

LA INAPLICACIÓN DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA PENAL POR DELITOS PATRIMONIALES COMETIDOS ENTRE CÓNYUGES CON CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES

Daniel Fernández Bermejo

*Doctor en Derecho
Profesor de la UDIMA*

EXTRACTO

La excusa absolutoria contemplada en el artículo 268 del Código Penal ha sufrido una alteración en su literalidad a raíz de la reforma producida en virtud de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que reforma el Código Penal, ampliándose los supuestos de inaplicación a situaciones como la que exponemos y resolvemos, siguiendo el criterio de la jurisprudencia y que, con anterioridad, las personas que se hallaban en una situación especialmente vulnerable por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, e incapaces de gobernar su persona y administrar sus bienes, quedaban inmersas en una suerte de vacío legal, llegando en ocasiones a instancias del más alto tribunal español, que ha venido a interpretar el espíritu real de la excusa.

Palabras claves: excusa absolutoria, simulación, vulnerabilidad, incapacitación, estafa y apropiación indebida.

Fecha de entrada: 03-11-2015 / Fecha de aceptación: 25-11-2015

ENUNCIADO

Laura y Modesto contrajeron matrimonio en el año 1980, bajo el régimen matrimonial de sociedad de gananciales. El 16 de febrero de 1996, en un accidente de tráfico en el que circulaba Modesto junto con sus padres y esposa, resulta que fallecen sus ascendientes, y Laura sufre lesiones graves, concretamente, un traumatismo craneoencefálico, con un 99% de daño cerebral diagnosticado por los servicios médicos y, como consecuencia de ello, secuelas incapacitantes, siendo declarada en situación de dependencia absoluta para la realización de las funciones más esenciales de su vida.

Como consecuencia del accidente, Laura recibe como indemnización por daños y perjuicios la cantidad de 600.000 euros, siendo nombrado su esposo defensor judicial a los únicos efectos de la transacción judicial. Dos años más tarde, Modesto decide construir una casa representativa en la plaza del municipio en el que residían, y un restaurante con el objetivo de constituir un negocio familiar. Sin embargo, la propiedad del inmueble se inscribe bajo el régimen de la sociedad de gananciales, esto es, de los cónyuges, a pesar de que la cantidad económica recibida en indemnización tenía el carácter privativo de Laura.

Modesto, que no instó en ningún momento la incapacitación de su esposa, aprovechó que esta podía firmar tantos documentos como él quisiera (habida cuenta de que ella desconocía lo que firmaba y sus efectos), y el 10 de diciembre de 2002 constituyeron un préstamo con garantía hipotecaria (el inmueble descrito) a favor del Banco Santander, por importe de 150.000 euros que, posteriormente, fue ampliado a 180.000 euros el 9 de junio de 2003, y como quiera que se produjo el impago del mismo, se constituyó una nueva hipoteca el 19 de mayo de 2006, por importe de 332.500 euros, procedente de un prestamista particular, que tampoco fue satisfecha. Cabe afirmar que Modesto, en octubre de 2005, inició una relación estable y continuada con una mujer que se encargaba de los cuidados esenciales de Laura, con la que este pasaba noches enteras y realizaba vida en común fuera del domicilio conyugal, hecho que fue acreditado por un detective privado.

Solicitada la ejecución hipotecaria por el acreedor, y señalada fecha de subasta, las hijas de Modesto y Laura, que eran ajenas de la gestión patrimonial del padre, contrataron los servicios profesionales de un abogado e interpusieron una querrela criminal contra su padre, produciendo la suspensión de la ejecución hipotecaria, y se inicia un procedimiento penal, a la vez que se insta el proceso de incapacitación judicial de Laura, que el 25 de abril de 2007 declara a la madre incapacitada para administrar su patrimonio, impidiendo disponer de sus bienes salvo con la previa autorización judicial, nombrándose, asimismo, curadoras de Laura a sus dos hijas.

Posteriormente, las curadoras de Laura solicitan el divorcio de la madre, obteniendo resolución definitiva el 14 de enero de 2011.

Cuestiones planteadas:

Aplicación de la excusa absoluta penal, contemplada en el artículo 268 del Código Penal, para el caso de delitos patrimoniales cometidos entre familiares.

