



Roj: **STS 4001/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4001**

Id Cendoj: **28079120012022100849**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **3651/2020**

Nº de Resolución: **863/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ BAL 455/2020,**
STS 4001/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 863/2022

Fecha de sentencia: 03/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3651/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ILLES BALEARS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3651/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 863/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 3 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3651/2020, interpuesto por Braulio y Melisa (acusación particular), representados por la procuradora D^a. Sara Teresa Coll Sabrafín, bajo la dirección letrada de D. Daniel Castro Rabadan; y por **Cipriano**, representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, bajo la dirección letrada de D. Federico Morote Pons, contra la sentencia nº 19/2020, de fecha 8 de junio de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el Rollo de Apelación nº 12/2020. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 5 de Palma de Mallorca, instruyó Procedimiento Abreviado nº 4175/2018, contra Cipriano, por delito continuado de apropiación indebida, y una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 89/2018, dictó sentencia nº 316/2019, de fecha 17 de septiembre de 2019, que contiene los siguientes hechos probados:

<<En atención a las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, procede declarar probados y así se declaran lo siguientes hechos:

I.- El acusado, Cipriano, mayor de edad y sin antecedentes penales, era propietario junto con su hermana, Rocío, fallecida el 23 de enero de 2013, de la parcela número NUM000 del polígono NUM001 del término municipal de Selva, que se vio afectada por una expropiación como consecuencia del desdoblamiento de la carretera C713 en el tramo Inca-Sa Pobla, en el año 2003.

II.- El acusado tramitó todo lo referente a la citada expropiación y la consiguiente indemnización. Como consecuencia del procedimiento administrativo, se efectuó la citada expropiación y el 9 de junio del año 2004, el acusado recibió como depósito previo la cantidad de 52.558,55 euros y, posteriormente, tras la ocupación de la finca y como consecuencia de un mutuo acuerdo que se realizó entre el acusado y la administración, el día 23 de abril de 2008, el acusado recibió la cantidad de 264.649,95 euros mediante transferencia bancaria, al haberse fijado como justiprecio en el acta de mutuo acuerdo, la cantidad de 317.208,50 euros.

III.- El acusado sólo entregó a su hermana la cantidad de 38.000 euros, incorporando a su patrimonio el resto del dinero recibido.

IV.- Posteriormente, el acusado demandó a la administración por los desperfectos que se habían causado en la finca como consecuencia de la expropiación, iniciándose un procedimiento contencioso administrativo que finalizó con sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 886/13, en la que se condenaba a la Administración a reparar los desperfectos causados o a indemnizar al acusado en la cantidad de 188.100,02 euros, cifra que finalmente le fue entregada el día 26 de junio de 2014 y que el acusado se ha quedado sin haberlo invertido en las mejoras de la finca salvo la cantidad de 17.500 euros. La finca se encuentra, prácticamente, en el mismo estado que la dejó la administración tras la expropiación. >>

SEGUNDO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a Cipriano, en concepto de autor de un delito de apropiación indebida agravada y en continuidad delictiva, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de TRES AÑOS Y UN DÍA DE PRISION, y MULTA de nueve meses y un día con cuota diaria de 20 euros, inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena y pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación Particular. En concepto de responsabilidad civil el Sr. Cipriano deberá indemnizar a las víctimas en la cantidad de 214.654,48 euros, cantidad que devengará el interés legal previsto en el art. 576 LEC. >>

TERCERO.- Notificada la referida sentencia a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado, remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, que en el Rollo de Apelación nº 12/2020, dictó sentencia nº 19/2020, de fecha 8 de junio de 2020, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

<<1º Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Antonio J. Ramón Roig en nombre y representación de Cipriano, contra la sentencia 316/2019 de 17 de septiembre dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de les Illes Balears en su rollo PA 89/2018 y,

2º En consecuencia, se revoca en parte dicha resolución y se acuerda:

- a) Absolver al acusado Cipriano del delito de apropiación indebida agravada y en continuidad delictiva por el que fue condenado en dicha sentencia.
- b) Condenar en concepto de responsabilidad civil a Cipriano a que indemnice por mitades iguales a Melisa y a Braulio en la cantidad de 120.604,25 euros, cantidad que devengará el interés legal del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- c) Declarar de oficio las costas causadas. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, quebrantamiento de forma, y de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de los recurrentes Braulio y Melisa (acusación particular):

Primero.- Por infracción de ley, al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, indebida aplicación de la **excusa absoluta** ex art. 268 CP.

Segundo.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

Tercero.- Por quebrantamiento de forma, al amparo del nº 1, inciso primero, del art. 851 LECrim, por no expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. Ello puesto en relación con el art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por infracción de precepto constitucional entendida como el derecho a obtener una respuesta judicial motivada basada en derecho.

Motivos aducidos en nombre del recurrente Cipriano :

Primero.- Error en la valoración de determinadas pruebas.

Segundo.- A.- Aplicación indebida de los preceptos de carácter procesal civil, por indebida e incorrecta aplicación de los arts. 299 LEC, que regula los medios de prueba en el procedimiento civil y de los arts. 249 y ss. de la LEC, que regula el procedimiento declarativo ordinario.

B.- Aplicación indebida de los preceptos de carácter civil sustantivo, arts. 1088 del C.C., relativos a las obligaciones, 1137 y ss. del mismo cuerpo legal, en cuanto a las obligaciones solidarias y mancomunadas, arts. 1157 a 1181 del C.C. en cuanto al pago.

Tercero.- Infracción de los arts. 24.1 y 24.2 CE.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 19 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO ACUSACIÓN PARTICULAR Melisa Y Braulio

PRIMERO.- Previamente habrá que coincidir con el Ministerio Fiscal en que el orden sistemático de los motivos es relevante, dado que la infracción de ley exige el respeto del relato fáctico, por lo que carece de lógica formular motivos de infracción de ley del art. 849.1 LECrim antes de los que cuestionan el relato fáctico de la sentencia recurrida, sea por presunción de inocencia o quebrantamiento de forma. Tampoco tendrá sentido plantear como prioritario el análisis de la subsunción jurídica cuando en un momento posterior, por quebrantamiento de forma, se interesa la nulidad del juicio, o de la sentencia, pues lo expuesto al resolver este primer motivo perdería toda efectividad en caso de prosperar el siguiente.

