



Roj: **STS 2354/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2354**

Id Cendoj: **28079120012019100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2019**

Nº de Recurso: **1146/2018**

Nº de Resolución: **358/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO MONTERDE FERRER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 377/2018,**
STS 2354/2019

RECURSO CASACION núm.: 1146/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 358/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 10 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de Casación con el nº 1146/2018, interpuesto por la representación procesal de **D. Casiano**, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2018 por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Rollo de Sala nº. 30/2017, correspondiente al Procedimiento Abreviado nº 1320/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Caravaca de la Cruz, que condenó al recurrente, como autor responsable de un delito **continuado de apropiación indebida**, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente D. Casiano, representado por la procuradora D^a. Inés Guevara Romero; y defendido por el letrado D. José María Caballero Salinas; y como parte recurrida, las acusadoras particulares, entidades mercantiles Transportes Las Maravillas, S.A. y Mavitrans Cargo, S.L., representadas por el procurador D. Guillermo Navarro Leante, y defendidas por el letrado D. Pedro López de Gea, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de los de Caravaca de la Cruz, incoó Procedimiento Abreviado con el nº 1320/2015 en cuya causa la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, tras celebrar juicio



oral y público, dictó sentencia el 13 de febrero de 2018 , que contenía el siguiente **Fallo**: " **CONDENAR** a D. Casiano como autor de un delito continuado de apropiación indebida, *uf supra* tipificado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **SEIS AÑOS de prisión y multa de DOCE MESES**, con cuota diaria de 2 (720 en total), así como al pago de las costas, sin inclusión de las de la acusación particular.

Así mismo, se condena al mismo y a **Da. Aida** , ésta en calidad de partícipe a título lucrativo, a que solidariamente abonen:

- a Transportes las Maravillas, S.A., la suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS VEINTIOCHO (368.528) EUROS**,

- y a Mavitrans Cargo, S.L, **TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CINCUENTA (355.050) EUROS**.

Dichas sumas devengarán desde la fecha de la presente resolución los intereses del art. 576 LEC .

La pena privativa de libertad lleva como accesoria la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo de duración.

Practíquense las anotaciones oportunas en los libros registro y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación del que conocerá el Tribunal Supremo, que habrá de anunciarse ante esta sala en el plazo de CINCO DÍAS computados desde la última notificación."

SEGUNDO.- En la citada sentencia se declararon probados los siguientes **Hechos** : " **ÚNICO.-** El acusado, Casiano , cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento, trabajaba como Jefe de Sección y Departamento de Administración desde 1991 en las mercantiles Transportes las Maravillas, S.A., y Mavitrans Cargo, S.L, ambas pertenecientes al mismo grupo empresarial familiar, con sede social en Cehegín.

Por razón de su cargo era responsable de la contabilidad de ambas empresas y del control de sus cuentas, disponía de las claves bancarias, de las certificaciones digitales de firma y la documentación necesaria para realizar telemáticamente las operaciones del tráfico habitual de las mismas.

El acusado, actuando con el propósito de obtener beneficio patrimonial ilícito, desde marzo del año 2003 hasta junio de 2015 ha venido realizando, sin el consentimiento ni el conocimiento de los representantes legales de las referidas mercantiles, numerosas transferencias de dinero, en número superior a doscientas, desde las cuentas de las mencionadas empresas a la cuenta n° NUM000 de Cajamurcia (actualmente de Banco Mare Nostrum) de su titularidad, en la que figuraba como autorizada su esposa Aida y por un importe total de 723.578 E.

En concreto., las transferencias no consentidas realizadas por el acusado en su provecho y el de su esposa, se realizaron desde la cuenta de Transportes las Maravillas, S.A, en La Caixa con n° NUM001 por importe total de 368.528 €; desde la cuenta de Mavitrans Cargo, S.L, en el Banco de Santander/Banesto n° NUM002 por importe de 343.250 y desde la cuenta de Mavitrans Cargo, S.L, en Bankinter con n° NUM003 por importe de 11.800 E.

