora, en representación del incapacitado, se persona en la causa penal y ejerce la acción penal, no sólo contra quien había sido, la mujer y tutora de la persona discapacitada, sino también contra otra persona, que había sido al tiempo de los hechos marido de otra de las hermanas del incapacitado. Producido el fallecimiento de la tutora, le suceden en la tutoría las dos hermanas



del fallecido, quienes mantienen la acción penal contra quien había sido su cuñada y quien había sido el marido de una de ellas. La causa sigue su curso, se incoa procedimiento abreviado, y en el trámite de las calificaciones se presentan las de la acusación particular, que formula escrito de acusación contra los dos acusados por delito de apropiación indebida, y la del Ministerio Fiscal, que insta la absolución de la imputada, en aplicación del 268 del Código Penal, la excusa absolutoria en los delitos patrimoniales y acusa al imputado por delito de receptación. Se acuerda la apertura del juicio oral.

Al juicio oral comparecen las partes y plantean distintas cuestiones previas que son resueltas por el tribunal en la resolución que es objeto de impugnación. El Ministerio Fiscal planteó como cuestión previa la falta de legitimidad de la acusación particular para el ejercicio de la acción penal, al considerar que el art. 103 de la ley procesal lo impedía. Respecto a la acusación formulada contra el acusado por delito de receptación, señala que durante la instrucción de la causa se había acordado el sobreseimiento para este acusado, Auto de 13 de mayo de 2013, que fue recurrido por la acusación particular -que no tendría legitimación para recurrirlo- limitándose el Ministerio Fiscal a adherirse al mismo. Retirada aquella legitimación del recurrente, decaería la del interviniente por adhesión, debiendo mantenerse, afirma, el sobreseimiento. Con este planteamiento pretende un efecto retroactivo a una resolución todavía no dictada. Por esta razón insta una sentencia absolutoria sin entrar en el fondo del asunto. El tribunal de instancia resuelve la cuestión en el sentido que expresa el fallo de la sentencia impugnada, la ausencia de legitimación de las acusaciones y, en consecuencia, la absolución de los acusados, por falta de legitimación activa de la acusación particular para el ejercicio de la acción penal, sin que el Ministerio Fiscal pudiera haber calificado, al considerar que el Auto de sobreseimiento de 13 de mayo de 2013 no debió ser recurrido por falta de legitimación de la acusación particular para el ejercicio de la acción penal. Inexistente una acusación, sólo procedería la absolución.

El planteamiento, expuesto en los mismos términos que recoge la sentencia en su encabezamiento, no deja de ser sorprendente. El Fiscal pedía la absolución de la acusada, por aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 CP, y mantuvo la acusación contra el acusado por delito de receptación. No ha retirado la acusación y había pedido la apertura del juicio oral, y así lo acordó el tribunal. Abierto el juicio oral, sólo cabe su terminación por sentencia que debe resolver las cuestiones deducidas en los escritos de calificación. Visto el desarrollo del juicio, a través del acta videográfica de la primera sesión del juicio oral no acaba de entenderse el planteamiento de la acusación pública, pues en ningún momento retira la acusación. En un momento de su alegato refiere que mantiene la acusación "meramente formal", pero solicita que se estime la cuestión previa, apartando del juicio a la acusación particular, por falta de legitimación.

Respecto a la petición de aplicar la excusa absolutoria del 268 CP a la acusada, refiere que el juicio debe celebrarse cuando existan dudas sobre la aplicación de la excusa absolutoria, y no debe celebrarse, si todos están de acuerdo en su concurrencia, argumento que tiene apoyo en la jurisprudencia de esta Sala. Respecto del acusado por delito de receptación, confiere a la resolución que se dicte sobre la cuestión previa, un efecto retroactivo hasta el sobreseimiento acordado en la instrucción de la causa que fue recurrido por la acusación particular y al que se adhirió el Ministerio Fiscal, recurso que fue estimado por la Audiencia Provincial. Afirma, por último, que confiriendo efectos retroactivos a la cuestión previa, el sobreseimiento no debió ser recurrido y, al devenir firme, no habría traslado a la acusación. En consecuencia, sin acusación, no habría juicio.

**SEGUNDO.-** Expuesta la situación analizamos el recurso formalizado por la acusación particular que cuestiona, en primer término, la indebida aplicación a la causa del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha sido aplicado en la sentencia para negar la legitimidad de quien ejerce la acusación particular para el ejercicio de acciones penales contra las personas a las que se refiere el mencionado artículo.