SOLUCIÓN

El presente caso práctico trata de poner de manifiesto la posible inaplicación de la excusa absoluta penal, contemplada en el artículo 268 del Código Penal (en adelante, CP), para el caso de delitos patrimoniales cometidos entre determinados vínculos familiares, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ante unos hechos acaecidos con anterioridad a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que reforma el Código Penal.

Cabe afirmar que, como regla general, los delitos patrimoniales entre cónyuges están exentos de responsabilidad criminal, siempre que no se aprecie violencia o intimidación, en virtud de una excusa absoluta que contempla el Código Penal, y ello guarda su razón de ser en una cuestión de política criminal, consistente en no criminalizar actos realizados en el seno de grupos familiares unidos entre sí por fuertes lazos de sangre, porque puede provocar una irrupción del sistema *per se* dentro del grupo familiar, que perjudicaría indudablemente a una posible reconciliación familiar, atentando contra la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y de *última ratio*, siendo en todo caso preferible redirigir el caso a la jurisdicción civil, la cual supone una intervención menos traumática y proporcionada a la exclusiva afectación de intereses económicos, de ahí que se excluyan los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que resultan afectados una serie de valores superiores a los exclusivamente económicos, como pudieran ser el derecho a la vida, a la integridad física o psíquica, la libertad y la propia seguridad. Así, disponía el artículo 268 del CP, antes de la reforma practicada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación».

Las secuelas incapacitantes padecidas en el accidente referido promovieron la declaración de incapacidad de Laura, si bien, pese a que dichas lesiones se produjeron en 1996, la declaración de incapacidad no se produjo hasta el año 2007, con motivo de que con anterioridad no se

supo por parte de las curadoras la situación precaria en que se encontraba realmente su madre, por cuanto a deudas e hipotecas se refiere, ya que las hijas no conocían, como se ha expuesto, la gestión patrimonial que se estaba llevando a cabo.

Y es que Laura, que tiene declarado un estado civil de incapacidad judicial parcial, concretamente para administrar y disponer de sus bienes, se encuentra sujeta a un régimen de curatela, el cual tiene por objeto los actos contemplados en los artículos 271 y 272 del Código Civil (dirigidos para el tutor), destacando, por encima de todos, la necesidad de solicitar autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, renunciar a derechos, transigir, dar y tomar dinero a préstamo, etc.

Tal y como se expone, el esposo y defensor judicial, lejos de instar la declaración civil de incapacidad y nombramiento de tutor de su esposa, pese a ser consciente de su situación incapacitante y falta de autogobierno, aprovecha el hecho no instando la incapacidad legal, manipulando a su antojo a su propia esposa, dada su especial vulnerabilidad, y aprovecha en su propio beneficio la indemnización privativa recibida (destinada a cubrir las elevadas y costosas necesidades elementales de la incapaz), adquiriendo bienes sometidos en el régimen de la sociedad gananciales, siendo la fuente de pago un bien privativo de la incapaz. Tal situación se consigue haciendo firmar a la incapaz cuantos documentos públicos y privados fueron necesarios, desconociendo la incapaz el motivo de los mismos y las consecuencias que ello implicaba, promoviendo con ello un engaño al ocultar de forma consciente la incapacidad de la esposa, para producir un desplazamiento patrimonial de ella, en beneficio del marido.

Por tanto, Modesto se situó como cotitular de los bienes que se adquirieron con el dinero procedente de la indemnización de Laura, al incluirlos en la sociedad de gananciales, para, posteriormente, gravarlos sustancialmente. En todos los actos jurídicos realizados, Laura, no declarada incapaz judicialmente por aquel entonces por las artimañas de su marido, es evidente que firmó de su puño y letra las correspondientes hipotecas, y que la pésima y perjudicial gestión patrimonial de su marido descapitalizó por completo a la incapaz.