En la cuenta bancaria n° NUM000 figuraba como titular Casiano y como autorizada su esposa Aida , quien se benefició de las transferencias recibidas en esta última cuenta, donde se cargaban gastos tales como el alquiler de una vivienda de Murcia, el salario de una empleada de una tienda regentada por la propia Sra. Aida , viajes, compras en distintos establecimiento comerciales y gastos ordinarios de la unidad familiar del acusado."

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, la representación del acusado anunció su propósito de interponer recurso de casación que se tuvo por preparado por auto de 5 de abril de 2018, emplazándose seguidamente a las partes para que hiciesen uso de su derecho ante esta Sala.

CUARTO.- Por medio de escrito, que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en 25 de abril de 2018, la procuradora D^a. Inés Guevara Romero, interpuso el anunciado recurso de casación articulado en los siguientes **motivos**:

Primero: Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a un proceso con todas las garantías y a la doble instancia en materia penal.

Segundo.- Al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Tercero.- Al amparo del art. 849.1 LECr , **por infracción de ley**, al haberse aplicado indebidamente el art. 74.2 CP .



QUINTO.- El Ministerio **Fiscal** y la **acusación particular**, por medio de escritos fechados el 18 de julio y 26 de junio de 2018, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron, interesaron la inadmisión de todos los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnaron.

SEXTO.- Por providencia de 23 de mayo de 2019 se declaró el recurso admitido y concluso, señalándose para su **deliberación y fallo** el pasado día **25 de junio de 2019**, en cuya fecha la Sala deliberó con el resultado decisorio que a continuación se expresa:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos se formula al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a un proceso con todas las garantías y a la doble instancia em materia penal.

1. Considera el recurrente que en este proceso se ha incurrido en infracción del art. 6 de la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, en relación con el resto de derechos Fundamentales e Instrumentos internacionales, toda vez que trasponiéndose las Directivas a la legislación nacional imponiendo la doble instancia solamente en aquellos procesos incoados a partir de 2017, se conculca el derecho a la Igualdad del art. 14 CE .

2. El recurrente se extiende sobre el derecho a la doble instancia en materia penal, doble instancia ahora regulada, pero respecto a hechos posteriores a los de autos, para robustecer la alegación de su segundo motivo, por lo que carece de entidad sustantiva y congruente. Además esta cuestión ha sido tratada y precisada por la jurisprudencia de esta Sala, de manera inequívoca, desestimando las alegaciones genéricas, que como la actual, no denuncian una **concreta** indefensión material.

Doctrina y Jurisprudencia han destacado el hecho de que frente a la sentencia que ponga término a la primera instancia el legislador disponga un recurso ordinario, como el de apelación, no significa que a través de dicho medio de impugnación puedan las partes procesales obtener una nueva primera instancia, es decir, la instauración de un nuevo proceso que, cual si se tratara de disponer desde cero de una segunda oportunidad permita a las partes en conflicto reproducir éste ante el órgano *ad quem* como si la primera instancia nunca hubiera tenido lugar, repitiendo la práctica de la prueba y pudiendo incorporar novedosas pretensiones u originales medios de ataque y defensa que no emplearon por las razones que fuese, en dicho primer grado jurisdiccional.

El concepto de segunda instancia no es un concepto unívoco sino que admite una diversidad de significados según la amplitud con que se configure su objeto procesal, bien como un *novum iudicium* , es decir como una nueva primera instancia o bien como una *revisio prioris instantiae*, es decir como un control de lo decidido y resuelto en la primera instancia, siendo el legislador quien en cada momento histórico, ha de optar por la implantación de uno u otro modelo en su respectivo ordenamiento procesal.