En consecuencia, el orden lógico -decíamos en STS 536/2016, de 17-6- es plantear, en primer lugar, las infracciones constitucionales, a continuación, los motivos por quebrantamientos de forma, seguidos del error en la valoración de la prueba y concluyendo con la infracción de ley.

1.1.- Comenzando, en consecuencia, por el análisis del motivo tercero del recurso interpuesto por la acusación particular, por quebrantamiento de forma al amparo del nº 1, inciso primero del art. 851.1 LECrim, por no

expresar la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Baleares clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados. Ello puesto en relación con el art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por infracción de precepto constitucional entendida como el derecho a obtener una respuesta judicial motivada basada en el derecho.

Entiende que en relación al hecho delictivo primero, esto es, la apropiación del total del justiprecio por la expropiación (317.208 €) al haberse aceptado los hechos probados de la sentencia de la Audiencia Provincial, obligado resultaba la condena por dichos hechos acorde a un delito de apropiación indebida y en continuidad delictiva, pues se aceptaban también por el TSJ los criterios valorativos de la AP, y por tanto también la condición de víctimas de los denunciante y el momento de perfeccionamiento del delito.

Y más claro a su juicio resulta el quebrantamiento de forma respecto al hecho delictivo segundo, esto es, la apropiación indebida de los 188.100 € entregados por la Administración para la reposición de la finca en tanto, se absuelve de dicho delito sin establecer hechos probados distintos de los fijados por la Audiencia Provincial.

1.2.- El motivo deviene improsperable.

La jurisprudencia, por ejemplo STS 945/2004, de 23-7; 94/2007, de 14-2; tiene declarado que es un requisito imprescindible de las sentencias penales la existencia de un relato de hechos probados que permita en comprensión no sólo por el justiciable al que afectan directamente, sino también por el tribunal que conoce la sentencia en vía de recurso y, además, pro la sociedad en su conjunto, en cuando pueda tener interés en acceder a una resolución pública dictada por los tribunales. Con los hechos declarados probados en la sentencia haría relacionarse los fundamentos jurídicos de la misma, lo que exige que la descripción de lo que la sentencia considera probado sea lo suficientemente contundente y desprovista de dudas, al menos en los aspectos a los que se **aplica** el derecho, como para permitir la adecuada subsunción de la conducta en el correspondiente precepto sustantivo, de forma que la relación de hechos, su calificación jurídica y el fallo formen en todo congruente.

Reiterada doctrina jurisprudencial ha entendido que la sentencia debe anularse cuando se aprecie en el relato fáctico una insuficiencia descriptiva que lo haga incomprensible o difícilmente inteligible, bien por una omisión total de versión fáctica, bien por omisiones parciales que impidan su comprensión; bien por el empleo de frases ininteligibles o dubitativas que impiden saber lo que el tribunal declare probado efectivamente, o bien por contener la sentencia un relato de hechos constanding de tal forma que conduzcan a la duda acerca de si el tribunal los está declarando probado o no. Siendo necesario además que los apuntados defectos supongan la imposibilidad de calificar jurídicamente los hechos (STS 1610/2001, de 17-9; 559/2002, de 27-3).

Los requisitos que conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS 1006/2000, de 5-6; 471/2001, de 22-3; 717/2003 de 21-5; 474/2004, de 13-4; 1253/2005; de 26-10; 1538/2005, de 28-12; 877/2004, de 22-10; 24/2010, de 1-2) hacer viable a este motivo son los siguientes.

a) Que en el contexto del hecho probado se produzca la existencia de imprecisión bien por el empleo de términos o frases ininteligibles, bien por omisiones que hagan incomprensibles el relato, o por el empleo de juicios dubitativos, por la absoluta carencia de supuesto fáctico o por la mera descripción de la resultante probatorio sin expresión por el juzgador de lo que considerar probado.

Este requisito compuesto, a su vez, la exigencia de que el vicio provisional de la fallo de claridad debe ubicarse en el hecho probado, debe ser interna y no podría oponerse frente a otros apartados de la sentencia, y sobre ser gramatical, sin que para su alegación frente a una falta de comprensión lógica a argumental, cuya impugnación debiera articularse por otras vías, como el error de derecho.

b) la incomprensión, la ambigüedad, etc...del relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia. La falta de claridad impide la comprensión del hecho probado e impide una correcta subsunción.

c) además la falta de claridad debe producir una laguna o vacío en la descripción histórica del hecho que se declare probado.

d) Las imprecisiones en cuanto a fechas o intervención de personas podrían dar lugar a la falta de claridad en función de la prueba practicada pues, si bien es exigible la mayor precisión en cuantos datos fácticos sean necesarios para la calificación, su incomprensión por falta de acreditaciones, no dará lugar al vicio procesal, pues el hecho probado debe recoger aquellos que efectivamente resulta acreditado.

Jurisprudencia STS 24/2010, de 1º-2, Falta de claridad y omisiones en los hechos probados.

La falta de claridad no se integra por las meras omisiones de datos fácticos en el relato de hechos probados, ya que como la contradicción, es vicio puramente interno del mismo que sólo surge por omisiones sintácticas

o vacíos de comprensibilidad que impiden conocer que es lo que el Tribunal consideró o no probado, siempre que la incomprensión del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica y que la falta de entendimiento o incomprensión provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos (SSTS. 24.3.2001, 23.7.2001, 1.10.2004, 2.11.2004, 28.12.2005).