El art. 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excepciona el carácter público de la acción penal y limita su ejercicio a los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos el uno contra la persona del otro o de sus hijos, y por el delito de bigamia. Y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros.

Plantea la recurrente que el artículo 103 de la ley procesal debe ser de interpretación restrictiva, y que al tiempo de la personación de la acusación particular, y en virtud de respectivos divorcios de los dos acusados, tanto por la separación de hecho, derivado de la situación vegetativa de la persona tutelada, como por el posterior divorcio, y la demanda planteada, ya no forman parte del grupo familiar al que se refiere el precepto que considera indebidamente aplicado, añadiendo una alegación que plantea un contenido, según afirma, de justicia en el que invoca: "la separación de hecho de los cónyuges propiciada por la propia señora Candelaria que inicia una relación sentimental con su cuñado, el otro acusado, es determinante porque añade un "plus" de repulsión, rechazo y repugnancia a las acciones llevadas a cabo por los acusados. A juicio de esta parte y de la propia familia, se desprecia a la persona postrada y en estado vegetativo, cuando alguien se apropia de un dinero destinado a su cuidado y atención mientras viva, resulta todavía más aberrante cuando se lleva a cabo entre la tutora (esposa del incapaz) y el marido de la hermana del incapaz", argumento que al no ser



propio de un escrito forense no debe ser tenida en cuenta. Además, añade que la condición en que se produce la apropiación indebida, no lo es la esposa del incapaz sino en su condición de tutora y representante del mismo, por lo que no nos encontramos ante un supuesto en el que una persona, separada o no, realice actos de disposición en beneficio propio y en perjuicio de su cónyuge, sino entre un supuesto de que un representante legal (tutor), realice actos contrarios a la buena administración de los bienes del tutelado. En definitiva, sostiene que la limitación del art. 103 lecrim, no es aplicable porque, al tiempo del ejercicio de la acción penal, no existía la relación parental que limitaba su ejercicio e invoca la regla *tempus regit actum*, que preside la aplicación de la norma procesal.

El motivo será estimado. La interpretación de este precepto limitativo del ejercicio de la acción penal ha de ser entendida con carácter restrictivo. El adagio *odiosa sunt restringenda* alcanza todo su contenido cuando se trata de limitar el ejercicio de la acción penal, que es pública, 101 lecrim. Debemos tener en cuenta, además, el fundamento perseguido con la limitación prevista en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no impide que se denuncien hechos que puedan ser delictivos, ni que se investiguen hechos en los que una parte se sienta perjudicada por la conducta de quién es, o haya sido, pariente en los términos contenidos en el artículo 103 y respecto de los delitos que en la misma se contemplan. Lo que quiere el legislador es que el proceso penal no sea el espacio donde puedan dilucidarse, además de las reclamaciones propias de un hecho delictivo, otros aspectos relacionados con la relación parental, y en tanto subsisten, el legislador procesal impone la limitación de su ejercicio.

Al respecto, dijimos en la Sentencia 933/2010, de 22 de octubre, analizando las dificultades interpretativas de esta cláusula limitativa, que la determinación de su alcance no resulta nada fácil, sobre todo a la vista de su falta de correspondencia con el artículo 268 del Código Penal de 1995. En efecto, la relación de este último proyecto superó el contenido histórico del precedente artículo 564 del Código Penal 1973, en el que la exención alcanzaba, sin matices, a los cónyuges, sin mención alguna a otras situaciones como a las que ahora se recogen, separaciones, divorcios, separación de hecho o presentación de demandas de separación o divorcio. Ello significa que mientras que el Código Penal de 1995 adaptó la redacción de las excusas absolutorias por razón de matrimonio a una realidad social en la que la existencia de un proceso de separación o disolución matrimonial excluía el fundamento de la excusa absolutoria, sin embargo el artículo 103 de la lecrim siguió aferrado a su redacción histórica, que no había sufrido otra modificación que la consistente en la supresión de los delitos de adulterio y amancebamiento, por la ley 22/1978 de 26 de mayo.

Esa discordancia, ha sido corregida por la interpretación jurisprudencial. En consecuencia, la constatación de que el precepto del artículo 103 lecrim no se ha acomodado a las situaciones de crisis matrimoniales, hace precisa una acomodación de su sentido para atender esa nueva realidad. En este sentido, tomando los términos de la STS 933/2010, de 22 de octubre, "en definitiva, cualquier delito cometido entre cónyuges, en ausencia de los presupuestos que justifican la aplicación de la absolutoria excusa prevista en el artículo 268 del Código Penal, podrá ser perseguida por la víctima, sin limitaciones derivadas de la literalidad del artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuyo contenido ha de ser interpretado en estrecha relación con el fundamento y los presupuestos de exención".