En el derecho comparado conviven dos diferentes sistemas: el de la apelación plena y el de la apelación limitada, según el grado de autonomía o de vinculación del objeto procesal deducido en apelación y de la decisión de ésta con respecto al objeto anteriormente enjuiciado y a la resolución recaída en la primera instancia. Dichos sistemas, sin embargo, han experimentado en los últimos años un proceso de acercamiento legislativo, de manera que en la actualidad no es fácil encontrarlos puros.

En la práctica, situados ambos sistemas en pie de igualdad son mucho mayores en número y entidad las desventajas del sistema pleno que los inconvenientes derivados del sistema limitado, y es por ello por lo que en el derecho comparado prima este último habiéndose producido sucesivas reformas encaminadas a limitar el ámbito de la segunda instancia para atajar los graves problemas orgánicos y técnicos que ocasiona el sistema de apelación plena. Entre éstos se encuentra la devaluación de la primera instancia, la anulación del incremento de las garantías de acierto en la decisión que debería derivarse del segundo grado de decisión y la incompatibilidad con los principios procedimentales más avanzados, como la concentración, celeridad, inmediatez o en definitiva, eficacia. En consecuencia se impone un modelo limitado corregido como el reconocido en nuestro ordenamiento que admite parcialmente y solo en casos justificados la práctica de determinadas pruebas en la segunda instancia.

Es por ello que la generalización de la doble instancia no debe conllevar una regresión a modelos menos efectivos y garantista, como sostienen quienes pretenden instalar un modelo de apelación con reproducción del juicio, es decir de la práctica de la prueba.

Ello implica, indudablemente, determinadas limitaciones en cuanto a la revisión de la valoración probatoria, que se concretan en el respeto al principio de inmediatez y a las impresiones directas que esta lleva consigo.



Pero no impide una revisión táctica en todo aquello en que el tribunal revisor pueda situarse en cuanto al medio de prueba de la misma o en similar posición a la que se encontraba el órgano de instancia (por ejemplo prueba documental).

Por otra parte el *desarrollo de la doctrina casacional* en relación con materias como la presunción de inocencia, la interdicción de la arbitrariedad, la prueba indiciaria, etc., ponen de relieve que la prueba producida en el juicio oral es inmune a la revisión en vía de recurso en lo que depende de la inmediación pero es revisable en lo que concierne a la estructura racional del discurso valorativo.

El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la constitución Española), constituye un límite a la libre valoración probatoria reconocida en el art. 741 de la L.E.Criminal . Apreciación en conciencia no quiere decir apreciación omnímoda y arbitraria, como ha recordado reiteradamente el Tribunal Supremo, sino en todo caso ajustada a las reglas de la lógica, a los principios de la experiencia y a los conocimientos científicos y en consecuencia cabe al tribunal de apelación revisar la estructura racional del discurso valorativo de la prueba efectuado por el Juez o tribunal sentenciador en la primera instancia.

Esta doctrina tiene su campo preferente de aplicación en el ámbito de la prueba indiciaria, pero incluso en la apreciación de los testimonios, la Ley impone al tribunal la aplicación de las "reglas del criterio racional" (art. 717 de la L.E.Criminal). En la valoración de la prueba directa cabe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado en consecuencia a la inmediación y por tanto ajeno al control en vía de recurso por un tribunal Superior que no ha contemplado la práctica de la prueba, y un segundo nivel, necesario en ocasiones, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la inmediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo si puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias (Art. 9.1 C.E .) o bien que sean contradictorias con los principios constitucionales. Por ejemplo con las reglas valorativas derivadas del principio de presunción de inocencia o del principio "nemo tenetur", como ha señalado el TS.

En definitiva la generalización de la doble instancia es compatible con el mantenimiento del actual modelo de apelación limitada que no excluye la revisión fáctica dentro de ciertos parámetros que respeten la inmediación.

Por otra parte ha de recordarse que el artículo 14.5 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que la decisión condenatoria y la pena que se la haya impuesto sean sometidas a un tribunal superior, de acuerdo con lo prescrito por la Ley. En consecuencia el Pacto internacional *no impone un determinado sistema* de doble instancia, sino únicamente la sumisión de la condena a un Tribunal Superior, habiendo estimado nuestro Tribunal Constitucional que *incluso el recurso extraordinario de casación cumple este requisito*.