Por ello, se insiste en que no concurre el quebrantamiento de forma en las meras omisiones de datos fácticos que el tribunal puede no considerar probados o simplemente irrelevantes, cuando con dicha omisión no se origina incomprensión del sentido del texto (SSTS. 31.1.2003, 28.3.2003, 12.2.2004).

La solución a las omisiones en los hechos probados -decíamos en STS. 30.9.2005- no viene por el cauce utilizado por el recurrente -falta de claridad del art. 851.1 LECrim.- sino por la vía del art. 849.2 LECrim. En este sentido la STS. 4.5.99 precisa que la omisión de datos que debieron ser incluidos en el relato, según el recurrente, en modo alguno constituye el defecto procesal contemplado en el precepto invocado, sino a lo más que podría dar lugar es que se procediera a completar la sentencia mediante el procedimiento legalmente establecido al efecto, que desde luego no es la vía utilizada por el recurrente, y la S. 6.4.92, recuerda que las omisiones tan solo caben como motivo de casación por quebrantamiento de forma por falta de claridad en los hechos probados cuando ocasionan la imposibilidad de su comprensión por hacer ininteligible el relato de lo ocurrido, pero no como aquí que no producen oscuridad alguna para la comprensión de lo narrado en la sentencia - SS. 18 y 28.5.92- o como dicen las SS. 375/2004 de 23.3 y 1265/2004 de 2.11, cosa distinta es que el recurrente pretenda ensanchar el "factum" con complementos descriptivos o narrativos, que considere esenciales, por repercutir en el fallo y que resultaron probados, a medio de documentos, que no fueron debidamente valorados por el Tribunal, lo que situaría el motivo en el campo del "error facti" que contempla el art. 849.2 LECrim.

1.3.- De lo anterior resulta evidente que la articulación del presente motivo se debe a una confusión sobre la auténtica naturaleza del vicio procesal "in iudicando" de la falta de claridad que, obviamente no concurre en el relato fáctico aceptado por la sentencia recurrida, máxime cuando en el hecho primero la absolución se produce no porque los hechos no sean constitutivos de la apropiación indebida denunciada, sino por la concurrencia de la **excusa absolutoria**, art. 268 CP, y en el segundo al existir ausencia de tipicidad en el hecho enjuiciado al faltar el elemento subjetivo, porque no ha existido apropiación definitiva del dinero.

SEGUNDO.- El motivo segundo al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba.

Considera el motivo que por su parte se llevó a cabo la carga de la prueba clara y contundente que destruía la presunción de inocencia del Sr. Cipriano en cuanto al ilícito segundo, esto es, de la cantidad apropiada por éste proveniente de la indemnización por retirada de escombros y restauración de la finca en su estado original. Hace referencia a la declaración de un testigo, Sr. Jose María , sobre el estado de la finca y a un informe pericial en el sentido sobre el coste de reposición de la parcela a su estado originario y la no realización de las inversiones por las que se recibió de la Administración los 188.100,02 €.

2.1.- Debemos recordar que el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por error iuris se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo este, art. 849.1 LECrim, que a su vez, como ya hemos señalado, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el tribunal de instancia, salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim o en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia art. 852 LECrim y art. 5.4 LOPJ.

Siendo así, esta vía casacional del art. 849.2 LECrim conforme reiterada doctrina de esta Sala -por todas ss. 72/2021, de 28-1; y 83/2022, de 27-1- exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

No es suficiente, por lo tanto, con que sea posible, sobre la base del particular del documento designado, realizar una valoración de la prueba que, a través de un razonamiento distinto, conduzca a conclusiones

diferentes de las alcanzadas por el Tribunal. Es preciso, por el contrario, que el documento revele de forma clara un error del Tribunal, bien porque haya consignado como probado algo contrario a lo que el documento acredita, o bien porque lo haya omitido cuando es relevante para el fallo, siempre que, en ambos supuestos, sea la única prueba sobre ese extremo. (STS nº 534/2003, de 9 de abril).

Con la STS 431/2006, de 9 de marzo, debemos recordar que un motivo por "error facti" no puede consistir en una cita de toda una serie de folios del procedimiento que claramente exceden de las previsiones del indicado cauce casacional, que no consiste, como es natural, en una nueva valoración del conjunto del acervo probatorio, convirtiendo a este Tribunal Supremo en una segunda instancia jurisdiccional, lo que sencillamente no es posible en función de la misión que el recurso de casación tiene en nuestro ordenamiento jurídico, dada su estructura y configuración del mismo, sino que, al margen del principio de inmediación, no puede llevarse a cabo la revisión probatoria que la recurrente propone en su extenso desarrollo del motivo, pues, de no ser así, es claro que si pudiéramos establecer las bases fácticas de todo proceso penal al margen de la instancia y sus principios rectores, hasta el punto de llegar a un relato completamente diferente al que la Sala sentenciadora ha consignado en su resultancia fáctica, no sería -ni siquiera- precisa la celebración del juicio oral, lo que es simplemente inaceptable dogmáticamente.

En similar sentido la STS 633/2020, de 24-11, señala en cuanto a los requisitos exigidos para la aplicación de este motivo:

"Los requisitos que ha exigido la reiterada jurisprudencia de esta Sala para que este motivo de casación pueda prosperar son los siguientes: 1) ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase, como las pruebas personales aunque estén documentadas en la causa; 2) ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material de la Sentencia de instancia, por su propio poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; 3) que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba, pues en esos casos no se trata de un problema de error sino de valoración, la cual corresponde al Tribunal; y 4) que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que, como reiteradamente tiene dicho esta Sala, el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

Consecuentemente, este motivo de casación no permite una nueva valoración de la prueba documental en su conjunto ni hace acogible otra argumentación sobre la misma que pudiera conducir a conclusiones distintas de las reflejadas en el relato fáctico de la sentencia, sino que exclusivamente autoriza la rectificación del relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado, cuando su existencia resulte incuestionablemente del particular del documento designado, o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente, ya que su inexistencia resulta de la misma forma incuestionable del particular del documento que el recurrente designa."

