

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065119

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 552/2020, de 28 de octubre de 2020

Sala de lo Penal

Rec. n.º 228/2019

SUMARIO:**Prueba testifical. Valoración de la prueba. Indefensión material. Delito de apropiación indebida.**

Aplicación del art. 704 LECRIM de la incomunicación de los testigos en el juicio oral y problemática de implementación en juicios con varios días. Dicho artículo 704 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que los testigos que hayan de declarar en el juicio oral permanecerán, hasta que sean llamados a prestar sus declaraciones, en un local a propósito, sin comunicación con los que ya hubiesen declarado ni con otra persona.

Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real

En el supuesto actual no cabe apreciar la concurrencia de la causa invocada para interesar la nulidad de todo el proceso por la alegación de la entrega de la grabación de las sesiones a las partes.

Resulta evidente que la redacción decimonónica del art. 704 LECRIM debe acomodarse a la realidad actual en donde muchos juicios tienen una duración de varios días, y en donde es perfectamente posible, por el cumplimiento del principio de publicidad, que algunos testigos que declaren otros días puedan conocer lo que antes se ha podido exponer, ya que la prohibición ex art. 704 LECRIM es, obviamente, para la sesión única, y para la que se va celebrando cada uno de los días, pero resulta imposible acometerlo de uno a otro día respecto de los que van declarando y los que quedan por declarar, ya que la publicidad del juicio oral y la inexistencia de incomunicación al resto de testigos que declaren otros días hace verdaderamente ineficaz este contenido del precepto, que es meramente ilusorio en causas con varios días de señalamiento. Por tanto, en los juicios con varios días de señalamiento es ineficaz esta disposición del precepto procesal del art. 704 LECRIM. en tanto en cuanto la prohibición de acceso y conocimiento es ineficaz. La incomunicación de testigos en juicios previstos en varias sesiones no existe al modo y manera que la incomunicación de los miembros del jurado. Con ello, en la misma medida los testigos que van a declarar en días distintos pueden llegar a conocer por múltiples formas y conductos lo que se ha expuesto, incluso por traslado de las partes y el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 74.1, 249, 250, 252 y 253.

Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), arts. 11.1 y 238.3.

Ley de enjuiciamiento criminal, art. 704.

Constitución española, art. 24.

PONENTE:*Don Vicente Magro Servet.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE

Don ANA MARIA FERRER GARCIA

Don VICENTE MAGRO SERVET

Don CARMEN LAMELA DIAZ

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 552/2020

Fecha de sentencia: 28/10/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 228/2019

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 27/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera.

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

Transcrito por: MBP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 228/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 552/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 28 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por la representación del acusado D. Benedicto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que le condenó por delito de apropiación indebida, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Álvaro Adán Vega y bajo la dirección Letrada de D. Iñaki Sagarzazu Izeta, y el recurrido Acusación Particular Club de Judo Ama Guadalupekoa

representado por la Procuradora Dña. Imelda Marco López de Zubiria y bajo la dirección Letrada de D. Miguel M^a Iraola Sarasua.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción nº 5 de Irún incoó Procedimiento Abreviado con el nº 553/2014 contra Benedicto, y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, que con fecha 30 de octubre de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"I.- Benedicto, mayor de edad y sin antecedentes penales, fue instructor de judo del Club de Judo Ama Guadalupekoa de la localidad de Hondarribia, desde 1994 hasta el 10 de octubre de 2.012. II.- Durante los años 2.007, 2.008, 2.009, 2.010, 2.011, 2.012 y 2.013, además de dedicarse al aspecto deportivo del Club, decidiendo las competiciones en las que se participaba, era quien tomaba todas las decisiones concernientes al mismo, estando autorizado a manejar la cuenta bancaria de dicho Club, sin que en esa época se hubiese celebrado ninguna Asamblea General a fin de proceder al nombramiento de Junta Directiva ni de presidente o presidenta que realizase gestión administrativa o económica alguna concerniente al Club, siendo Benedicto la persona que se encargaba de realizar dichas tareas y la cabeza visible del Club tanto con el Ayuntamiento de Hondarribia, como con terceras personas e incluso con los mismos socios, habiendo figurado además como trabajador asalariado del Club desde enero de 2009 hasta octubre de 2.012. III.- Durante esos años Benedicto, aprovechando que se encontraba autorizado para manejar la cuenta bancaria del Club, fue haciendo suyas diversas cantidades de dicha cuenta bancaria incorporándolas a su patrimonio, de la siguiente manera: -En el año 2007 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la cantidad de 1.098,79 euros, emitió 37 cheques por un total de 33.257,69 euros, procediendo a su cobro bien por él mismo o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por importe de 16.258,18 euros. -En el año 2008 cargó en su propia tarjeta "master" 3.612,44 euros, emitió 16 euros por un total de 13.063 euros, procediendo a su cobro bien por el mismo bien por terceras personas, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 31.478,24 euros. -En el año 2009 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.641,93 euros, emitió 14 cheques por importe de 14.005 cobrándolos directamente o a través de terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por importe de 28.674,16 euros. -En el año 2010, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.329,31 euros, emitió 12 cheques por un total de 765 euros cobrándolos directamente o a través de terceras personas, y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 23.037,18 euros. -En el año 2011, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la suma de 2.189,97 euros, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 26.429,25 euros. -En el año 2012 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.656,53 euros, emitió 6 cheques por un total de 5.497,50 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 18.770,52 euros. -En el año 2013, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 1.200,19 euros, emitió 3 cheques por un total de 2.500 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 8.350 euros. El importe de todas las operaciones realizadas de tal manera por el Sr. Benedicto ascendió a 220.712,51 euros".

Segundo.

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"CONDENAMOS a D. Benedicto, como autor responsable de un delito continuado de apropiación indebida agravada de los artículos 74, 252 y 250.1.5º del Código Penal vigente en el momento de los hechos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRES AÑOS de prisión y multa de nueve meses, a razón de una cuota diaria de cinco euros, con la consiguiente responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, debiendo indemnizar al Club de Judo Ama Guadalupekoa en la suma de 220.712,51 euros, con aplicación de lo dispuesto en el art. 576 de la L.E.Civil. Notifíquese la presente resolución en legal forma a las partes, previniéndoles que contra la misma podrán preparar RECURSO DE CASACIÓN en esta Sección para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en el plazo de CINCO DÍAS HÁBILES contados a partir del siguiente a dicha notificación".

Tercero.

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, por la representación del acusado D. Benedicto , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.

El recurso interpuesto por la representación del acusado D. Benedicto , lo basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Primero.

Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la prohibición constitucional de sufrir indefensión reconocido en el art. 24.1 de la C.E.

Segundo.

Al amparo del art. 5.4 de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocida en el art. 24.1 de la C.E.

Tercero.

Al amparo del art. 849.2 de la L.E.Cr., por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba.

Cuarto.

Al amparo del art. 849.1 L.E.Cr., por infracción de ley.

Quinto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y subsidiaria impugnación, dándose igualmente por instruida la representación de la Acusación Particular e impugnando el recurso, y quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.

Por Providencia de esta Sala se señala para el presente recurso para deliberación y fallo para el día 27 de octubre de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Es objeto del presente recurso de casación el interpuesto por la representación procesal de Benedicto, contra la sentencia nº 223/18 de 30 de octubre de 2018, dictada por la Sección primera de la Audiencia Provincial de Guipúzkoa.

Segundo.

1.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, vulneración del derecho a la prohibición constitucional de sufrir indefensión reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Alega el recurrente que "la declaración de los testigos y del testigo-perito de la acusación, en la segunda jornada de la vista evidenció una clara "preparación" de los mismos para ajustarla a lo que resultó de los interrogatorios de los testigos de la defensa, que evidenciaron falta de concreción y claridad, olvidos, amén de contradicciones con sus declaraciones en fase de instrucción. Además, el que la Sala facilitara, a petición de la acusación, la grabación de la primera jornada de la vista antes de la celebración de la segunda sesión propició el empleo de ese material para la "preparación" de los testigos del día siguiente en clara perturbación del buen devenir de la vista y de la prohibida comunicación de los testigos".

Hace especial hincapié el recurrente a la infracción que se lleva a cabo del art. 704 LECRIM en cuanto a que en la segunda jornada, y exponiendo que la sala entregó a las partes el vídeo de la primera sesión, bien se

pudo preparar la declaración de los testigos propuestos idóneamente por la vía del art. 786.2 LECRIM, que habilita la fórmula llevada a cabo, como expone la impugnación de la acusación particular. Lo que se incide es que esta vulneración del art. 704 LECRIM conlleva la alteración del contenido de lo declarado por disponer del conocimiento de lo actuado. En definitiva, se alega la indefensión que encabeza el motivo.

Ante ello, hay que recordar que la indefensión que se preconiza es la material, o debe serlo, ya que la forma no produce, o tiene capacidad, para alterar el contenido de la prueba llevada a efecto, o provocar una nulidad tan radical como el juicio y la sentencia.