Y el artículo 2º del protocolo 7 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales , del 22 de noviembre de 1984, dispone: 1) toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por lo que puede ejercerse, ha de estar regulado por la ley. 2) Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, como también en los casos en que la persona haya sido juzgada en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarada culpable después de un recurso contra su absolución.

Esta Sala ha precisado (Cfr. STS 408/2015 de 8 de julio) que "Hoy por hoy es la casación el único recurso disponible en materia de delitos graves. Tal recurso, según viene siendo interpretado, tiene la suficiente holgura y elasticidad como para cubrir, aunque se consiga a costa de flexibilizar la naturaleza de la casación, esa exigencia de los tratados internacionales.

Es esta doctrina consolidada tanto en esta Sala (entre otras SSTS 203/2000 de 8 de febrero y 543/2000 de 27 de marzo), como en el Tribunal Constitucional (SSTC 80/1992, de 28 de mayo , 113/1992, de 14 de septiembre , 29/1993, de 25 de enero , ó 120/1999, de 28 de junio , 80/2003, de 28 de abril ó 26/2006 de 16 de enero y Auto 369/1996, de 16 de diciembre). Se ha declarado reiteradamente que el art. 14.5 del Pacto citado no padece por las restricciones que introduce la casación en cuanto a la revisión de la valoración probatoria. La jurisprudencia interna cuenta con el aval del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: decisiones de inadmisión de 18 de enero de 2000 -caso PESTI Y FRODL -, 30 de mayo de 2000 - asunto LOEWENGUTH-, ó 22 de junio de 2000 - asunto DEPERROIS -, por citar solo algunas.(...)



No existe, así pues, vulneración del derecho a un proceso justo derivada de la regulación del actual recurso de casación en materia penal, que cumple los estándares mínimos impuestos por el art. 14.5 PIDCP . Además, en concreto, tampoco se singulariza ninguna argumentación que los recurrentes se hayan visto impedidos de realizar por virtud de la naturaleza de la casación."

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEGUNDO.- El segundo motivo se configura al amparo del art. 852 LECr y 5.4 LOPJ , **por infracción de precepto constitucional**, y del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y a no sufrir indefensión.

1. Alega el recurrente que se le ha generado indefensión con la negativa a practicar prueba de descargo válida y pertinente de carácter documental -denegada por auto de 30-5-2017, y también en trámite de cuestiones previas del juicio oral- directamente relacionada con el objeto del proceso y con la que se podría haber ratificado su versión mantenida a lo largo del proceso. Por ello solicita se declare la nulidad del juicio, reponiéndose las actuaciones para celebrar uno nuevo con un tribunal diferente.

2. Esta Sala ha recordado reiteradamente (SSTS. 64/2004 de 11.2 , 788/2012 de 24.10 , 157/2012 de 7.3 , 629/2011 de 23.6 , 111/2010 de 24.2) , la relevancia que adquiere el **derecho a la prueba** contemplado desde la perspectiva de las garantías fundamentales y del derecho a un juicio justo "con proscripción de la indefensión". Así la Constitución entre los derechos que consagra el art. 24 sitúa el derecho a usar los medios de prueba que estimen pertinentes para su defensa, pero también ha señalado que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado o incondicionado a que se admitan todas las pruebas propuestas por las partes o a que se practiquen todas las admitidas con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad. Por ello el reconocimiento de la relevancia constitucional del derecho a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar en cuanto a la admisión la pertinencia de las pruebas propuestas "rechazando las demás" (art. 659 y 785,1 de la LECr).

El Tribunal Constitucional ha venido configurando este Derecho Fundamental en múltiples resoluciones y las conclusiones que se extraen en dichos pronunciamientos podemos resumirlos en:

a) La conculcación del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, situado en el marco de su derecho fundamental más genérico como es el derecho de defensa, solo adquiere relevancia constitucional cuando produce real y efectiva indefensión.