2.2.- Expuesto lo anterior, este motivo de casación tampoco podrá prosperar, cuando el recurrente pretende una nueva valoración de la prueba documental, sin que en sus alegaciones concurren los requisitos exigidos jurisprudencialmente para entender concurrente el motivo de interés casacional recogido en el artículo 849.2 LECrim.

Y es que para que este motivo de casación pueda prosperar, es preciso que los documentos señalados sean literosuficientes, en los términos expresados por reiterada doctrina jurisprudencial, por todas Sentencia número 860/2013, de 26 de noviembre, a saber:

"(...) la doctrina de esta Sala (SSTS. 6.6.2002 (RJ 2002, 6461) y 5.4.99 (RJ 1999, 4842)) viene exigiendo reiteradamente para la estimación del recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, entre otros requisitos, que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas. Error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis, esto es, por el propio y literosuficiente poder demostrativo del documento (STS. 28.5.99 (RJ 1999, 4676)).

Por ello esta vía casacional, recuerda la STS. 1952/2002 de 26.11 (RJ 2002, 10514), es la única que permite la revisión de los hechos por el Tribunal de Casación. De ahí que el error de hecho sólo pueda prosperar cuando, a través de documentos denominados "literosuficientes" o "autosuficientes", se acredita de manera indubitada la existencia de una equivocación en la valoración de la prueba siempre y cuando el supuesto error no resulte contradicho por otros documentos o pruebas, porque la Ley no concede preferencia a ninguna prueba documental sobre otra igual o diferente, sino que cuando existen varias sobre el mismo punto el Tribunal que conoció de la causa en la instancia, presidió la práctica de todas ellas y escuchó las alegaciones de las partes, tiene facultades para sopesar unas y otras y apreciar su resultado con la libertad de criterio

que le reconoce el art. 741 LECrim como expone la S.T.S. de 14/10/99, lo propio del presente motivo es que suscita la oposición existente entre un dato objetivo incorporado, u omitido, en el relato fáctico de la sentencia y aquél que un verdadero documento casacional prueba por sí mismo, es decir, directamente y por su propia y "literosuficiente" capacidad demostrativa, de forma que si se hubiesen llevado a cabo otras pruebas, similares o distintas, con resultado diferente, se reconoce al Tribunal la facultad de llegar a una conjunta valoración que permite estimar que la verdad del hecho no es la que aparece en el documento, sino la que ofrecen los otros medios probatorios. La razón de ello es que el Tribunal de Casación debe tener la misma perspectiva que el de instancia para valorar dicho documento, o dicho de otra forma, si la valoración es inseparable de la inmediatez en la práctica de la prueba que corresponde al Tribunal de instancia, el de Casación no podrá apreciar dicha prueba porque ha carecido de la necesaria inmediatez.

2.3.- En el caso que nos ocupa la parte recurrente cita unas pruebas como son una testifical y una pericial que no son documentos a efectos casacionales sino pruebas personales documentadas sometidas a la libre valoración del Tribunal.

Los recurrentes por ello, no designan documental alguno del que pueda derivarse el error denunciado. No pretenden propiamente una modificación del relato de hechos probados asumido en la sentencia recurrida, esto es, la del TSJ, sino su calificación jurídica. Con el mismo relato la Audiencia Provincial dictó una sentencia condenatoria por el hecho descrito en segundo lugar, mientras que el TSJ absuelve aplicando el principio in dubio pro reo.

Por ello previamente debemos precisar que en el recurso no se pretende una condena "ex novo" del acusado, no vulnerándose de esta forma, conforme a consolidada doctrina tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala Segunda, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que se produce cuando un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condena a quien había sido absuelto en la instancia, a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados. La pretensión de la recurrente de anular el pronunciamiento absolutorio de apelación en contra del reo, haciendo revivir el pronunciamiento condenatorio de la instancia, no tropieza en principio con obstáculo alguno (SSTS 1043/2012, de 21-11; 555/2014, de 10-7). En este supuesto no nos enfrentamos a una decisión de condena ex novo de esta Sala Segunda por vía de recurso. El enjuiciamiento inicial lo llevó a cabo la Audiencia Provincial que encontró al acusado culpable de un delito continuado de violación de los arts. 178 y 179 -en este caso de apropiación indebida-. Esta inicial apreciación emanada de un tribunal que ha oído personalmente al acusado y a la víctima, escuchando su versión de los hechos, ha sido sustituida por el Tribunal Superior de Justicia que, al conocer de la apelación, consideró que el testimonio de la víctima, en que se basó la Audiencia para fundamentar la condena, no reunía los requisitos exigidos jurisprudencialmente para ser considerada prueba de cargo.

Ahora bien, en casación este Tribunal no ha de comparar ambas sentencias, la de la Audiencia Provincial con la del Tribunal Superior de Justicia, para dilucidar cuál le parece convincente y optar por una de las respuestas antagónicas ofrecidas a las pretensiones de las partes. No es esa la función de la casación. Lo que se recurre en casación es la sentencia recaída en apelación, la resolución del Tribunal Superior de Justicia. Así lo ha pronunciado reiteradamente esta Sala (ver por todas STS 537/2021, de 18-6; y 806/2021, de 20-10). Solo indirectamente se valora la de instancia. El objeto del recurso de casación queda ceñido a fiscalizar la sentencia de apelación desde una perspectiva muy limitada: si ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva por haber resuelto de una forma irracional o arbitraria, o ajena a parámetros de lógica, o si respetando los hechos probados es factible una subsunción jurídica distinta a la realizada por el TSJ.

Por tanto esta Sala Segunda no puede volver a valorar los medios de prueba personales obrantes en la causa para determinar si su resultado permite las inferencias que sostienen la absolución del acusado, pero sí podría valorar si la realizada por la Audiencia ante la que se practicaron las pruebas, fue o no correctamente desautorizada por la sentencia dictada en apelación -que es la recurrida ante esta Sala Segunda-.