Sobre la indefensión material recuerda esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 821/2016 de 2 Nov. 2016, Rec. 733/2016 que la doctrina constitucional (SSTC. 25/2011, de 14 de marzo y 62/2009 de 9 de marzo , entre otras muchas) que la indefensión constituye una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales.

Es decir que "para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional, que sitúe al interesado al margen de toda posibilidad de alegar y defender en el proceso sus derechos, no basta con una vulneración meramente formal, sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado" (STC 185/2003, de 27 de octubre; y STC 164/2005 de 20 de junio).

Recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Sentencia 1683/2000 de 7 Nov. 2000, Rec. 1254/1999 que como señala el Tribunal Constitucional (por ejemplo en sentencia núm. 137/99, de 22 Jul) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución Española ha de ser algo real y efectivo, nunca potencial o abstracto, es decir una indefensión material y no formal, para lo cual resulta necesaria, pero no suficiente, la concurrencia de un defecto o transgresión procesal, siendo además inexcusable que, de hecho y como consecuencia del mismo, se haya producido un menoscabo efectivo o denegación del derecho de defensa en relación con un concreto interés de quien invoca la indefensión.

También recuerda esta Sala de Tribunal Supremo en Auto 1100/2017 de 6 Jul. 2017, Rec. 612/2017 que el incumplimiento de un requisito procesal provoca la no producción del efecto que la ley prevé para el supuesto concreto dependiendo de la naturaleza del acto de que se trate y de su trascendencia. En este sentido ha de distinguirse entre la nulidad absoluta, contemplada en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando la omisión del requisito procesal suponga una violación de un derecho fundamental; la nulidad, contemplada en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, siempre que efectivamente se haya producido indefensión; la anulabilidad, cuando la omisión del requisito no esencial se establezca como garantía del derecho de una de las partes del proceso; y la mera irregularidad, que no produce efectos sobre el acto procesal y son susceptibles, en su caso, de corrección disciplinaria al responsable (STS 501/2001 de 14 de marzo).

También esta Sala del Tribunal Supremo en Auto 2247/2006 de 2 Nov. 2006, Rec. 884/2006 recuerda que la Constitución prohíbe categóricamente la indefensión del justiciable, que se produce - según el Tribunal Constitucional- si se le priva de alguno de los instrumentos que el ordenamiento pone a su alcance para la defensa de sus derechos. Para que pueda estimarse una indefensión con relevancia constitucional que sitúe al interesado al margen de alegar y defender en el proceso sus derechos, es necesario que con la infracción formal se produzca un efecto material de indefensión, un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa, es decir, que la vulneración de las normas lleve consigo la privación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (SSTC nº 155/88 y nº 290/93, entre otras).

En el supuesto actual no cabe apreciar la concurrencia de la causa invocada para interesar la nulidad de todo el proceso por la alegación de la entrega de la grabación de las sesiones a las partes.

Resulta evidente que la redacción decimonónica del art. 704 LECRIM debe acomodarse a la realidad actual en donde muchos juicios tienen una duración de varios días, y en donde es perfectamente posible, por el cumplimiento del principio de publicidad, que algunos testigos que declaren otros días puedan conocer lo que antes se ha podido exponer, ya que la prohibición ex art. 704 LECRIM es, obviamente, para la sesión única, y para la que se va celebrando cada uno de los días, pero resulta imposible acometerlo de uno a otro día respecto de los que van declarando y los que quedan por declarar, ya que la publicidad del juicio oral y la inexistencia de incomunicación al resto de testigos que declaren otros días hace verdaderamente ineficaz este contenido del precepto, que es meramente ilusorio en causas con varios días de señalamiento, como decimos.

Además, el recurrente solo lleva a cabo una alegación parcial de en qué medida esas declaraciones de testigos del segundo día, (incluido el testigo perito) pueden haber tenido eficacia, o el análisis ex post a la sentencia por la vía del recurso permite analizar y desglosar la eficacia real y efectiva de esas declaraciones más allá de la referencia al art. 704 LECRIM, porque luego examinaremos la extensa argumentación del Tribunal en orden a valorar la abundante prueba testifical que deja huérfana de contenido la queja respecto a algunos testigos, cuando existe

abundante testifical que corrobora la con conclusión a la que llega el Tribunal, y respecto del testigo-perito es la valoración del Tribunal la que lleva a la conclusión del resultado del informe que se cohonestaba con el abundante material probatorio que es opuesto al alegato del recurrente de que cogía el dinero para reponer lo que adelantaba.

Por ello, en los juicios con varios días de señalamiento es ineficaz esta disposición del precepto procesal del art. 704 LECRIM. en tanto en cuanto la prohibición de acceso y conocimiento es ineficaz, lo que hace inviable que el alegato de la entrega de la grabación de la sesión produzca el efecto pretendido con el motivo, que no es otro que la nulidad del juicio por el alegado defecto.

La incomunicación de testigos en juicios previstos en varias sesiones no existe al modo y manera que la incomunicación de los miembros del jurado, que, nótese que se produce, solo una vez que se les va a entregar el objeto del veredicto, pero no antes, pudiendo los mismos regresar a su casa, leer y escuchar lo que los medios de comunicación señalan y exponen sobre el desarrollo de las sesiones, etc. Con ello, en la misma medida los testigos que van a declarar en días distintos pueden llegar a conocer por múltiples formas y conductos lo que se ha expuesto, incluso por traslado de las partes, pero la prohibición ex art. 704 LECRIM se concentra en las sesiones de cada juicio en aras a evitar una aparente "contaminación" que, como hemos señalado, tiene otras formas y fórmulas de producirse.

La subsanación de estos déficits e inconvenientes organizativos del juicio oral que harían imposible la incomunicación de todos los testigos que van a declarar en días consecutivos para tratar de evitar lo que expone el recurrente, se produce con las reglas de la valoración de la prueba que pertenecen en esencia al juez o tribunal, y que, consciente de todas estas circunstancias, es el responsable y competente de valorar la declaración testifical y de los testigos-peritos, en la medida en que se ajustarán a la percepción que le produce lo que los testigos declaran, cómo lo declaran, si tienen contradicciones entre lo que dijeron en juicio oral, o en fase sumarial, si se adelantan a la pregunta dando una respuesta que visualice al tribunal que la respuesta estaba preparada y se aleja de la libertad de la exposición del testigo, de la posible evidente contaminación de lo que ya se ha expuesto, matizando algunas cuestiones de otros testigos u otras declaraciones, cuando en teoría no deberían saberlo, etc. Son estas una serie de circunstancias que pertenecen al ámbito de lo que se denomina el análisis de la credibilidad de los testigos por la percepción personal del juez o Tribunal. Y ello se privilegia por el principio de inmediación, superando, con ello, los inconvenientes del problema aplicativo del art. 704 LECRIM, no con los testigos que declaran el mismo día, donde sí se puede aplicar, sino con los que declaran en días distintos, donde es de imposible aplicación por lo expuesto.

En definitiva, este peligro del art. 704 LECRIM tiene como contrapartida esa función valorativa del juez o tribunal que evita los riesgos que expone y depara el precepto citado en casos como el que nos ocupa, y que se repiten diariamente en la sede de nuestros órganos judiciales, y más en nuestros días cuando son muchos los juicios con varios días de duración, y en los que está vigente el cuestionado y ya antiguo art. 704 LECRIM. La realidad social en la aplicación del precepto de forma literal es otra, y es por ello por lo que su incumplimiento no puede llevar anudado consecuencias de nulidad del juicio en base a lo expuesto.

Tratamos este tema recientemente en Auto TS 160/2020 de 23 Ene. 2020, Rec. 2348/2019 indicando que:

"Como expusimos en la STS 18/2017, de 20 de enero, el artículo 704 LECrim prevé la incomunicación de los testigos que hayan de declarar en el juicio oral, lo que, entre otras cuestiones, impide que los que estén llamados a intervenir como tales presencien, antes de hacerlo, las sesiones del juicio oral. Sin embargo, ello no es condición de la validez del testimonio (SSTS 32/1995, de 19 de enero; 1421/2001 de 16 de julio o 46/2010 de 2 de enero), sin perjuicio de que en cada caso haya podido producir efectos que deberán ser analizados extrayendo las oportunas consecuencias en orden al poder probatorio de concretos testigos.

La sentencia 912/2016 de 1 de diciembre, sintetiza la jurisprudencia de esta Sala al respecto, y explica que la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro, o, en su caso, a los acusados. En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles. La incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí sólo de su credibilidad (entre otras STS 153/2005 de 10 de febrero).