La STC. 198/97 dice: "el rechazo irregular de la prueba por el Órgano jurisdiccional no determina necesariamente la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y así, tal y como ha declarado la jurisprudencia constitucional, la relación de instrumentalidad existente entre el derecho a la prueba y la prohibición de indefensión hace que la constatación de una irregularidad procesal en materia probatoria no sea por sí sola suficiente para que la pretensión de amparo adquiera relevancia constitucional, pues para que así sea el defecto procesal ha de tener una indefensión material concreta, por lo que si ésta no se ha producido, tampoco cabe apreciar la existencia de indefensión desde la perspectiva constitucional".

b) El juicio de pertinencia, límite legal al ejercicio del derecho, resulta de la exclusiva competencia de los Tribunales ordinarios, los cuales vienen obligados a explicitar y motivar las resoluciones en que rechacen las pruebas propuestas.

La STC. 25/97 precisa: "el art. 24.2 CE . permite que un Órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto sin que ello lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no obliga, por consiguiente, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino únicamente aquellos que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales, pero resulta inaceptable, con toda evidencia, la posibilidad de que el Juez, sin motivación, rechace las pruebas interesadas.

c) Solo corresponderá al Tribunal Constitucional la revisión sobre la declaración de pertinencia de las pruebas, cuando esta resulte absurda, incongruente o cuando en él se haya rechazado una diligencia no solo pertinente sino con trascendencia para modificar el sentido de la decisión final.

La STC. 178/98 recoge "quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de la controversia, ya que sólo en tal caso podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho de quienes por este motivo buscan amparo".

En igual dirección la STC. 232/98 nos dice: "En efecto, como ha resaltado el Tribunal Constitucional la garantía constitucional contenida en el precepto únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia resultaría ya evidente ab initio, sin necesidad



de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada. Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia".

Ahora bien, como ya hemos adelantado a los efectos del derecho constitucional a la utilización de medios de prueba propuestos, no está el Juez obligado a admitir todos los medios de prueba que cada parte estima pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales. Dos elementos han de ser valorados a este respecto: la pertinencia y relevancia de la prueba propuesta. Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye: "tema adiuvandi", juicio de oportunidad o adecuación. No obstante tal condición de hallarse relacionada o entrelazada con el proceso no supone que deba ser admitida inexcusablemente. Los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso sin dilaciones indebidas y los principios de economía procesal, pueden mover al órgano jurisdiccional o inadmitir diligencias de prueba que ostenten la cualidad de pertinentes por diferentes razones fundamentalmente por considerarlas superfluas, redundantes o desproporcionadas en relación a la infracción objeto de enjuiciamiento.

Y en cuanto a la *relevancia* del medio probatorio ha de distinguirse entre la relevancia formal y la material -que es la verdaderamente trascendente- y que debe apreciarse cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a los que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de esta.

Por último debe exigirse que la prueba sea además necesaria, es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone (SSTS. 9.2.95 , 16.12.96) de modo que su omisión le cause indefensión (SSTS. 8.11.92 y 15.11.94) a diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del Tribunal para determinar inicialmente la prueba que genéricamente es pertinente por admisible (STS 17.1.91), la "necesidad" de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios inicialmente considerados como pertinentes, pueden lícitamente no realizarse por muy diversas circunstancias (STS. 21.3.95), que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

La sentencia de esta Sala de 6.6.02 , recuerda la doctrina jurisprudencial sobre prueba pertinente y prueba necesaria. Nos dice la s. 24.10.2000 que "ya por reiterada doctrina del TEDH . -casos Brimvit, Kotousji, Windisck, y Delta- se reconoce que *no es un derecho absoluto e incondicionado*. El Tribunal Constitucional tiene declarado que no se produce vulneración del derecho fundamental a la prueba, cuando esta es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final, y en este sentido se articula la diferencia entre prueba pertinente y prueba necesaria, estimando que sólo la prueba necesaria es decir, aquella que tiene aptitud de variar el resultado, que sea indebidamente denegada puede dar lugar a una indefensión con relevancia constitucional (SSTC.149/87 , 155/88 , 290/93 , 187/96).