La incapacidad de la perjudicada, producida como consecuencia del accidente vial en 1996, generó la vulnerabilidad que llevó a Modesto a la completa apropiación y dilapidación de toda la millonaria indemnización recibida por la incapaz, la ocultación de esta incapacitación frente a terceros, engañando a bancos y prestamistas, y todo ello mientras hacía vida separada de la incapaz con quien ni siquiera convivía, manteniendo una relación estable con otra mujer, que casualmente era la que cuidaba de la todavía su esposa, pasando noches enteras fuera del domicilio conyugal.

En este sentido, es reiterada y consolidada doctrina del Tribunal Supremo que la separación de hecho libremente consentida excluye el fundamento de la sociedad conyugal, pues entenderlo de otro modo conllevaría a un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, que no puede ser acogido por los tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (SSTS 13 de junio de 1986, núm. 374/1986; 17 de junio de 1988, núm. 512/1988; 23 de diciembre de 1992, núm. 1220/1992; 11 de octubre de 1999, rec. núm. 517/1995; 21 de febrero de 2008, rec. núm. 5417/2000).

De hecho, el fundamento de la sociedad no es otra cosa que la convivencia mantenida entre cónyuges. Así, establece la jurisprudencia, destacando la STS de 27 de enero de 1998 (rec. núm. 3298/1993), que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges». Asimismo, la STS de 11 de octubre de 1999 (rec. núm. 517/1995) manifiesta que «no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales» y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial «para estimar extinguida la sociedad de gananciales». Por tanto, queda claro que la separación de hecho consentida por los cónyuges produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales.

En virtud de lo expuesto, resulta que la excusa absoluta de parentesco no podría ser invocada en el presente caso y que, por tanto, no puede declararse un sobreseimiento libre derivando el caso a la vía jurisdiccional civil, porque además de permitirse el ejercicio de la acción civil dentro de un proceso penal, en el que en todo caso existen indicios racionales de criminalidad, como en el presente caso, el juez o tribunal competente debe pronunciarse acerca del objeto de la acción civil ejercitada.

En este caso hay indicios más que suficientes que acreditan que efectivamente existía una separación de hecho en el momento en el que Modesto realizó el último negocio jurídico en perjuicio de su entonces esposa, sin perjuicio de que por interés manifiesto de este tuviera intención de aparentar lo contrario para ocultar la situación que le permitía evitar todo tipo de obstáculos ante terceros, considerando que no podría desembocar en ningún tipo de responsabilidad por su parte.

En cualquier caso, en virtud de la STS 361/2007, de 24 de abril (NCJ053515), se pone de manifiesto que «la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos». En este sentido, y pese a la difícil apreciación de excusa absoluta, siempre que se acredite la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, el juez o tribunal deberá pronunciarse sobre la responsabilidad civil. De hecho, aun así, el sujeto beneficiado por la excusa absoluta 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 podemos mencionar la STS 198/2007, de 5 de marzo, o la STS 719/1992, de 6 de abril, señalando esta última que «(...) no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absoluto del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil (...)».

Por lo tanto, los delitos que se aprecian en los hechos expuestos se ajustan en el tipo de la **estafa falsaria y la apropiación indebida**, los cuales no se limitaron exclusivamente a la disposición del dinero en el propio beneficio de Modesto, ni a la adquisición de bienes para los cónyuges bajo el carácter de gananciales, siendo de procedencia privativa de Laura, sino que continuando con dicha actividad falsaria y apropiatoria, hipotecó y gravó estos inmuebles «supuestamente» gananciales, apropiándose del dinero obtenido de los préstamos contraídos.

Así pues, en el momento de los hechos ocurridos, el artículo del 252 del CP regulaba el delito de apropiación indebida, exponiendo que serán castigados con las penas de seis meses a cuatro años, o de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses, en su caso, «los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido (...)».

Al tratarse de dinero que tenía en plena confianza al ser esposo y defensor judicial, para el acuerdo de transacción sobre la indemnización a percibir por la incapaz en el accidente que tuvo lugar en 1996, y como consecuencia del ejercicio anómalo e irregular como depositario y defensor judicial, aprovechó esta situación descrita, no rindiendo cuentas a nadie, sirviéndose de la firma de su esposa con la finalidad de lucrarse de forma personal e individual. Es evidente que el móvil de la acción no fue otro que el ánimo de lucro, bien definido por la doctrina del Tribunal Supremo en su más amplia versión jurídica de *animus lucri faciendi gestia*, equivalente al propósito indubitado de enriquecimiento, ganancia económica, provecho, ventaja y satisfacción tanto propia como ajena que mueve al agente a realizar la acción antijurídica» (STSS 22 de junio de 1976, 10 de julio de 1979, y 7 de noviembre de 1980).