En palabras de la STS 814/2011, de 15 de julio, que seguía el criterio de otras anteriores como la de 5 de abril de 1989, "el artículo 704 LECrim contiene una norma dirigida a los órganos jurisdiccionales orientada a garantizar en lo posible la veracidad de los testimonios que se viertan ante éstos evitando que resulten condicionados por otras manifestaciones previas, pero no contiene un mandato imperativo o una norma prohibitiva en el sentido de que su inobservancia provoque la imposibilidad de practicar la prueba o, en su caso, su valoración. No obstante, en caso de que la previsión legal no sea observada, el Tribunal deberá tenerlo en cuenta al proceder a la valoración de la declaración testifical, pues es claro que la indebida presencia del testigo en la sala de audiencia podría haber afectado de alguna forma al sentido de su testimonio".

A su vez, tiene declarado esta Sala (vid. STS 253/2017, de 6 de abril) que para apreciar la existencia de una indefensión, con trascendencia de lesión de un derecho fundamental, debe advertirse una efectiva y real privación del derecho de defensa. "Es obvio que no basta con la realidad de una infracción procesal para apreciar una situación

de indefensión, ni es bastante tampoco con invocarla para que se dé la necesidad de reconocer su existencia: no existe indefensión con relevancia constitucional, ni tampoco con relevancia procesal, cuando aun concurriendo alguna irregularidad, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses de la parte afectada, bien porque no existe relación sobre los hechos que se quieran probar y las pruebas rechazadas, o bien, porque resulte acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación de que el órgano judicial impide a una parte en el proceso el ejercicio del derecho de defensa, privándola de su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción (SSTC 106/83, 48/84, 48/86, 149/87, 35/89, 163/90)"".

En consecuencia, como refiere la doctrina con cita de la jurisprudencia de esta Sala, con la STS 1051/2011, de 14 de octubre, que sigue a la STS 792/2010, de 22 de septiembre, hemos de decir que la razón de la incomunicación se centra en evitar que un testigo preste su declaración condicionado o influido por lo que ha oído declarar a otro, o puedan existir confabulaciones entre ambos. En consecuencia, la forma correcta de proceder es la que señala la Ley, es decir, que los testigos permanezcan incomunicados y que declaren de uno en uno, evitando riesgos innecesarios que, de concretarse, pudieran restar valor a las pruebas disponibles.

Como ya se ha expuesto, anteriormente, sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia también ha señalado que esta forma de proceder no es condición de la validez de la declaración ni, consecuentemente, impide su valoración, sino que sus efectos se han de determinar en cada caso en función de la posibilidad de que la declaración haya sido verdaderamente influida o condicionada y haya afectado a aspectos relevantes para el fallo.

En la STS 768/1994, se negó que la infracción del art. 704 supusiera en todo caso la nulidad de la prueba.

En la STS 229/2002, se negó cualquier eficacia a la comunicación entre dos testigos agentes de la Guardia Civil antes de su declaración atendiendo a que ambos pertenecían al mismo Cuerpo y habían participado conjuntamente en la investigación, y, por lo tanto, podía deducirse que entre ellos ya había existido comunicación sobre el particular.

En definitiva, el Tribunal deberá tener en cuenta las particularidades de cada caso en el momento de valorar la prueba testifical.

En esta dirección, la STS 153/2005, de 10 de febrero recuerda "que el tema de la comunicación de los testigos, que exige el art. 704 LECrim, es una norma llena de sentido común en la medida que lo que con ello se quiere conseguir es que no puedan enterarse los unos de lo declarado por los que les precedieron para así evitar previos concertos, pero la bondad de la medida no puede olvidar la naturaleza cautelar de la misma y, por tanto, situada extramuros de la validez del testimonio".

Ello supone que la quiebra de la incomunicación solo puede tener incidencia del testimonio que le venga a conceder el Tribunal, por el riesgo de dicha confabulación, pero en modo alguno va a afectar a la validez de la declaración como se solicita por el recurrente (en tal sentido se pueden citar las SSTS de 5 de abril de 1989; 30 de enero de 1992; 32/1995, de 19 de enero; 908/1999, de 1 de junio; y 26 de marzo de 2001).

Como dice la STS 146/2001, de 6 de febrero: "Las únicas pruebas que no pueden ser valoradas por el Tribunal sentenciador son las que se obtienen -art. 11.1- violentando, directa o indirectamente, los derechos o libertades fundamentales, quedando sometidas todas las demás a la libre apreciación en conciencia del Tribunal. Si por alguien se quebranta la prohibición de la norma procesal de referencia, no se viola un derecho fundamental, meramente se extiende, acaso, un velo de sospecha en torno a la veracidad de determinadas declaraciones testificales, quedando obligado el Tribunal a oírlas con especial sentido crítico aunque sin perder la facultad de darles crédito si a dárselo le mueven sus conocimientos de psicología del testimonio y el resto de las pruebas".

La vieja STS de 11 de diciembre de 1902 rechazó el recurso de casación por quebrantamiento de forma, declarando que la supuesta infracción del art. 704 no era susceptible del recurso de casación, y en aquel supuesto se trataba de testigo que, al mismo tiempo, ejercía de letrado de la acusación en el juicio, por lo que oyó el testimonio de los testigos que le precedieron.

En definitiva, la esfera operativa de este precepto se sitúa en la exigencia de comportamientos (cuyo destinatario es precisamente el órgano jurisdiccional) dirigidos a proporcionar una instrumentación de la veracidad del testimonio, pero ni prohíbe que uno originado en contravención con ella sea producido ni aun impediría, dado el campo del art. 741 citado, que el Tribunal lo tomase en cuenta para formar su convicción. Se trata, en definitiva, como dice la sentencia de 5 de abril de 1989, de una norma cautelar cuyo incumplimiento no produce otra carga o producción de perjuicio que el eventual de la aminoración de credibilidad del testimonio, pero en manera alguna origina una prescripción prohibitiva.

Así, la incomunicación no es condición de validez de la prueba testifical y sí solo de su credibilidad, y ello es tanto más obvio ante la realidad de juicios cuyas sesiones se prolongan durante varios días.

Por consiguiente, esta forma de proceder tiene cada vez menos fundamento, en tanto que la publicidad del plenario adquiere, día a día, caracteres más que relevantes, y los juicios llegan incluso a radiarse o televisarse, ofreciendo la prensa escrita amplios resúmenes de las sesiones del día anterior. Ahora bien, en tales casos,

recomienda la jurisprudencia que se procure que aquellos testigos que hayan de declarar sobre una misma materia lo hagan, en lo posible, en la misma sesión (STS 1421/2001, de 16 de julio).

Con carácter general, debe observarse la fórmula que deberá emplear el Presidente del Tribunal, en el sentido de que, una vez terminada la declaración, manifieste al testigo que puede quedarse en la Sala o abandonar el Palacio de Justicia, a su elección, pero que, en modo alguno, debe comentar su declaración con los testigos que aún falten por deponer ante el Tribunal sentenciador.

La tesis de supeditar la validez de la prueba testifical a la incomunicación -continúa diciendo la STS 153/2005- tendría la absurda consecuencia de provocar una insólita y generalizada retención/detención de los testigos, incluso durante varios días, y precisamente por orden del Tribunal sentenciador.

No es válido, además, el alegato de que se prepararon las declaraciones de varios testigos sin una especificación concreta de en qué se basó la sentencia para la condena y en qué medida la alteración de las mismas habría cambiado el sentido de lo resuelto. Se alega que las declaraciones de los admitidos "vienen a recomponer" las lagunas, deficiencias y aseveraciones de los testigos de la acusación intervinientes en la primera sesión de la vista, pero sin que ello quede constatado en un grado de eficacia en el que se explique en el recurso en qué medida se produce esta eficiencia.

El motivo se desestima.

Tercero.

2.- Al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Considera el recurrente que el Tribunal de Instancia se ha basado en meras sospechas o suposiciones sin que ninguno de los hechos que afirma hayan sido demostrados por prueba directa. Ni tan siquiera existe una prueba indiciaria que pueda desvirtuar la presunción de inocencia puesto que no cumple los requisitos constitucionales exigidos para ello.

Pues bien, sobre esta cuestión debemos recordar que es doctrina jurisprudencial reiterada (STS. 383/2010 de 5.5, 84/2010 de 18.2, 14/2010 de 28.1 y 1322/2009 de 30.12, STS 45/2011 de 11 Feb. 2011) la que establece, que nuestro sistema casacional no queda limitado al análisis de cuestiones jurídicas y formales y a la revisión de las pruebas por el restringido cauce que ofrece el art. 849.2 LECrim pues como señala la STC. 136/2006 de 8.5; en virtud del art. 852 LECrim, el recurso de casación puede interponerse, en todo caso, fundándose en la infracción de un precepto constitucional, de modo que a través de la invocación del 24.2 CE (fundamentalmente, en cuanto se refiere al derecho a la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas (por todas STC. 60/2008 de 26.5).

Por ello a través de un motivo de casación basado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, se puede cuestionar no solo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia haya deducido de su contenido. Por tanto, el acusado tiene abierta una vía que permite a este Tribunal Supremo "la revisión íntegra" entendida en el sentido de posibilidad de acceder no solo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba (SSTC. 70/2002 de 3.4 y 116/2006 de 29.4).