En tercer lugar la estimación de un motivo por vulneración de un precepto constitucional no supone necesariamente la anulación de la sentencia y el dictado de una nueva absolutoria, sino que la reparación en los casos en que la vulneración sea asimilable al quebrantamiento de forma -como sería en el caso presente en el art. 850.1 por denegación de alguna diligencia de prueba que propuesta en tiempo y forma por las partes, se considere pertinente, lo procedente será su anulación y reenvío al tribunal de instancia de la causa para que reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, esto es practicando la prueba indebidamente denegada, la sustancia y termine con arreglo a derecho.

En este marco y a través de una jurisprudencia reiterada, STS 46/2012, de 1-2 , 746/2010, de 27-7 y 804/2008, de 2-12 ; se ha ido perfilando un cuerpo doctrinal enunciativo de los requisitos necesarios para la estimación del motivo casacional previsto en el art. 850.1 LECr . :

a) Las diligencias probatorias han de haber sido solicitadas en tiempo y forma, en los términos exigidos por el art. 656 LECr ., respecto al procedimiento ordinario y por el art. 784 al procedimiento abreviado.

b) Que el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecer la calificación de "pertinente". Pertinencia es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi". Además ha de ser "relevante", lo que debe aplicarse cuando la realización de la prueba, por la relación a los hechos a los que se acuerda la condena o la absolución u otra consecuencia penal, pudo alterar la sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya inferido en el contenido de ésta.

c) Que la prueba sea además, *necesaria* , es decir tenga utilidad para los intereses de defensa de quien le propone, de modo que su omisión le causa indefensión.

d) A diferencia de la pertinencia que se mueve en el ámbito de la admisibilidad como facultad del tribunal, la necesidad de su ejecución se desenvuelve en el terreno de la práctica, de manera que medios probatorios



inicialmente admitidos como pertinentes pueden lícitamente no realizarse, por muy diversas circunstancias que eliminen de manera sobrevenida su condición de indispensable y forzosa, como cualidades distintas de la oportunidad y adecuación propias de la idea de pertinencia.

e) Que sea " posible" la práctica de la prueba propuesta, en el sentido de que el tribunal debe agotar razonablemente las probabilidades de su realización sin incidir en la violación del derecho constitucional a un juicio sin dilaciones indebidas.

f) Ante la denegación de prueba es preciso la protesta, que tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación de la prueba, o, en su caso, quien denegó la suspensión por la incomparecencia del testigo, la proporcionalidad de la decisión adoptada teniendo en cuenta nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso manifestando así su no acatamiento a la decisión adoptada al tiempo que proporciona criterios que permitan el replanteamiento de la decisión.

En definitiva, este motivo de casación no trata de resolver denegaciones formales de prueba, sino que es preciso que tal denegación haya producido *indefensión*, de manera que el motivo exige "demostrar", de un lado, la relación existente entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar por las pruebas inadmitidas, y de otro lado, debe argumentar convincentemente que la resolución final del proceso a "quo" podría haberse sido favorable de haberse aceptado la prueba objeto de controversia. (SSTS. 104/2002 de 29.1 , 181/2007 de 7.3 , y 421/2007 de 24.5 ; 845/17, de 21 de diciembre)

3. El recurrente, en efecto se queja de la denegación de la prueba documental solicitada sobre contabilidad de las empresas, que se recoge en el motivo (páginas 7 y 8) y consta en el escrito de defensa (folios 677 y 678 de la causa).