2.4.- Ahora bien, lo que realmente pretende la acusación particular es una suerte de presunción de inocencia invertida mediante el testimonio prestado en el plenario por un testigo y el contenido de un informe pericial sobre los trabajos de reposición de la finca a un estado previo, olvidando que como se ha dicho doctrinal y jurisprudencialmente, SSTS 5.12.2007, 4.5.2005, 14.7.2000, la presunción de inocencia es un derecho fundamental que solamente corresponde al sujeto pasivo de la pretensión punitiva. Las partes acusadoras carecen de legitimación para esgrimirla, en contra de su único y legítimo titular que es, como se ha dicho, la persona acusada de un hecho delictivo.

Nos puede alegarse, con fortuna, la vulneración del principio constitucional de inocencia a favor del acusador, entendiendo que si la falta de prueba ha de conducir a la absolución, la existencia de una actividad probatoria de cargo, practicada legalmente ha de llevar a la condena.



La persona o entidad que ejercita la acusación particular, así como el Ministerio Fiscal, puede alzar y discrepar de una sentencia **absolutoria**, pero no puede basar su impugnación en aquél principio constitucional, sino que en ejercicio indiscutible de ese derecho, sólo puede utilizar los cauces previamente establecidos, pudiendo escoger entre los vicios procedimentales que afectan a la validez de la sentencia o incluso a la subsistencia del juicio celebrado, bien entrando en la cuestión de fondo que afecta a los hechos y a la calificación jurídica o esgrimiendo directamente una petición de nulidad de actuaciones.

En este sentido la STS 2.6.89, precisa que el acusador no puede basar su impugnación en el principio constitucional de presunción de inocencia, sino en el error de hecho en la apreciación de la pruebas con las limitaciones inherentes a esta vía impugnativa (art. 849.2 LECr) y por supuesto, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), si procede y que es extensivo, ésta si, tanto a quien acusa como a quien es acusado frente al referido principio de presunción de inocencia, que, repetitivos, sólo puede argüir el imputado, porque sólo a él viene concedido.

Por ello, las sentencias absolutorias sólo pueden ser recurridas por las acusaciones, acudiendo, como ya se ha dicho a los cauces establecidos en las diferentes vías de recursos que abren las leyes procesales. Darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

En este sentido en recientes STS 10/2012, de 18-1 y 1377/2011, de 23-12, se dice que "Ciertamente sólo el imputado tiene derecho a la presunción de inocencia, este derecho no lo tiene la parte acusadora, no hay - por decirlo plásticamente un derecho a la presunción de inocencia invertida a favor de la acusación - STS 1532/2004, de 22-12, 258(2003, de 25-2; 390/2003, de 18-3; y TC, S. 141/2006, 176/2006...

Esta Sala ha dicho también (STS 4-3-2004, 17-5-2007) que la presunción de inocencia invertida que autorizaría al tribunal de casación a suplantar la falta de convicción condenatoria del tribunal de instancia, no se recoge en nuestra Constitución, pues siendo la sentencia **absolutoria** se fundamenta previamente en el derecho fundamental a la presunción de inocencia la acusación no puede invocar dicho derecho constitucional en perjuicio del reo para obtener una nueva valoración probatoria en sentido condenatorio".

La STS 14-4-2008 insistía en:

La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado. Está fuera de dudas -decíamos en las SSTS 2586/2007, de 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre- la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia **absolutoria** que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir el derecho a la presunción de inocencia supone una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero-, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

También la jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de reafirmar tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. En efecto, como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, "el derecho a la presunción de inocencia es quizá la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho "sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre ; 133/1995, de 25 de septiembre), por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STS 41/1007, de 10 de marzo). Entre otros contenidos este derecho supone que "toda Sentencia condenatoria debe estar sustentada en pruebas de cargo válidas, validez que implica no sólo la conformidad de las mismas a la propia Constitución" (STC 11/1999, de 14 de junio (...)) Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas



practicadas" (STC 141/2006, F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio por el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de intermediación. Que el debate procesal se desarrolle en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio F4; 178/2001, de 17 de septiembre, F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, F.5; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

El motivo por lo expuesto deviene improsperable.

TERCERO.- El motivo primero por infracción de ley al amparo del nº 1 del art. 849 LECrim, por indebida aplicación de la **excusa absolutoria** ex art. 268 CP.

Entienden los recurrentes que el argumento de la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que la **excusa absolutoria** del art. 268 CP no opera en este procedimiento "por cuanto el parentesco que mantienen víctimas y acusados no se encuentra en la enumeración del precepto citado. Las víctimas son las titulares del dinero sustraído por el acusado, esto es, su tío Cipriano , relación de parentesco -colateral- que no se encuentra dentro de las que dicho precepto ampara por la, por otra parte, tan tardíamente alegada **excusa absolutoria**", es más, conforme con la doctrina de esta Sala Segunda, que viene precisando que la perfección del delito de apropiación indebida en continuidad delictiva, por analogía a la prescripción del delito, se produce en el momento de la última acción punible, que en el caso presente acaeció el 26-6-2014, al cobrar el acusado la segunda cantidad proveniente del segundo hecho ilícito, indemnización por la retirada de los escombros y resto de obras en la finca, cuando la madre de los recurrentes y hermana del acusado, ya había fallecido el 23-1-2013, momento en que las víctimas indiscutibles eran los recurrentes, sobrinos del querellado, respecto de la apropiación del 50% de la indemnización de 188.100 € recibida.

3.1.- El desarrollo del motivo hace necesario efectuar algunas precisiones previas:

1) En cuanto a la tardía alegación de la **excusa**, la jurisprudencia de esta Sala recuerda que la misma no precisa plantearse de forma expresa, ya que, según algunas resoluciones de esta Sala, puede también apreciarse de oficio cuando concurren los requisitos exigibles para ello (SSTS 42/2006, de 27-1; 361/2007, de 24-4; 493/2009, de 8-6; 445/2013, de 28-6; 813/2016, de 28-10).