Como hemos explicitado en numerosas resoluciones de esta Sala, por ejemplo SS. 1126/2006 de 15.12, 742/2007 de 26.9 y 52/2008 de 5.2 cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal "a quo" contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia (STS. 1125/2001 de 12.7).

Es decir, el control casacional a la presunción de inocencia se extenderá a la constatación de la existencia de una actividad probatoria sobre todos y cada uno de los elementos del tipo penal, con examen de la denominada disciplina de garantía de la prueba, y del proceso de formación de la prueba, por su obtención de acuerdo a los principios de inmediación, oralidad, contradicción efectiva y publicidad. Además, el proceso racional, expresado en la sentencia, a través del que la prueba practicada resulta la acreditación de un hecho y la participación en el mismo de una persona a la que se imputa la comisión de un hecho delictivo (STS. 299/2004 de 4.3). Esta estructura racional del discurso valorativo sí puede ser revisada en casación, censurando aquellas fundamentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva arbitrarias (art. 9.1 CE), 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" (STS. 1030/2006 de 25.10).

Doctrina esta que ha sido recogida en la STC. 123/2006 de 24.4, que recuerda en cuanto al derecho de presunción de inocencia, art. 24.2 CE que "se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. En cualquier caso, es doctrina consolidada de este Tribunal que no le corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, sustituyendo de tal forma a los Jueces y Tribunales ordinarios en la función exclusiva que les atribuye el art. 117.3 CE, sino únicamente controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulta.

De modo que sólo podemos considerar insuficiente la conclusión probatoria a la que hayan llegado los órganos judiciales desde las exigencias del derecho a la presunción de inocencia sí, a la vista de la motivación judicial de la valoración del conjunto de la prueba, cabe apreciar de un modo indubitado, desde una perspectiva objetiva y externa, que la versión judicial de los hechos es más improbable que probable. En tales casos, aun partiendo de las limitaciones ya señaladas al canon de enjuiciamiento de este Tribunal y de la posición privilegiada de que goza el órgano judicial para la valoración de las pruebas, no cabrá estimar como razonable, bien que el órgano judicial actuó con una convicción suficiente, más allá de toda duda razonable, bien la convicción en sí (STC. 300/2005 de 2.1, FJ. 5).

En definitiva, como esta Sala ha repetido de forma constante, en el ámbito del control casacional, cuando se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, se concreta, en la verificación de si la prueba de cargo en base a la cual el Tribunal sentenciador dictó sentencia condenatoria fue obtenida con respeto a las garantías inherentes del proceso debido, y por tanto:

1.- En primer lugar, debe analizar el "juicio sobre la prueba", es decir, si existió prueba de cargo, entendiendo por tal aquélla que haya sido obtenida, con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que además, haya sido introducida en el plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometida a los principios que rigen de contradicción, intermediación, publicidad e igualdad.

2.- En segundo lugar, se ha de verificar "el juicio sobre la suficiencia", es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.

3.- En tercer lugar, debemos verificar "el juicio sobre la motivación y su razonabilidad", es decir, si el Tribunal cumplió con el deber de motivación, o sea, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, para resumir, se deben comprobar varias cuestiones que desgajamos en las siguientes:

- 1.- Si hay prueba en sentido material (prueba personal o real).
- 2.- Si estas pruebas son de contenido incriminatorio.
- 3.- Si la prueba ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral.
- 4.- Si ha sido practicada con regularidad procesal.
- 5.- Si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente
- 6.- Si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sentenciador.

Las cinco primeras exigencias en orden a la obtención y práctica de la prueba deben ser tenidas en cuenta por el juez o tribunal penal para luego proceder este al juego de la valoración de la prueba consistente en la debida motivación de la sentencia, que es la sede en donde radica la función del juez para explicitar de forma razonada por qué opta por una determinada conclusión y cuál es la base probatoria sobre la que descansa esta elección. Además, en la resolución debe dejarse patente una suficiente motivación que evidencie que esta no es arbitraria o adoptada sin las exigencias de explicación suficiente acerca de por qué se llega a una determinada conclusión.

Además, como decimos, el privilegio de la intermediación veta a los órganos superiores, funcionalmente hablando, a revisar esta valoración de la prueba, como recuerda el TS al señalar que cuando en esta vía de casación se alega infracción de ese fundamental derecho, la función de esta Sala no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a la presencia del juzgador de instancia, porque a éste sólo corresponde esa función valorativa (STS 28-12-2005).

Y dado que se alega que no ha habido "prueba de cargo" señalar que la doctrina apunta que la prueba de cargo ha de venir referida al sustrato fáctico de todos los elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo delictivo, pues la presunción de inocencia no consiente en ningún caso que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado (SSTC 127/1990, de 5 de julio; 87/2001, de 2 de abril; 233/2005, de 26 de septiembre; 267/2005, de 24 de octubre; 8/2006, de 16 de enero; y 92/2006, de 27 de marzo).

Consta en los hechos probados que el recurrente:

"Fue instructor de judo del Club de Judo Ama Guadalupekoa de la localidad de Hondarribia, desde 1994 hasta el 10 de octubre de 2.012.

II.- Durante los años 2.007, 2.008, 2.009, 2.010, 2.011, 2.012 y 2.013, además de dedicarse al aspecto deportivo del Club, decidiendo las competiciones en las que se participaba, era quien tomaba todas las decisiones concernientes al mismo, estando autorizado a manejar la cuenta bancaria de dicho Club...

III.- Durante esos años Benedicto, aprovechando que se encontraba autorizado para manejar la cuenta bancaria del Club, fue haciendo suyas diversas cantidades de dicha cuenta bancaria incorporándolas a su patrimonio, de la siguiente manera:...

En el año 2007 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la cantidad de 1.098,79 euros, emitió 37 cheques por un total de 33.257,69 euros, procediendo a su cobro bien por él mismo o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por importe de 16.258,18 euros.

-En el año 2008 cargó en su propia tarjeta "master" 3.612,44 euros, emitió 16 euros por un total de 13.063 euros, procediendo a su cobro bien por el mismo bien por terceras personas, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 31.478,24 euros.

-En el año 2009 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.641,93 euros, emitió 14 cheques por importe de 14.005 cobrandolos directamente o a través de terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por importe de 28.674,16 euros.

-En el año 2010, cargó en su propia tarjeta bancaria "master un total de 3.329,31 euros, emitió 12 cheques por un total de 765 euros cobrandolos directamente o a través de terceras personas, y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 23.037,18 euros.

-En el año 2011, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la suma de 2.189,97 euros, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 26.429,25 euros.

-En el año 2012 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.656,53 euros, emitió 6 cheques por un total de 5.497,50 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 18.770,52 euros.

-En el año 2013, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 1.200,19 euros, emitió 3 cheques por un total de 2.500 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 8.350 euros.

El importe de todas las operaciones realizadas de tal manera por el Sr. Benedicto ascendió a 220.712,51 euros".

Se relacionan, en consecuencia, una serie de apropiaciones de cantidades de las cuentas del club deportivo.

A continuación relaciona con sumo detalle la extensa prueba testifical que se practicó en el plenario y se concreta lo siguiente en su relato de valoración de la prueba tenida en cuenta como "de cargo" para enervar la presunción de inocencia, a saber:

1.- Prácticamente la totalidad de los testigos que han depuesto en el juicio oral han sido coincidentes al señalar que no existía una Junta Directiva del Club desde que se disolvió la que había desde el inicio del Club hasta que se formó una nueva en 2.013 a raíz de los hechos ahora enjuiciados, y es que efectivamente, no consta la existencia de la mencionada Junta Directiva durante los años a que se refieren los hechos en ninguno de los documentos obrantes en la causa.

2.- La propia técnico en deportes del Ayuntamiento de Hondarribia, Sra. Apolonia, ha manifestado que el contacto que existía entre el Ayuntamiento y el Club era el Sr. Benedicto, que conoce a Encarna cuando desaparece Benedicto y sabe que antes estaba de monitora pero no la conocía.

3.- Igualmente el director de la Kutxa de Hondarribia, Sr. Norberto manifestó que la persona que manejaba la cuenta del Club era Benedicto el trato era con él .

4.- Igualmente los padres y madres de alumnos que han declarado en el juicio oral han manifestado que no conocían la existencia de Junta Directiva con anterioridad a 2013 y que todo lo llevaba Benedicto desconociendo que Encarna tuviese algún cargo en el Club, que ante cualquier problema se hablaba con Benedicto, Encarna era tan solo la ayudante de éste, se encargaba de entrenar a los pequeños, era una figura de apoyo en los entrenamientos. El propio Sr. Romeo ha manifestado que Encarna no es una persona con capacidad de gestión de un Club deportivo.