De esta manera, unificamos en su interpretación la inteligencia de ambos preceptos, dispares en cuanto a su naturaleza, sustantiva y procesal, pero, necesariamente, interrelacionados en la identificación de las situaciones a los que, respectivamente, se refieren, si bien cada precepto ha de regular su, también respectivo, ámbito de actuación, el procesal como norma reguladora de una relación jurídica procesal, regido por el tiempo de aplicación, y el sustantivo, referido al tiempo de la comisión de los hechos.

Así lo recoge la Sentencia que hemos tomado como referencia, la 933/2010, al abordar el alcance de las limitaciones contenidas en el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al ejercicio de la acción penal en las situaciones parentales a las que el precepto se refiere, pues sería absurdo que en situaciones de crisis matrimoniales, a las que refiere el artículo 268 del Código Penal, respecto a los cuales ya no juega la excusa absolutoria en los delitos patrimoniales, el perjudicado no pudiera actuar ante la jurisdicción penal el interés en la persecución del hecho delictivo, pero esa unificación interpretativa afecta a los sujetos a los que se refieren las normas, parientes o cónyuges, pero no al respectivo campo de activación, la relación jurídico procesal y la comisión del hecho delictivo.

Además, en este mismo orden de consideraciones referidas a la interpretación del artículo 103 de la ley procesal, también hemos de tener en cuenta la interpretación que respecto del artículo 268 del Código Penal ha realizado, esta Sala, al extender su comprensión a las personas unidas por una relación de afectividad semejante a la del matrimonio. En efecto, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala, de 1 de marzo del 2005 interpretó las excusas absolutorias del artículo 268 del Código Penal en el sentido de incluir dentro del término cónyuges, a las relaciones estables de pareja asimilables a la relación matrimonial, a los efectos de aplicar la excusa es absolutoria del artículo 268 del Código Penal. Desde la perspectiva de este Acuerdo,





la interpretación del artículo 103 de la lecrim añadiría una situación de objetiva injusticia, cuál es que las relaciones de análoga relación de afectividad se verían inmersas en la excusa absolutoria del 268 del Código Penal, pero los integrantes de esa relación no verían limitada su capacidad de actuar penalmente contra la persona con la que ha mantenido una análoga relación de afectividad, situación que sí sería limitativa respecto de las personas unidas por un vínculo matrimonial. Esta discordancia, generadora de desigualdad, hace precisa una interpretación que asegure la vigencia del principio de igualdad en aplicación de la norma.

A partir de las anteriores premisas, también es necesario poner de manifiesto y con especial énfasis, que la norma del art. 103 de la ley procesal es una norma procesal dirigida a la regulación de los presupuestos de la acción penal, y constituye un principio interpretativo de las normas procesales, en orden a la vigencia, su actuación conforme al principio de *tempus regit actum*, en cuya virtud la ley procesal se aplica en el momento en el que el acto procesal sea de aplicación, en tanto que las normas penales se aplican respecto al momento de su vigencia al tiempo de la comisión de los hechos. Principio general respecto al que no existe una causa lógica que lo excepciona.

En consecuencia, el artículo 103 de la lecrim debe ser interpretado, como tal norma procesal, de acuerdo a la realidad existente al tiempo de la aplicación del mencionado precepto, es decir, al tiempo de la constitución de la relación jurídica procesal, de manera que las limitaciones surtirán efecto respecto a las relaciones parentales descritas en el artículo 103 de la lecrim, enmarcados en los delitos a los que se refiere. El artículo 268 del Código Penal, por su parte, dará lugar a la exención de la responsabilidad penal respecto de hechos aún siendo típicos antijurídicos y culpables no sean penados que por la declaración de concurrencia de la excusa absolutoria, sin perjuicio de la responsabilidad civil, pero no de la pena, expresamente excluida por el artículo 268 del Código Penal.

Ese ejercicio de la acción penal, sin más limitaciones que las expresadas en la literalidad del art. 103 lecrim, del que se excluyen las situaciones derivadas de crisis matrimoniales a los que se refieren el art. 268 CP, dará lugar, en su caso, a la aplicación durante la instrucción, juicio oral o en sentencia, a la aplicación del art. 268 CP si concurren los presupuestos de la excusa absolutoria.