2) Respecto al fundamento, la STS 412/2013, de 22-5, con cita ss. 334/2003, de 5-3; 9-1-2006, de 30-1; y 618/2010, de 23-6, 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".

3) Hermanos.

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras exigía expresamente que los hermanos y cuñados vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad. La nueva redacción del CP 1995 determinó que esta Sala, en una sentencia de 26-7-2000 declara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad penal por los delitos patrimoniales en los que no concurre violencia o intimidación. Y el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 15-12- 2000 se decantó mayoritariamente en favor de la posición que no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la **excusa absolutoria** prevista en el artículo 368 CP. Ciertamente de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige por el contrario cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería en el caso de los suegros. Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta **excusa absolutoria** STS 1801/2000, de 20-12.

4) Consumación de la apropiación.

En el delito de apropiación indebida la consumación se produce cuando se materializa la disponibilidad ilícita de lo que no le pertenece y ha podido actuar sobre ello como si fuera su propietario (STS 97/2006, de 8-2), esto es, cuando se exterioriza la voluntad de no devolución del bien indebidamente retenido y a partir de ese momento comienza a computar el plazo de prescripción (STS 71/2004, de 2-2) siendo signos externos de esa apropiación ilícita, lo que denota que el poseedor ya se ha adueñado de ella incorporándola a su patrimonio (SSTS 1065/2007, de 12-12; 374/2008, de 24-6; 105/2017, de 21-2).

Además en la STS 370/2014, de 9-5, recordábamos que "la doctrina jurisprudencial exige para apreciar el delito de apropiación indebida, en su modalidad de distracción, que se haya superado lo que se denomina el "punto sin retorno", que distingue el mero uso indebido, una modalidad de apropiación de uso no delictiva, de la apropiación indebida en sentido propio (STS 228/2012, de 28-3).

De modo análogo señala la STS 374/2008, de 24-6, que para entender que se ha consumado el delito de apropiación indebida en la modalidad de distracción de dinero "hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales". En el mismo sentido se expresan las SSTS 513/2007, de 19-6; 938/98, de 8-7. Así pues para poder apreciar el delito "no basta, pues, con la distracción 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".

La naturaleza de la sanción penal como "ultima ratio" y el respeto al principio de tipicidad, impiden considerar que cualquier ilicitud civil cometida por el administrador no societario constituye, en nuestro derecho penal vigente, un delito de apropiación indebida.

Las conductas descritas que reflejen actos de carácter abusivo de los bienes ajenos pero que no impliquen necesariamente apropiación, es decir, ejecutadas sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, pueden ser constitutivas de administración desleal, (...) pero no de apropiación indebida, ni en su modalidad propia ni en la de distracción, pues ambas requieren lo que define el tipo: la apropiación, es decir, una vocación de permanencia en la privación de la disponibilidad del titular." (STS 522/2019, de 30-10).

3.2.- Siendo así, los hechos relativos a la expropiación de la finca propiedad del acusado y su hermana, con entrega por parte de la Administración a aquel de 52.558,55 € el 9-6-2004 como depósito previo, y posteriormente el 23-4- 2008, tras la ocupación de la finca, 264.649,95 €, de los que el acusado solo entregó a su hermana 38.000 €, incorporando el resto a su patrimonio, no ofrece duda que constituyen un delito de apropiación indebida consumado, pero siendo aplicable la **excusa absoluta** del art. 268 CP.

Pretenden los recurrentes que se aprecie la continuidad delictiva respecto al hecho segundo y la cantidad, 188.100,02 €, recibida por el acusado el 26-6-2014, -esto es, más de 6 años después de la última cantidad entregada a éste por la expropiación- como consecuencia de la demanda interpuesta por el acusado por los desperfectos causados a la finca como consecuencia de la expropiación, cuando ya había fallecido la hermana el 23-1-2013, y que el acusado, salvo 17.500 €, no ha invertido para reponer la finca a su estado original, y de la que los querellantes en cuanto herederos de su madre, hermana del acusado, resultarían destinatarios, lo que impediría la concurrencia de la **excusa absoluta** al ser sobrinos del responsable penal.

Pretensión inviable. La sentencia recurrida concluye (fundamento derecho quinto) que no es considerado tal hecho delictivo, dado que el resultado probatorio "arroja una seria duda que no puede decantarse en contra del acusado, lo que entra en el campo del principio in dubio pro reo mediante el que se concluye que existe ausencia de tipicidad en el segundo hecho enjuiciado al faltar el elemento subjetivo porque no ha existido apropiación definitiva del dinero que recibió para reparar la finca, gestión que, por lo dicho, todavía no ha finalizado."

El motivo, por lo expuesto, deberá ser desestimado, siendo innecesario resolver sobre la concurrencia de la **excusa absoluta** y sobre la existencia de continuidad delictiva.

RECURSO Cipriano

CUARTO.- El motivo primero, sin mencionar el concreto amparo procesal en que se funda, denuncia error en la valoración de determinadas pruebas, existiendo contradicción entre los testigos a la hora de saber si la hermana del recurrente cobró o no enteramente su parte, los testigos de la acusación dicen que no, mientras que los testigos de la defensa manifiestan que sí, y no entiende porqué el Tribunal sentenciador da más credibilidad a los testigos de la acusación, por lo que considera que existe error en la apreciación de la prueba y debe primar la posición de la defensa y no condenar al acusado al pago de indemnización alguna.

Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el análisis del motivo 2º de los anteriores recurrentes sobre la viabilidad del recurso interpuesto por la vía procesal del error en la apreciación de la

prueba, fácil se colige que no concurren dichos presupuestos: se trata de pruebas personales contradictorias entre sí, por lo que carecen de la litemosuficiencia necesaria, pues en estos casos no se trata de un problema de error, sino de valoración, la cual corresponde al tribunal, art. 741 LECrim.