5.- La propia Encarna reconoció que su única función en el Club era la de echar una mano con las clases de judo de los pequeños, que Benedicto gestionaba todo , que es auxiliar de enfermería y no tiene estudios económicos. Por la defensa del Sr. Benedicto se preguntó a la testigo por las firmas que aparecen tanto en el contrato de trabajo del acusado (folios 591 y 592) como en el contrato de arrendamiento financiero de una furgoneta (folio 594) los cuales aparecen firmados por Jose Manuel como representante del Club de Judo, en este sentido la Sra. Encarna afirmó que no era suya la firma que aparece en el contrato de trabajo, sin que exista motivo o prueba que permita dudar de dicha negación y que tampoco firmó el contrato de arrendamiento financiero en el cual, sin embargo, consta la firma del Sr. Luis Francisco habiendo declarado éste que él firmó dicho contrato solo que no le acompañó Encarna, que no miró quién había firmado en nombre del Club. Igualmente consta en el folio 650 una

solicitud de registro de una nueva junta directiva en fecha 6 de mayo de 2009 con la firma de Encarna como presidenta, firma igualmente negada por ésta y sin que conste prueba que asevere su veracidad, constando igualmente documentos en los que figura la firma del Sr. Benedicto en su condición de presidente del Club.

6.- Es decir, la declaración de la Sra. Encarna concuerda perfectamente con lo manifestado por los testigos que han depuesto en el juicio oral y con la prueba documental a la que hemos hecho referencia, por lo que en modo alguno puede decirse que la misma ostentase algún cargo en el Club siendo tan solo una mera ayudante de Benedicto con las clases de judo básicas, por lo que en modo alguno podía autorizar los pagos y gastos que menciona el acusado sin que tuviese tampoco ningún poder de disposición sobre los fondos del Club al no encontrarse autorizada en la cuenta bancaria del mismo, siendo lógico que de ser realmente presidenta del Club contase con dicha autorización, y en cuanto a las firmas a las que se ha hecho mención, constan firmas en condición de presidenta/presidente tanto de la Sra. Encarna como del Sr. Benedicto, por lo que cabe entender que se trataba tan solo de salvar una mera formalidad sin que ello acredite realmente que se hubiesen nombrado dichos cargos.

7.- Han relatado los padres de los alumnos que han acudido al juicio oral que en Navidad se adquiría lotería y que cada alumno vendía un taco y que el dinero se lo entregaban en mano a Benedicto.

8.- El alegato de que adelantó dinero para gastos no es admitido por el Tribunal.

Lo que realmente se cuestiona por la defensa del acusado es el resto de gastos que según el Sr. Benedicto tuvo que hacer frente por haberlos abonado previamente con su tarjeta de crédito, y que consideramos que no resultan acreditados:

a) Ha declarado el acusado que todos los gastos los hacía consensuados con el Sr. Luis Francisco y con la presidenta, cuando llegaba de cada competición con sus gastos, los dejaba en un sobre y se los daba a la presidenta o al Sr. Luis Francisco, que los citados gastos eran por los continuos viajes que realizaban los alumnos del Club, porque pagaba la ropa deportiva a algunos alumnos que no podían pagarla, para pagar las licencias federativas, los gastos de la asesoría, su nómina, etc.

b) Tanto el Sr. Luis Francisco como la Sra. Encarna han negado que recibieran facturas de parte del acusado para llevarlas a la asesoría, sin que exista motivo o razón alguna para dudar de su testimonio en dicho sentido, sin que conste prueba alguna que acredite que dicha asesoría se encargaba de alguna gestión más que la relativa a las nóminas de Benedicto, y sin que conste la existencia documentada de factura alguna.

c) En el acto del juicio oral han prestado declaración una serie de padres de alumnos que han declarado en sentido contrario respecto de gastos de las salidas y sobre quién asumía los mismos, así el Sr. Cipriano indicó que si se hacía un viaje se hacía un cómputo total entre los chavales, se pagaba la gasolina, el alojamiento, la comida, cada uno pagaba lo suyo, si había algún gasto se abonaba a Benedicto antes de la competición, que del pago de las comidas se excluía normalmente al entrenador, sin embargo su hijo ha ido a alguna competición y no ha pagado nada, la Sra. Encarna declaró que ella solo ha ido a los campeonatos nacionales y que normalmente los viajes los pagaban los padres, el Sr. Domingo también declaró que tanto su hijo como su sobrino abonaron siempre los gastos de los viajes de las competiciones, las cenas se pagaban a escote entre los padres y al entrenador no se le cobraba, igualmente el Sr. Luis Francisco manifestó que tanto sus hijos como los de su mujer siempre han pagado los gastos de las salidas, y en igual sentido Ernesto y Evelio señalaron que en las salidas los padres abonaban todos los gastos incluidos los de Benedicto, alojamiento, viajes, gasolinas, comidas. Por otra parte han acudido al juicio oral testigos que han manifestado lo contrario, así Fulgencio indicó que fue alumno de Benedicto desde 2007 hasta 2012 que salían a competir prácticamente todos los fines de semana, con salidas tanto nacionales como internacionales y que no siempre pagaban los gastos los padres, algunos pagaban y otros no, también la Sra. Daniela manifestó que no siempre se pagaban los gastos de las salidas, por otra parte constan tres testigos que en aquellas fechas estaban relacionados con otros clubs de judo quienes manifestaron que cuando acudían al campeonato organizado por Ama Guadalupekoa no pagaban nada, ni el albergue ni la comida.

Es decir, no es cierto como afirma el acusado, que el funcionamiento del Club, en cuanto a los viajes, fuese el descrito, esto es, que él adelantase dinero y después se lo reclamase a la presidenta o al Sr. Luis Francisco, ya que salvo algún caso aislado, y que podía ser debido a la mala situación económica que atravesaba una determinada familia, la mayoría de los padres que han depuesto en el acto han manifestado de forma clara, coincidente y rotunda que en las salidas a campeonatos que realizaban sus hijos los gastos los pagaban ellos incluidos los del Sr. Benedicto. Por otra parte, el que los integrantes de otros Clubs de Judo hayan manifestado que ellos no pagaban ningún gasto cuando acudían al torneo organizado por Ama Guadalupekoa no significa más que eso, es decir, el torneo contaba con subvención del Ayuntamiento de Hondarribia que permitía sufragar dichos gastos."

9.- Prueba practicada por el testigo-perito Sr. Romeo

Ha emitido dos informes en los presentes autos, así el primero de ellos se presentó junto con la querella cuyo objeto era analizar las cuentas anuales presentadas por el Club, los movimientos contables y las facturas presentadas, habiéndose realizado una auditoría completa de todos los movimientos bancarios y las facturas recibidos durante los años 2007 a 2013 y en el cual se establecen las siguientes conclusiones:

-El Club está formado por una media de cien socios anuales que ingresan sus cuotas anuales.

-El Club tiene unos gastos mínimos al no tener gastos de local, ni luz, ni agua. -También la ropa, las licencias y los desplazamientos son abonados por los padres de los socios.

-El Club dispone de un vehículo para realizar los diferentes desplazamientos.

-El Sr. Benedicto ha estado en plantilla desde el 1 de enero de 2009 hasta el 10 de octubre de 2012, y estaba autorizado para gestionar los movimientos de la cuenta corriente que el Club tenía en Kutxa hasta abril de 2013.

- Los gastos que se cargaban anualmente por el Sr. Benedicto no tenían relación con los ingresos y los saldos finales de la cuenta corriente o eran negativos o próximos a cero.

-Del 2.007 al 2.011 el Sr. Benedicto actuaba emitiendo cheques y casi todos son por importes exactos y cuando el saldo en la cuenta corriente arrojaba los mayores saldos y ello por un total de 69.088,19 euros. También dispuso de cargos contra la cuenta de Kutxa por un total de 153.797,53 euros, también casi todos son por importes exactos y cuando la cuenta corriente arrojaba los mayores saldos.

-El Sr. Benedicto disponía de una tarjeta personal que domicilia en la cuenta corriente del Club por importe de 18.729,29 euros.

-El total de movimientos sin justificación alcanza 241.615,01 euros.

Posteriormente el Sr. Romeo ha presentado ampliación del citado informe ante esta Audiencia Provincial en fecha 8 de junio de 2018 y ello a la vista de la documentación incorporada a los autos por parte de la Diputación y del Ayuntamiento de Hondarribia, reduciendo la cantidad de disposiciones sin justificar a la suma de 220.712,51 euros.

Debemos indicar en primer lugar que el informe del Sr. Romeo es el único informe pericial que consta en autos sobre la situación económica del Club, y es de resaltar igualmente el completo, exhaustivo y minucioso análisis que el Sr. Romeo ha realizado de todos los movimientos bancarios realizados en la cuenta del Club, por otra parte el testigo-perito pertenece a la empresa Garzo y Olivier Asociados Consultoría Integral la cual fue contratada por el Club de judo para analizar las cuentas del mismo y ello motivado porque durante dos años el Ayuntamiento les denegó la subvención por haber observado movimientos irregulares o anómalos.