Antes de resolver sobre esta prueba propuesta en el escrito de defensa, la Sala requirió al ahora recurrente para que justificara la necesidad de esos documentos (folio 8 del rollo de Sala). El recurrente presentó escrito (folios 11 a 13 del rollo de Sala) diciendo que se interesaba para justificar que durante años realizó transferencias a su cuenta de cantidades que después sacaba de la cuenta y devolvía a la caja para atender " *necesidades de caja y pagos extracontables* " (folio 12 del rollo de Sala), indicando que sobre la documentación deben hacerse cotejos sobre pagos de sueldos y otras cantidades en diversas cuentas. La prueba documental se denegó en auto de 30 de mayo de 2017 (folios 15 a 18 del rollo de Sala) porque la aportación de esa contabilidad solo tiene sentido si viene acompañada de un informe pericial que la examine y aborde las cuestiones que se indican, pericial que no ha sido solicitada.

La prueba documental se volvió a solicitar al inicio del juicio (como se recoge en el Antecedente de Hecho Primero de la sentencia recurrida), sin proponer pericia y afirmando que se trata de simples cotejos que no precisan pericia y que la pericial podría aportarse teniendo la documental. La Sala rechazó la prueba por tratarse de prueba descomunal (13 años de apuntes contables de empresas con gran volumen de movimientos) y por no ofrecerse la necesaria pericial.

4. La decisión de la Sala, es por tanto, correcta a la vista de la finalidad que el mismo recurrente intenta obtener de la documental que solicita. La prueba resulta insuficiente para la finalidad intentada, pues se quiere acreditar con la contabilidad algo que, conforme a la explicación que se da, está fuera de la contabilidad (operaciones en líquido no contabilizadas por las empresas). El encontrar rastros de estas operaciones en la contabilidad exigiría un análisis por perito contable ya que (por definición) no se encuentran directamente recogidas en la contabilidad. Y en ningún momento se ha propuesto la práctica de la imprescindible prueba pericial, ni puede esa pericia realizarse sobre la marcha en el acto del juicio, conociendo el perito en ese momento la documental que se ha interesado.

Además, en esta consideración de la queja en sede de recurso de casación, valorando el conjunto de pruebas practicadas en el juicio y la trascendencia de la que se solicita en ese conjunto, se comprueba que la aportación de la documentación carece de relevancia para el fallo. Lo que se quiere acreditar no solo resulta contradicho por la pericial practicada en el acto del juicio, de la que resulta (como indica el Tribunal sentenciador) que las extracciones en efectivo de la cuenta corriente suponen una cantidad muy inferior a la de las transferencias injustificadas, sino que además la mecánica que afirma el recurrente ha sido negada por los testigos a los que el acusado atribuye participación es esas operaciones. La aportación de la contabilidad interesada no variaría en nada la conclusión de la sentencia

Por todo ello, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- El tercer motivo se articula, al amparo del art. 849.1 LECr , **por infracción de ley**, al haberse aplicado indebidamente el art. 74.2 CP .



1. El recurrente cuestiona la argumentación del Fundamento de Derecho Cuarto -págs. 9 y 10- de la sentencia recurrida, en cuanto se dice que "En consecuencia, la pena imponible, sin la continuidad delictiva, iría de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses. Por aplicación del 74.2, se eleva en un grado, por lo que comprendería de seis a nueve años de prisión, y multa de doce a dieciocho meses. Por imperativo del principio acusatorio, se imponen en su mínimo". Se argumenta que ese mínimo es 6 años y 1 día de prisión y de 12 meses y 1 día de multa, penas que son la que entiende que deben entenderse impuesta (páginas 18 y 19 del recurso), y razona que esta pena no puede aplicarse ya que no nos encontramos ante un delito masa.

2. Tiene razón el recurrente en cuanto que el argumento de la sentencia es rechazable pues ha tenido en cuenta la continuidad delictiva para aplicar el subtipo del art. 250.1.5º CP y en esta apreciación se ha agotado la virtualidad del delito continuado.