QUINTO.- El motivo tercero, por infracción de los arts. 24.1 y 24.2 CE, la haberse resuelto sobre una cuestión civil de indemnización a que condenan a esta parte prescindiendo de las garantías legales del procedimiento declarativo ordinario civil o de algún procedimiento similar. Asimismo vincula la invocación del derecho a la presunción de inocencia con la tutela judicial efectiva.

5.1.- Pretensión inaceptable.

La acción civil ex delicto no pierde su naturaleza por el hecho de ser ejercitada en un proceso penal y las normas de Derecho civil son supletorias a las penales (STS. 646/2005 de 19.5).

El conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual por estar condicionada por la existencia de responsabilidad penal.

Ejercitada la acción civil en el propio procedimiento penal para el resarcimiento del perjuicio estrictamente derivado del delito objeto de condena (art. 109.1 CP.) es en el propio penal en el que debe procederse a la reparación de los daños y perjuicios ocasionados.

Por tanto, la sentencia **absolutoria** por no ser los hechos constitutivos de delito impide resolver la reclamación civil en el proceso penal y hace necesario plantear tal reclamación ante los Tribunales de esa jurisdicción (SSTS. 1288/2005 de 28.10, 1061/2005 de 30.9).

El ejercicio previo al inicio del proceso penal de la acción civil en la jurisdicción de esa clase impide que se resuelva en el primero sobre la misma (STS. 1052/2005 de 26.9).

- La responsabilidad civil derivada de un hecho ilícito exige como elemento estructural de la misma una relación de causalidad entre la acción u omisión delictiva y el daño o perjuicio sobrevenidos, relación de causalidad que debe ser probado (STS. 1094/2005 de 28.9).

- Rige el principio de justicia rogada y el principio acusatorio.

La sentencia no puede conceder más de lo pedido en aras al respeto al principio de congruencia (STS. 175/2007 de 7.3).

En STS. 1036/2007 de 12.12, se dice que si la acción penal es pública, indisponible en cuanto regida por el principio de legalidad, la acción civil, ejercitada conjuntamente con la penal (art. 109 CP), mantiene sus principios rectores de disposición y rogación. Doctrina consolidada del Tribunal Supremo de la que son exponentes las sentencias 3.5 y 11.12.2001 y 26.10.2002, pudiendo leerse en ésta que: "el tratamiento de la cuestión suscitada debe hacerse desde la perspectiva de los principios que informan la responsabilidad civil como acción que se ejercita en este caso conjuntamente con la penal por las acusaciones, pero que en modo alguno pierde su autonomía, como se desprende de la regulación de los arts. 109 y ss. Los principios dispositivo y de rogación exigen la expresa declaración de voluntad de la parte dirigida al Tribunal sobre lo que pide en relación con la responsabilidad civil, de forma que aquél tiene una doble vinculación en relación con la petición en sí misma y con su contenido".

5.2.- En el caso que nos ocupa, es cierto que en principio una vez acordada la absolucón anticipada por un delito contenido en la actuación, no sería posible un pronunciamiento respecto a la responsabilidad civil que si hubiera derivado del mismo, debiendo acudir a la jurisdicción civil para obtener el resarcimiento que fuera procedente. Así se acordó aunque se tratara de un supuesto diferente, en la STS 430 / 2009, de 25-6 "el conocimiento de la acción civil dentro del proceso penal tiene carácter eventual al estar condicionada por la existencia de la responsabilidad penal. La estimación de una causa extintiva de la responsabilidad penal impide resolver la reclamación civil en el proceso penal, por todas STS 172 / 2005, de 14 - 2, precedentes que la mayoría de la Sala ha decidido mantener."

En consecuencia la exención de responsabilidad penal cuando sus presupuestos fácticos estén claramente establecidos y no resulten razonablemente cuestionados, no autoriza 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 - 10 "ante una sentencia **absolutoria** no cabe realizar pronunciamientos civiles ya que la obligación de pronunciarse sobre las acciones civiles, dimanantes del delito, se debe producir cuando existe el hecho originador de dichas responsabilidades que es el delito, pero no existe responsabilidad civil en el caso de inexistencia de perseguibilidad por la concurrencia de una **excusa absolutoria**."

- A pesar de ello, la STS 412/2013, de 22-5, recuerda que no faltan precedentes de esta Sala que admiten la declaración de responsabilidad civil una vez que el tribunal ha procedido a establecer unos hechos determinados aunque luego aplique la **excusa** para acordar la absolución del acusado.

Así la STS. 361/2007 de 24.4, recuerda que el art. 268 del CP establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos ("están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil...").

Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez apreciada la **excusa**, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil, y no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la **excusa absolutoria** queda sujeto a la responsabilidad civil ex delicto en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil.

En esta dirección la STS. 198/2007 de 5.3 ratificando doctrina anterior de la STS 719/1992, 6 de abril, señala "...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 SS. 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".

Doctrina jurisprudencial que encuentra inspiración en consideraciones legales a la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal y que debe ser acogida pues como, incluso reconoce la STS. 618/2010 de 23.6, 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, autoría y extensión de la propia responsabilidad civil- y, además y en esos mismos casos, en 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.

En el mismo sentido la STS 813/2016, de 28-10, insistió en que "concurren así todas las exigencias que impone el art. 268 C. Penal, si bien debe quedar claro que la exclusión de la punibilidad de la conducta de ambas no es obstáculo para que se mantenga la condena en concepto de responsabilidad civil, puesto que la conducta de las acusadas pero sigue teniendo la condición de típica, antijurídica y culpable y por lo tanto las consecuencias de la antijuridicidad tienen que ser individualizadas por las autoras del delito de estafa en favor del denunciante. Se mantiene así la ilicitud penal del concurso medial entre los delitos de falsedad y estafa, pero solo se pena el primer delito al excluirse la tipicidad del segundo por razones de política criminal."