Respecto del delito de estafa falsaria bajo contrato simulado, se aprecia claramente en la ocultación que perseguía Modesto en relación con la situación de incapacidad de su esposa, haciéndola firmar documentos y contratos que suponen disposición de sus bienes para lo que carece claramente de capacidad alguna. El artículo 251 del CP prescribe, en este sentido, que cometerá este delito quien se atribuya «falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece», así como aquel que «otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado», castigándose dichas modalidades con la pena de prisión de uno a cuatro años.

La falsedad documental sería de carácter ideológico habida cuenta de que Modesto finge la capacidad de su esposa y, tras la ocultación, altera la realidad que debe reflejar dicho documento, produciendo un ataque directo a la función del mismo, por cuanto que, de esta forma, tras la ocultación y alteración de la realidad, se beneficia de la autenticidad que presenta para avalar una declaración que, desde el punto de vista de su eficacia jurídica real, ha de ser inoperante. El sujeto activo consigue así una alteración de la realidad declarada en dicho documento idónea para provocar el error y el engaño, tanto sobre la incapaz como sobre el resto de otorgantes, que tienen una incidencia directa en el tráfico jurídico y produce un desplazamiento patrimonial en su propio beneficio.

No obstante, hoy en día estos mismos hechos punibles serían igualmente castigados, con la reforma practicada a tenor de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, cuya regulación desplaza el delito de apropiación indebida al artículo 253.1 del CP, contemplando igualmente que «(...) los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido», serán autores del delito descrito.

Descartando una posible prescripción de los hechos cometidos, es evidente el carácter de delito continuado que realiza el sujeto activo, y ello con base en el artículo 74.1 del CP, en virtud del cual, «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados (...)». Además, en cuanto a la posible alusión a prescripción de los hechos delictivos se refiere, expone el artículo 132.1 del CP, que «(...) En los casos de delito continuado (...), tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción (...)».

Con la reciente reforma del Código Penal, que entró en vigor el 1 de julio de 2015, casos similares al que hemos analizado serán más sencillos de resolver, y ello porque el precepto ha resultado ser modificado con acierto, disponiendo en la actualidad que «están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, **o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad**».

En cualquier caso, el ejercicio de la acción civil derivada de los delitos que se aprecian en el presente caso debe desembocar en la declaración de nulidad de las transmisiones efectuadas, en aplicación de lo que disponen los artículos 109 y siguientes de la norma penal en relación con la restitución y reparación del daño, conforme a los cuales, la responsabilidad civil derivada del delito ha de comprender la restitución y la reparación del daño, incluyendo en este concepto posibles obligaciones de hacer o de no hacer.

Por tanto, y conforme a lo dispuesto en el Código Penal, «toda persona criminalmente responsable de un delito lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios» (art. 116.1). En el presente caso, como hemos resuelto, el responsable civilmente no sería otra persona que Modesto. Asimismo, se establece que «la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados» (art. 109.1), y que «deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el juez o tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito» (art. 111.1).

En definitiva, debería decretarse la nulidad de la hipoteca contraída entre Modesto y Laura con el prestamista particular, declarándose nulas las firmas realizadas por esta última, debiendo atribuirse el inmueble íntegramente a Laura, con la consiguiente responsabilidad civil emergente de Modesto con respecto al prestamista, tercero que actuó de buena fe y que de algún modo tiene derecho a que el sujeto activo de los delitos cometidos satisfaga la pretensión que ejerce y ostenta el prestamista.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas:

- Código Civil, arts. 200, 271 y 272.
- Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74, 109, 111, 116, 132, 251, 252, 253 y 268.
- STS 719/1992, de 6 de abril.
- STS 198/2007, de 5 de marzo.
- STS 361/2007, de 24 de abril.