La interpretación expuesta es acorde a la doctrina de la Sentencia 4/2007, de 8 de enero, que recoge la decisión del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre la interpretación que debiera darse el artículo 103 de la lecrim, Acuerdo de 20 de diciembre de 2006, que recoge la complejidad de su interpelación dados los profundos cambios sociales en la configuración de las relaciones parentales, y afirmó una interpretación favorable a mantener la literalidad de la norma referida, refiriendo esa limitación a las para personas ligadas por una relación conyugal, en los términos expuestos en la posterior STS 933/2010, anteriormente expuesta.

Esta interpretación supone que en los delitos respecto a los cuales se señalan restricciones a la legitimación de ciertos parientes para el ejercicio de la acción penal, excepcionando los delitos cometidos contra las personas, se sitúan en la relación parental existente, de manera que los delitos cometidos, vigente la relación parental, no admiten que en su persecución puedan personarse, y ejercitar acciones penales, quienes se hayan ligados por esa relación parental.

En el caso de esta casación, en el que se ejercitan acciones penales contra quien había sido la mujer del hermano, en situación de discapacidad, y contra quien había sido marido de una de las personas que ejercitan la acción penal, el juicio se ha seguido, con la personación y actuación penal de personas en una situación conyugal que ya no existe, dadas las crisis declaradas al tiempo del ejercicio de la acción penal. Debió estimarse correctamente constituida la relación procesal y legitimadas para el ejercicio de la acción penal.

Señalado lo anterior, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación a este recurso, la sentencia adolece, además, de un error pues al afirmar la falta de legitimación activa para el ejercicio de la acusación particular, por quien la venía ejerciendo, declara, al mismo tiempo, que no existía "acusación penal formal", por lo que decide no entrar a valorar si la excusa del artículo 268 del Código Penal es, o no, procedente y tampoco resuelve la acusación formulada por receptación. Al negar esa legitimación de la acusación particular dicta sentencia absolutoria, y no entra a valorar la pretensión acusatoria articulada por el Ministerio Fiscal, que no retiró la acusación, contra el anterior marido de una de las tutoras.

El juicio debió seguir en su desarrollo admitiendo la acción penal ejercida por la acusación particular y por el Ministerio Fiscal.

**TERCERO.-** Analizaremos el segundo pedimento del recurso, la excusa absolutoria. Este instituto participa de la consideración de una opción del legislador penal por la que entiende que, en aquellas situaciones respecto a las cuales se haya podido constatar la existencia de un delito, se excluye la consecuencia jurídica que correspondería al delito para determinadas personas, bajo determinadas circunstancias. No supone una



negación del carácter delictivo de los hechos, sino de la pena que fuera procedente, en función de una situación y unas circunstancias peculiares que hacen que el Estado renuncie al ejercicio del *ius puniendi*, pese a la constatación del carácter delictivo del hecho. Se fundamenta en razones de política criminal, en la no necesidad, o la inconveniencia, de que intervenga el derecho penal, sin perjuicio del carácter delictivo del hecho.

Así lo hemos declarado en Sentencias de esta Sala, de la que destacamos las Sentencias 11/2023, de 15 de febrero y la n.º 928/2021, de 26 de noviembre, que recogen distintos pronunciamientos de esta Sala en los cuales se afirma la naturaleza delictiva del hecho, eximiendo de pena, y manteniendo la responsabilidad civil derivada desea actuar considerado como hecho delictivo.

En ella recordábamos la STS 618/2010, 23 de junio (con cita en las SSTS 91/2006, de 30 enero y 334/2003, 5 de marzo) que reflejaba 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, 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".

Recordábamos también que esta Sala ha admitido la posibilidad de que la excusa absolutoria produzca sus efectos ya en la fase de instrucción o en la fase intermedia, mediante la oportuna resolución de sobreseimiento al amparo del artículo 637.3 de la lecrim, siempre que estén acreditados suficientemente los presupuestos básicos que requiere la aplicación de aquella ( STS 91/2006, de 30 de enero), y una vez acordada la absolución por el delito contenido en la acusación, no es posible un pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil que se hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente ( SSTS 172/2005, de 14 de febrero, o 430/2008, de 25 de junio). De modo que la exención de responsabilidad penal, cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza a la prosecución del proceso penal con la única finalidad de establecer la responsabilidad civil, salvo en los casos expresamente contemplados en la ley (en igual sentido la STS 1288/2005, de 28 de octubre).

No obstante ello, en la sentencia que nos sirve de referencia resaltábamos que no faltan precedentes que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el Tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados y aplica luego la excusa para absolver al acusado.