La propia sentencia razona bien en el párrafo segundo de su página diez, cuando dice que "Dado que el delito aplicado es patrimonial y las distintas cuantías defraudadas individualmente son insuficientes para la cualificación del art. 250.1.5º, pero sí globalmente consideradas, procede aplicar lo acordado por el Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007, según el cual, "cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla 1ª del art. 74 queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración". La consecuencia de ello es la aplicación del párrafo 2º del art. 74 en la medida en que la suma de las cuantías ya se han tenido en cuenta para agravar la pena."

3. Ciertamente, tratándose de una infracción contra el patrimonio, atendiendo al perjuicio total causado, conforme al art 74.2 CP, no dándose la "notoria gravedad unida a la afectación del perjuicio a una generalidad de personas", no cabe la exacerbación de la pena imponiéndola como superior en grado.

Consecuentemente, la pena que corresponde aplicar, conforme a las previsiones de los arts. 253, 249 y 250.5º CP, se extiende de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses. Lo que supone, atendiendo a la regla 6ª del art. 66.1 del CP, "cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, que se aplique la pena en la extensión adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho", que se entienda procedente la aplicación de la pena de *cinco años de prisión y multa de diez meses*, con los demás efectos penológicos que se precisarán en segunda sentencia.

Por todo ello, el motivo ha de ser estimado.

CUARTO .- La estimación parcial del recurso supone para el recurrente la declaración de oficio de sus **costas**, de conformidad con las previsiones del art. 901 de la LECr.

FALLO

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

1º) Estimar en parte el recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, interpuesto por la representación de **D. Casiano**, contra la Sentencia de la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, de fecha 13 de febrero de 2018, en causa seguida por **delito de continuado de apropiación indebida**.

2º) Declarar de oficio las costas ocasionadas por su recurso.

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.

RECURSO CASACION núm.: 1146/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julian Sanchez Melgar

D. Francisco Monterde Ferrer



D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Diaz

En Madrid, a 10 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 1146/2018, contra sentencia de fecha 13 de febrero de 2017, dictada por la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Murcia, en el Procedimiento Abreviado nº 30/2017, dimanante del Procedimiento Abreviado nº 1320/2015 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Caravaca de la Cruz. Dicha resolución ha sido **casada y anulada** por la dictada con esta misma fecha por esta Sala, por lo que los mismos Magistrados que la compusieron, proceden a dictar **segunda Sentencia** con arreglo a los siguientes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Monterde Ferrer.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho y los fundamentos fácticos de la sentencia dictada por la Audiencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se tienen aquí por reproducidos los fundamentos de nuestra anterior Sentencia de Casación, así como los de la recurrida, en lo que no se opongan a los primeros.

SEGUNDO.- Como ya se ha dicho en el Fundamento Jurídico Tercero de la resolución que precede y con base en los razonamientos que en el mismo se exponen, en cuanto la pena que corresponde aplicar, conforme a las previsiones de los arts. 253, 249 y 250.5º CP, se extiende de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses. Lo que supone, atendiendo a la regla 6ª del art.66.1 del CP, "cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, que se aplique la pena en la extensión adecuada en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho", que se entienda procedente la aplicación de la pena de *cinco años de prisión y multa de diez meses*.

Y se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, tanto en cuanto a cuota diaria de la multa, costas, penas accesorias y condena en calidad de participe a título lucrativo de la condenada a tal efecto

En su consecuencia, vistos los preceptos mencionados y demás de general aplicación al caso

F A L L O

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

CONDENAR a D. Casiano como autor de un delito continuado de apropiación indebida, sin la concurrencia de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de **cinco años de prisión y multa de diez meses**.

Y se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, tanto en cuanto a cuota diaria de la multa, costas, penas accesorias y responsabilidades civiles, y condena en calidad de participe a título lucrativo de la condenada a tal efecto.

Comuníquese esta sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando 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.

D. Julian Sanchez Melgar D. Francisco Monterde Ferrer D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet D^a. Carmen Lamela Diaz