El motivo, por lo expuesto, se desestima.

SEXTO.- El motivo segundo denuncia la aplicación indebida de preceptos de carácter procesal civil, en concreto el art. 299 LECivil que regula los medios de prueba y los arts. 249 y ss LECivil, que regulan el procedimiento declarativo ordinario.

Insiste en que se debería dilucidar la cuestión civil en un procedimiento civil o bien, en el ámbito penal, derivar dicha cuestión al ámbito de la competencia de la jurisdicción civil y considera que esta situación supera las posibilidades procesales de esta parte, y que se podría plantear una cuestión de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de la ley procesal civil por analogía, ante la ausencia de regulación legal en la LECrim y la falta de garantías en una vista penal para sustentar una reclamación civil derivada de un ilícito penal, que en este caso, supera con creces los 6.000 €.

6.1.- El motivo aparece incorrectamente formulado, por cuanto si se entiende que la vía procesal elegida es la del art. 849.1 LECrim, la infracción ha de ser de un precepto penal sustantivo u otra norma del mismo carácter que debe ser observada en la aplicación de la ley penal.

Por "precepto penal" sustantivo ha de entenderse la norma que configura el hecho delictivo y comprende todo lo relativo a la acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, lo necesario para la subsunción en los tipos penales, las circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad criminal, la determinación

de la pena, ejecución del delito, grados de participación, penalidad y determinación de la responsabilidad derivada del delito, que se encuentran recogidas, fundamentalmente, en las normas del Código Penal.

Por otra parte "norma del mismo carácter" empleada por la ley procesal, ha de ser entendida como norma de carácter sustantivo, si bien podrá ser material o adjetiva, según el contenido de la impugnación. Es claro que si la impugnación planteada se refiere a los elementos que configuran el hecho delictivo, la norma sustantiva será, fundamentalmente, la norma penal que configura los elementos del delito y ésta podrá estar recogida en el Código Penal o en otra norma sustantiva necesaria en la aplicación del tipo penal; en aquellos supuestos en los que la impugnación se refiere a rellenar la norma penal (normas penales en blanco) o a integrar elementos típicos para los que es preciso acudir a otras ramas del ordenamiento distintas del penal. En estos casos, la denuncia deberá ser acompañada de la designación del precepto penal sustantivo que realiza la remisión. Estas leyes penales en blanco pueden integrar la tipicidad del hecho enjuiciado (vid. STS 363/2006, de 28-3).

Ahora bien, lo que no está legalmente previsto entre las posibilidades de esta vía procesal, es la quiebra o vulneración de preceptos adjetivos, puramente procesales de carácter civil.

6.2.- En cuanto al planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, tal y como resulta del art. 163 CE, corresponde exclusivamente a los órganos judiciales. No obstante, el hecho de que la decisión definitiva sobre el planteamiento corresponda en exclusiva a los órganos judiciales, no comporta que la iniciativa para plantearla debe tener siembre su origen en una duda que le surja al juez que conoce del proceso, y en este sentido el art. 35 Ley Orgánica T.Constitucional establece que: "Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley."

Por tanto, la decisión de plantear la cuestión de constitucionalidad puede tener su origen bien en una duda de constitucionalidad que le surge al órgano judicial, bien en una petición de las partes del proceso mediante la que solicitan al Juez o al Tribunal que plantee la cuestión de inconstitucionalidad en relación con una de las normas aplicables en el proceso. Petición de la parte que no vincula al Tribunal cuando compruebe que la cuestión planteada no es pertinente por no tener duda alguna sobre la constitucionalidad de la norma, por cuanto como ya se ha razonado, nos encontramos ante una responsabilidad civil consecuencia del delito. Dejamos el ámbito del derecho penal para desplazarnos al del derecho civil resarcitorio de la acción penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. Las acciones civiles no pierden su naturaleza propia por el hecho de ejercitarse ante la jurisdicción penal y su contenido y extensión igualmente habrá de calibrarse con arreglo a la normativa civil aplicable, siempre que no exista precepto penal que modifique su régimen.

Por ello, salvo que el perjudicado se haya reservado la acción civil para ejercerla en esta jurisdicción -ex art. 109 CP- el ejercicio simultáneo de la acción penal y civil es la norma general de nuestro sistema penal (STS 513/2017, de 6- 7).

No siendo ocioso señalar que el art. 1092 Código Civil establece que las obligaciones civiles que surgen de los delitos se regirán por las disposiciones del Código Penal.

6.3.- Como submotivo (apartado B) denuncia la aplicación indebida de los preceptos de carácter sustantivo civil, arts. 1088 C.C., relativos a las obligaciones, 1137 y ss. del mismo cuerpo legal, en cuanto a las obligaciones solidarias y mancomunadas, arts. 1157 a 1181 C.C. en cuanto al pago.

La parte no desarrolla ninguna de estas supuestas infracciones al limitarse a cuestionar el relato fáctico asumido por la sentencia recurrida, haciendo referencia a los testigos de la defensa que declararon que la hermana del acusado cobró su parte de la indemnización expropiatoria, que la madre de los dos hermanos así lo declaró en instrucción y en acta notarial, y que aquella nunca reclamó nada, olvidando que el respeto a los hechos probados es el presupuesto inexcusable de cualquier motivo por infracción de preceptos sustantivos, art. 849.1.

El motivo debe, por ello, ser desestimado.

SÉPTIMO.- La desestimación de los recursos llevará a la condena en costas de los recurrentes (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



1) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Braulio y M... (acusación particular), contra la sentencia nº 19/2020, de fecha 8 de junio de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el Rollo de Apelación nº 12/2020.

2) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Cipriano**, contra la sentencia nº 19/2020, de fecha 8 de junio de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en el Rollo de Apelación nº 12/2020.

3) Imponer a los recurrentes el pago de las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Baleares a los efectos procedentes 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.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