Así, la Sra. Apolonia, técnico del ayuntamiento relató el modo y manera en que se concedían las subvenciones (se debía rellenar un formulario, presentar la documentación requerida y un presupuesto, entonces se daba el 60% y para cobrar el resto había que presentar las facturas correspondientes), indicando igualmente que en dos ocasiones, a la vista de que se habían presentado gastos no justificados, el ayuntamiento solicitó información sobre las facturas presentadas por el acusado, en concreto sobre tres de ellas, motivo por el cual se denegaron unas subvenciones. Igualmente el Sr. Luis Francisco manifestó que efectivamente se denegaron las subvenciones de los años 2010 y 2012, motivo por el cual tuvieron unas reuniones en los años 2011 y 2013, para desbloquear la situación, viendo la necesidad de contratar al Sr. Romeo hacia noviembre de 2011 comenzando a trabajar para el Club en el año 2012, lo cual concuerda con la denegación de la subvención del año anterior y con las reuniones con el ayuntamiento desde donde les exigían una contabilidad correcta para poder dar las subvenciones (declaración de la Sra. Apolonia). Igualmente el Sr. Romeo manifestó que efectivamente empezó su trabajo en el Club en el año 2012 a raíz del problema surgido con el ayuntamiento y para aclarar el tema económico, no debiendo confundir el comienzo de su relación laboral con el Club, que como hemos dicho fue en 2012, con la previa labor de investigación realizada con motivo de la denegación de la subvención y el requerimiento del ayuntamiento y así figura en la factura que obra al folio 325 donde consta servicio de asesoramiento contable mes de octubre (de 2011) y en el folio 327 relativa al mes de noviembre, siendo a partir del mes de abril de 2012 cuando se factura mensualmente por el Sr. Romeo por el servicio de asesoramiento financiero. Es decir, de todo lo anterior se evidencia que ante las sospechas de la técnico de deportes del Ayuntamiento de Hondarribia en relación con unas facturas presentadas por el Sr. Benedicto para acceder a la subvención ordinaria que concedía el ayuntamiento, se solicitó información complementaria respecto de las mismas, así como transparencia y corrección en la contabilidad del Club, la cual no existía, motivando que entrase en escena el Sr. Romeo que era el asesor contable del Sr. Luis Francisco, a fin de poner un poco de orden y clarificar dicha contabilidad, comenzando su labor en un primer momento a los solos efectos de desbloquear la situación para posteriormente efectuar una especie de auditoría interna de las cuentas del Club lo que dió como resultado el informe presentado junto con la querrela, por lo tanto, debemos considerar que el Sr. Romeo es un testigo privilegiado respecto de la situación económica del Club por haber tenido acceso en primera persona a los movimientos bancarios del citado Club y a toda la documentación que obraba en poder no solo del Ayuntamiento de Hondarribia sino también de la Diputación Foral de Gipuzkoa donde constan las facturas y gastos que presentaba el Sr. Benedicto a efectos de que se le concediesen las sucesivas subvenciones.

Conclusión del Tribunal respecto a la prueba del testigo-perito.

Pues bien, partiendo del carácter privilegiado de la declaración prestada por el Sr. Romeo así como por la exhaustividad y minuciosidad empleada en la elaboración de sus informes, debiendo tener en cuenta que para su elaboración cuenta con la necesaria preparación profesional y que ha tenido acceso a toda la documentación obrante en las actuaciones, consideramos que deben acogerse ambos informes en su totalidad.

Y es que efectivamente, los movimientos descritos por el perito en su informe tienen su correspondiente reflejo documental y pueden ser comprobados fácilmente por este Tribunal"

10.- Consideraciones sobre los gastos que se alegan para justificar los cobros.

a.- Los gastos que según el Sr. Benedicto tenía que hacer frente en concepto de viajes , en el sentido de que dichos gastos, según declaraciones testificales, eran asumidos por los padres de los alumnos además de no tener el correlativo reflejo documental pese a la manifestación relativa a que se metían las facturas en un sobre y se entregaba o bien a la Sra. Encarna o bien al Sr. Luis Francisco, lo cual es negado por éstos así como que tuviesen alguna facultad para autorizar dichos gastos.

b.- En cuanto al uso de la tarjeta master personal del acusado, ya hemos indicado también con anterioridad que según el director de la Kutxa no existía impedimento alguno para solicitar una tarjeta a nombre del Club aunque debía ser nominativa, con lo que no encuentra justificación el uso de la tarjeta personal del Sr. Benedicto, siendo también de resaltar que siempre es por el mismo importe, es decir, de enero a mayo se cargan por la citada tarjeta personal la cantidad mensual de 89,89 euros, pasando en junio a 90,14, siendo de nuevo de 89,89 y rondando posteriormente la misma cantidad.

c.- Por lo que se refiere a los cheques, según el acusado los mismos se libraban para pagar gastos y viajes así como para cobrar su sueldo. Sin embargo, respecto de los mencionados cheques el Sr. Romeo sostiene que no se encuentran justificados los mismos y ello porque los mismos se libraban al portador y eran cobrados por personas "desconocidas", lo cual es muy anómalo, que realizó indagaciones para ver si alguien conocía a dichas personas y nadie les conocía en el Club, y que Benedicto no le ha proporcionado ninguna información sobre las personas que cobraron dichos cheques, algunos cheques se cobraban en ventanilla y otros se ingresaban en cuentas de otras entidades, que en aquella fecha se podían hacer ingresos y pagos y cobrar cheques sin necesidad de identificarse, a veces se cobraban cheques por alguna madre de alumnos, y en este sentido la exesposa del acusado, Sra. Santiago, manifestó no recordar si había cobrado algún cheque del Club, que sería algo ocasional y por encargo de Benedicto, y que le daría a él el dinero.

11.- Situación de morosidad en la que quedó el club.

Ha quedado debidamente acreditado que la deuda existente en el Club en ese momento era de 30.000 euros, y así lo han manifestado tanto el Sr. Cipriano, como la Sra. Encarna, el Sr. Domingo, el Sr. Luis Francisco, el Sr. Ernesto y el Sr. Evelio, quienes han manifestado que tras la salida de Benedicto del Club éste tenía una deuda de 30.000 euros fundamentalmente por el problema surgido con el tatami y por un impago de unas colonias en la localidad zaragozana de Azuera, y que ambas deudas les estaban siendo requeridas, motivo por el cual desde el colegio donde están las instalaciones deportivas pasaron de no cobrarles nada a exigirles un alquiler y motivo por el cual se tuvo que solicitar un préstamo de 30.000 euros el cual fue avalado por cinco familias, estando igualmente acreditadas dichas deudas por la declaración prestada por la Sra. Apolonia y por los diferentes emails que se remitieron al Ayuntamiento en virtud de su reclamación."

Con ello, existe un desarrollo exhaustivo de la prueba practicada en el juicio, que ha sido tenida en cuenta por el Tribunal y suficientemente valorada, en un desarrollo en el que conjuga los alegatos de las partes y rechaza, con argumentación y valoración suficiente, las razones expuestas por la defensa en cuanto a los pretendidos gastos del recurrente que no son asumidos como tales, y sí la despatrimonialización económica del club por las apropiaciones de fondos que lo dejaron en difícil situación económica.

No existe vulneración de la presunción de inocencia, sino que, lejos de ello, lo que concurre es una distinta valoración de la prueba tenida en cuenta por el Tribunal que es detallada. Además, esta exposición valorativa destruye, igualmente, como ya se ha expuesto, el alegato del motivo precedente respecto a la queja por la vía de los testigos que cita que deponen al segundo día, habida cuenta la abundante prueba expuesta por el tribunal para fundar la condena. El recurrente realiza en su motivo una nueva valoración de la prueba con conclusiones diferentes que no se aceptan en tanto en cuanto la argumentación del Tribunal se estima suficiente y debidamente justificada la condena en base a la prueba racionalmente valorada.

Así junto a la extensa prueba testifical que no se refiere solo a los testigos citados por el recurrente en el motivo primero se destaca con respecto al testigo-perito la exhaustividad y minuciosidad empleada en su elaboración, lo que ha merecido que sus informes fueran asumidos por el Tribunal en su integridad que además pudo contrastarlos con la documental unida a las actuaciones y de la que resultan los tres tipos de operaciones diferentes que utilizó para apropiarse del dinero. Por un lado todos los meses cargaba determinadas cantidades en la tarjeta master personal del recurrente, por otro, se cargaban diferentes cheques por diferentes importes y por otro se hacían cargos de disposición propia en conceptos de salidas injustificadas. Ello queda reflejado en el relato de hechos probados debidamente y expuesta la prueba que lo corrobora.

El motivo se desestima.

Cuarto.

3.- Al amparo del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley por error en la apreciación de la prueba.

Cita el recurrente, en apoyo de su pretensión, una numerosa relación de documentos incorporados a la causa, sobre los que elabora una versión de cómo ocurrieron los hechos.