Así, hacíamos mención a la STS 361/2007, de 24 de abril, recordó que el artículo 268 del Código Penal establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos, pues el precepto detalla que " están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...", tratándose de una afirmación normativa que puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a que, una vez apreciada la excusa y declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil mientras no se haya producido una renuncia o reserva de la acción civil.

También a la STS 198/2007, de 5 de marzo, ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril , que subrayaba "...lo mismo si se considera a la llamada " excusa absolutoria" como excusa " personal" que libera de pena, consecuencia y no componente del tipo delictivo, como lo entienden las SSTS de 23 de junio de 1972 y 10 de mayo de 1988, como si se conceptúa a la " punibilidad" como elemento esencial e integrante de la infracción... ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil... según lo prevenido en el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existe datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil, como dice la Sentencia antes citada, de 10 de mayo de 1988".

Una doctrina jurisprudencial que resaltamos que encuentra inspiración en consideraciones legales sobre la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal, pues (como reconoce la STS 618/2010, de 23 de junio), la aparente contradicción entre ambas afirmaciones encontraría una explicación razonable en que, en algunos supuestos, se presenta la necesidad de practicar la prueba en el juicio oral para establecer de forma terminante la concurrencia de los presupuestos fácticos de la excusa absolutoria



-e incluso la existencia del delito, la autoría y la extensión de la propia responsabilidad civil- y, además, la conveniencia de no repetir un proceso que, en sus extremos más trascendentales, entre los que se encuentran los aspectos civiles, ya se había desarrollado en su integridad, con respeto a los derechos de todos los afectados.

A la sentencia que conduce la reflexión anterior, se han añadido muchas otras.

La STS 851/2016, de 11 de noviembre, indica que "resulta evidente que para poder aplicar la excusa absolutoria de referencia, antes se precisa mediante el seguimiento del proceso debido en todas sus fases, el desarrollo de una prueba que justifique la existencia del delito imputado y, a pesar de ello, la extinción de la derivada y correspondiente responsabilidad penal, con declaración e inclusión en el fallo de la subsistente responsabilidad civil".

La STS 63/2018, de 12 de diciembre, precisa que "si concurriera la excusa absolutoria, podría llevarse a cabo pronunciamiento acerca de la responsabilidad civil. Otra cosa es que se hubiere dictado sentencia absolutoria, sin la aplicación de la excusa absolutoria".

La STS 436/2018, de 28 de septiembre, subrayaba que "entre los parámetros de actuación para la aplicación de la excusa absolutoria, está que no quede excluida la responsabilidad civil, la cual puede ser reconocida en la sentencia penal que haya recogido la excusa, o bien si se acepta en la fase de instrucción, dejando abierta la vía civil para ello".

Y, por su parte, la STS 669/2014, de 15 de octubre, como también la STS 616/2018, de 11 de abril, proclaman que "la excusa absolutoria del art 268 del Código Penal no interfiere en lo relativo a la responsabilidad civil, porque que queden sin punición los hechos comprendidos, no los transmuta, entre los sujetos relacionados por alguna de las clases de parentesco descritas, en lícitos; las notas de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad por esa mera circunstancia parental no desaparecen, aunque se exima de penal".

En los mismos términos se pronuncian las SSTS 175/2014, de 5 de marzo o 551/2019, de 12 de noviembre.

Consecuentemente, del examen de las actuaciones resulta que existió acción por parte de la acusación pública, y también por la acusación particular con un contenido concreto de pretensión de aplicación de la excusa absolutoria, y resarcimiento indemnizatorio, por el Ministerio Fiscal, y también hemos declarado la procedencia de la acción penal referida por la acusación particular que postuló la condena por delito de apropiación indebida.

Procede en consecuencia, declarar la nulidad de las actuaciones para retrotraer la causa al inicio del juicio oral momento anterior al estudio de las cuestiones previas planteadas en el juicio para, tras la celebración del juicio resolver las pretensiones acusatorias deducidas en el juicio oral.

## FALLO

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

**1.- Estimar** el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D.ª Graciela y D.ª Guillerma**, contra la sentencia n.º 397/2021, de 7 de diciembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Procedimiento Abreviado n.º 76/2017.

**2.- Anular las actuaciones** retrotrayendo las mismas al inicio del juicio oral para la celebración del juicio de acuerdo en las normas procesales con ejercicio de la acción penal por las acusaciones, pública y particular.

**3.- Declarar de oficio las** costas ocasionadas en el presente recurso de casación.

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.