Señala esta Sala del Tribunal Supremo en Sentencia 872/2016 de 18 Nov. 2016, Rec. 407/2016 que como es frecuente en las partes recurrentes de acudir a este amparo procesal de "error facti", existe una confusión sobre el alcance y posibilidades del motivo, que indirectamente se descubre de la formulación del mismo, cuando al invocar el artículo 24.1º y 2º de la Constitución y 120 del mismo cuerpo normativo están derivando la protesta a un motivo por vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva.

Recordemos una vez más los condicionamientos jurisprudenciales de una reiterada y consolidada doctrina de esta Sala Segunda.

Para la prosperabilidad de un motivo de esta naturaleza (error facti) se requiere:

A) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

B) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada en documentos en el preciso sentido que tal término tiene en sede casacional. Sobre esta cuestión podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se entienden por tales aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma.

C) Que el documento en 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. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

D) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr.

E) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, ya en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

F) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si este sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o derecho no tengan capacidad de modificarlo (STS. 765/04 de 14 de junio).

G) A los anteriores, ha de añadirse, desde una perspectiva estrictamente procesal, la obligación que compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo - art. 855 L.E.Cr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS 3-4-02) pero en todo caso, y como ya recuerda, entre otras la STS 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que demuestren claramente la equivocación en la que se dice incurrió el Tribunal (STS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre).

Se hace una extensa exposición y cita de un conjunto heterogéneo de documentos con la finalidad de acreditar el error de valoración de la prueba por el Tribunal por esta vía, pero que no tiene la extensión que propugna el recurrente ante el carácter restrictivo de la valoración de la prueba, que tiene una única sede en este art. 849.2 LECRIM pero con los límites que la doctrina de esta Sala ha venido fijando, y, sobre todo, que los documentos, que deben ser literosuficientes, alteran el objetivo probatorio que pretende el recurrente, porque no se trata de ofrecer una valoración de los documentos que cita, sino que exista una incorrecta valoración de los tenidos en cuenta por el Tribunal en base a su cita, lo que no es el caso, ya que la exigencia de los citados es que no estén contradichos por otros elementos de prueba, que a tenor de la exposición argumental antes expuesta y llevada a cabo por el Tribunal, resulta evidente que se consigue en la relación y redacción que ofrece el Tribunal, pues las pruebas de naturaleza personal a las que se refiere como tales, están sujetas a la percepción inmediata del tribunal que la recibe.

La esencia de este medio impugnativo tiene su base, como exponemos, es que, según lo expuesto por el recurrente en su exposición documental, para dotar a su contenido de valor a los efectos que nos ocupan es necesario efectuar una valoración de los mismos con abstracción de otras pruebas que obran en la causa, pero ello no es posible, porque, precisamente, el art. 849.2 LECRIM excluye la viabilidad del motivo si los documentos que se citan quedan contradichos con otros elementos probatorios, que es lo que en este caso ocurre, como se ha expuesto. Los documentos carecen, así, de poder demostrativo directo.

Con el formato impugnativo que se lleva a cabo se produce una pretensión de una nueva ponderación de la prueba obrante en autos, que ya efectuó el Tribunal de instancia en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es claro por tanto, que los documentos aportados por la recurrente, están en clara contradicción con otras pruebas obrantes en autos, tanto testificales como documentales, y, además, las testificales, en sus declaraciones, no pueden operar como documentos.

Y ello es así, porque al alegato del recurrente en cuanto a los documentos que alega, quedó demostrado:

1.- Que la gestión se llevaba a cabo por él mismo, sin que hubiera tercera persona habilitada para ejercer el cargo superior también. No hay posibilidad de ejercicio de funciones gerenciales por ajeno al recurrente.

2.- Quedó probado que el recurrente era la única persona que disponía de los fondos del club. El era quien firmaba los cheques, quien hacía las remesas de cobros, quien gestionaba la lotería del club, quien cobraba los trajes y las licencias, quien detraía cantidades, etc.

3.- Los correos electrónicos, como tales, no tienen el valor que en este contexto pretende darle el recurrente junto al resto de la prueba existente.

4.- Respecto al informe pericial ya se ha hecho referencia a la validez del mismo y a su acertada valoración en la que la mera discrepancia del recurrente no provoca el efecto que se pretende.

5.- No consta probado que el operativo desplegado por el recurrente haya sido para afrontar gastos, sino en sentido de apropiación indebida de fondos.

6.- No era tal la autonomía que sostiene tener.

La prueba documental que refiere no tiene virtualidad para alterar la tenida en cuenta por el Tribunal, conforme se relaciona en la sentencia, se ha explicado y en clara contradicción con el relato de conclusiones alternativas que en la subjetiva valoración de la prueba formula.

El motivo se desestima.

Quinto.

4.- Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción de ley, por aplicación indebida de los arts. 74.1, 252, 250.1. 5 del C.P.

Se parte de negar que los hechos han ocurrido en la forma en que aparecen en el relato fáctico de los hechos probados, al considerar que las disposiciones que realizó el acusado estaban encaminadas única y exclusivamente a restablecer su patrimonio, quebrantado por las disposiciones que realizaba anticipadamente para afrontar los gastos que generaba la extraordinaria actividad del Club de Judo. No es esto, sino todo lo contrario lo que ha quedado probado y que integra el tipo penal por el que se le ha condenado.

Al plantearse el recurso por la vía del art. 849.1 LECRIM debemos recordar a estos efectos que el cauce casacional elegido implica la aceptación de los hechos declarados probados en la sentencia impugnada, sin que con base en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pueda pretenderse una modificación de dicho relato fáctico, ya que lo que se denuncia es una incorrecta aplicación del derecho al hecho probado de la sentencia; de ahí que reiterada jurisprudencia de esta Sala haya afirmado que el recurso de casación por infracción de ley exige el respeto absoluto e íntegro de los hechos probados en sentencia (SSTS 171/2008; 380/2008 y 131/2016, de 23 de febrero, entre otras).

Con ello, el cauce procesal que habilita el artículo 849.1 LECRIM sólo permite cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia. No autoriza a censurar el sostén probatorio del factum. La discrepancia que habilita no tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Por ello, no es este el momento de analizar el soporte probatorio de la secuencia histórica que la sentencia recurrida reproduce.

Frente a la impugnación del recurrente el Tribunal ha fijado con claridad los hechos probados de los que se deriva la inclusión de la conducta del recurrente en el delito de apropiación indebida. Nótese que se refleja que:

"III.- Durante esos años Benedicto, aprovechando que se encontraba autorizado para manejar la cuenta bancaria del Club, fue haciendo suyas diversas cantidades de dicha cuenta bancaria incorporándolas a su patrimonio, de la siguiente manera:

-En el año 2007 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la cantidad de 1.098,79 euros, emitió 37 cheques por un total de 33.257,69 euros, procediendo a su cobro bien por él mismo o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por importe de 16.258,18 euros.

-En el año 2008 cargó en su propia tarjeta "master" 3.612,44 euros, emitió 16 euros por un total de 13.063 euros, procediendo a su cobro bien por el mismo bien por terceras personas, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 31.478,24 euros.

-En el año 2009 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.641,93 euros, emitió 14 cheques por importe de 14.005 cobrandolos directamente o a través de terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por importe de 28.674,16 euros.

-En el año 2010, cargó en su propia tarjeta bancaria "master un total de 3.329,31 euros, emitió 12 cheques por un total de 765 euros cobrandolos directamente o a través de terceras personas, y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 23.037,18 euros.

-En el año 2011, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" la suma de 2.189,97 euros, y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 26.429,25 euros.

-En el año 2012 cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 3.656,53 euros, emitió 6 cheques por un total de 5.497,50 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta del Club por un total de 18.770,52 euros.

-En el año 2013, cargó en su propia tarjeta bancaria "master" un total de 1.200,19 euros, emitió 3 cheques por un total de 2.500 euros que cobró directamente o por terceras personas y realizó cargos en la cuenta bancaria del Club por un total de 8.350 euros.

El importe de todas las operaciones realizadas de tal manera por el Sr. Benedicto ascendió a 220.712,51 euros".

Existe, pues, una apropiación de cantidades del recurrente que incorpora a su patrimonio, y la conducta se lleva a cabo en virtud del aprovechamiento de la cuenta del club, lo que supone una deslealtad a la confianza depositada por los socios, y, al final, una situación de crisis económica en el club, en virtud a una progresiva salida de fondos no reintegrados, aunque el recurrente haya querido justificar que la conducta lo era de "reposición" de presuntos gastos existentes, lo que no ha quedado justificado, pese a que el recurrente sostenga un alegato expositivo, o valoración subjetiva de documental, que el tribunal ha rechazado de forma motivada.

Se recoge en la sentencia a la hora de la tipicidad que:

"Concurren los requisitos necesarios para poder determinar que estamos ante un supuesto de apropiación indebida del anterior art. 252 CP:

1.- El Sr. Benedicto tenía poder de disposición sobre los fondos del Club de Judo al encontrarse autorizado para operar en la cuenta del Club, cuenta que se nutría con las aportaciones de los socios y con las subvenciones que concedían al mismo los organismos públicos.

2.- Como tal autorizado, el acusado, bien mediante el libramiento de cheques al portador, bien mediante actos de disposición propia sin justificación alguna, o bien a través de los cargos de los gastos generados por su tarjeta personal master que domicilia en la cuenta del Club, realiza multitud de actos de disposición de los fondos del Club dando a los mismos como destino, el de la incorporación del dinero a su propio patrimonio.

3.- Que dicha actuación ha supuesto un perjuicio para las arcas del Club que se cifra por el perito Sr. Romeo en 220.712,51 euros, tal y como se acredita por la prueba pericial practicada.

En definitiva, el acusado, que era la cabeza visible y la persona de referencia del Club de judo, encontrándose autorizado en la cuenta del mencionado Club y aprovechándose de la ausencia de cualquier órgano de gestión del mismo que autorizara cualquier tipo de gastos o que tuviera facultades para considerar qué gastos estaban justificados y cuáles no, consiguió en su propio beneficio, y a sabiendas de su improcedencia, la percepción de las cantidades a las que se refiere el "factum", con el consiguiente perjuicio patrimonial al referido Club.

II.- Este delito se aprecia además con el carácter de continuado, que nace de una pluralidad de acciones que, individualmente contempladas, son susceptibles de ser calificadas como delitos independientes, pero que, desde una perspectiva de antijuridicidad material, se presentan como una infracción unitaria, concurriendo todos los requisitos que el Tribunal Supremo exige para su existencia:

1.- Un elemento fáctico consistente en la pluralidad de acciones u omisiones de "hechos típicos diferenciados que no precisan ser singularizados ni identificados en su exacta dimensión.

2.- Una cierta conexidad temporal dentro de esa pluralidad, no debiendo desaparecer la idea del plan que como elemento ineludible de esta figura delictiva examinaremos a continuación.

3.- El requisito subjetivo de que el sujeto activo de las diversas acciones las realice "en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

4.- Homogeneidad del modus operandi en las diversas acciones, utilizando métodos, medios o técnicas de carácter análogo o parecido.

5.- El elemento normativo de que sean iguales o semejantes los preceptos conculcados, tengan como substrato la misma norma y que ésta tutele el mismo bien jurídico.

6.- Que el sujeto activo sea el mismo en las diversas acciones "fraccionadas" aunque la moderna doctrina jurisprudencial admite la participación adhesiva, por lo que cabría la variación de sujeto activo.

Así en el caso que nos ocupa, el acusado hizo suyo y destinó el dinero del Club para sus propios gastos, utilizando los recursos ajenos en su propio provecho y beneficio exclusivo, extendiéndose esta conducta durante los años 2.007 a 2.013, y llevándose a cabo de diversas maneras y formas y por diferentes cantidades cada vez, todo ello tal y como se recoge en el factum de nuestra sentencia."

El recurrente incide en que "Las disposiciones que realiza el Sr. Benedicto del dinero del club están encaminadas única y exclusivamente a restablecer su patrimonio, quebrantado por las disposiciones que realiza anticipadamente para afrontar los gastos que genera la extraordinaria actividad del club", pero olvida que está utilizando la vía del art. 849.1 LECRIM, y ello le obliga a acudir al respeto de los hechos probados, que con su planteamiento olvida. Porque vuelve a llevar a cabo una nueva valoración de la prueba por la vía de la infracción de ley, lo que le está vetado.

Ya fijamos, además, las características esenciales del delito de apropiación indebida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 375/2020, de 8 julio, en la que expusimos con detalle que se ubicaban en las siguientes, a saber:

Características del delito de apropiación indebida del art. 253 CP .

1.- La quiebra de la lealtad.

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición.

2.- El engaño es el elemento determinante.

En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después, el receptor del dinero, no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición. Incluso el dolo subsequens anudado a la apropiación indebida lo lleva al art. 253 CP.

3.- El ataque patrimonial.

En la apropiación indebida el desplazamiento no tiene su origen en aquel el engaño motor, sino en el abuso a la confianza ya depositada en el sujeto activo, lo que conlleva que éste recibe el dinero o cosa apropiada de forma legítima, trasmutando dicha posesión legítima en disposición ilegítima, abusando de aquella confianza.

4.- La forma de recibir el dinero. Con engaño o sin él. Los actos posteriores a la recepción.

En la apropiación indebida se cierra la mano para incorporar al patrimonio propio lo que se encontraba allí correcta pero transitoriamente, pero para hacerlo suyo. Hay intención de apoderamiento definitivo.

5.- El dolo.

En la apropiación indebida el dolo es de retener una vez ejecutado el acto que le permite el título de recepción del importe. El dolo conlleva incumplir la obligación de devolución del importe sin engaño antecedente.

6.- La acción desplegada.

En la apropiación indebida el engaño no integra la acción ilícita, sino el acto de apropiarse cuando hay obligación de devolver, pudiendo existir el abuso de confianza.

7.- La deslealtad.

El engaño de la estafa o el apropiarse para sí o tercero de la apropiación indebida son especies de deslealtad, infidelidad o fraude, pero no por ello pueden ser sinónimos entre sí. El momento temporal de su ejecución diferencia uno y otro delito."

En esencia, pues, la doctrina y la jurisprudencia hemos fijado que en estos casos de apropiación de dinero para su propio patrimonio por quien tiene disposición "pero no derecho de apropiación personal y para fines propios" el bien jurídico protegido del delito de apropiación indebida es el patrimonio y el orden socioeconómico en sí. Si bien, también puede ser el derecho de la propiedad en tanto que el tipo trata de proteger la propiedad ante títulos que exigen la obligación de devolver la cosa. Si la cosa entregada fuera dinero, el bien jurídico protegido será el derecho de crédito del ofendido por el delito.

Los elementos objetivos del tipo básico son apropiarse para sí o para un tercero de dinero, 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.

Cuando se realiza una acción que pudiera ser susceptible de ser subsumida en el tipo penal básico del delito de apropiación indebida, es necesario analizar si el dinero, valores o cualquier otra cosa mueble que se haya recibido en depósito, comisión o custodia suponen un título que produce obligación de ser entregados de vuelta o de devolverlos. En otras palabras, el tipo delictivo requiere de una posesión o adquisición legítima del bien o bienes, pero con un título que exige la obligación de devolverlos, de estas concusiones se ha configurado la doctrina que establece que las existen dos etapas para la comisión del delito de apropiación indebida.

El delito de apropiación indebida, se consuma cuando el resultado en la apropiación, que se manifiesta al realizar actos de disposición o al negar haber recibido las cosas poseídas, y en el consiguiente perjuicio que la apropiación produce en el titular del derecho a exigir la entrega o devolución de las cosas.

Y, además, con respecto a los requisitos de la apropiación indebida recordar que esta Sala del Tribunal Supremo señaló en Sentencia 103/2020 de 10 Mar. 2020, Rec. 2415/2018 que:

"Cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, ha entendido esta Sala que el delito de apropiación indebida requiere que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resultara ilegítimo en cuanto que excediera de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; y que como consecuencia de ese acto se causare un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad de recuperación en relación al fin al que iba destinado.

En relación con el título de recepción la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, precisamente por el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido por la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

La distracción, como modalidad típica a que se refiere el delito de apropiación indebida en el artículo 252 CP, no se comete con la desviación 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 (entre otras STS 622/2013, de 9 de julio). Y como elementos de tipo subjetivo requiere que el sujeto conozca que excede sus atribuciones al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular o destinatario sobre el dinero o la cosa entregada. En esta modalidad delictiva se configura como elemento específico la infracción del deber de lealtad que surge de la especial relación derivada de los títulos que habilitan la administración, y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad. El tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél que ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su posición. Es suficiente el dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona.

En relación a la reforma operada por LO 1/2015, como dijo la STS 163/2016, de 2 de marzo, la reforma ha excluido del ámbito de la apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero, pero mantiene en el ámbito del tipo de apropiación indebida, la apropiación de dinero en los supuestos en que el acusado se apropiare para sí o para otros del que hubiera recibido en depósito, comisión, o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido.

En efecto, la nueva redacción del tipo incluye expresamente en el artículo 253 el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida, y así establece "1. Serán castigados con las penas del artículo 249 o, en su caso, del artículo 250, salvo que ya estuvieran castigados con una pena más grave en otro precepto de este Código, 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".

En una abundante doctrina jurisprudencial dictada desde la entrada en vigor de la reforma operada por la LO 1/2015, que condensa la ya citada STS 163/2016, de 2 de marzo, y otras posteriores como las SSTs 244/2016, de 30 de marzo, 332/2016, de 20 de abril o 683/2016, de 26 de julio, siguen manteniendo con efectos retroactivos la tipicidad de la apropiación indebida de dinero".

Existe, además, el ánimo de apropiación definitiva, ya que retiene la suma declarada probada y es condenado al pago de la responsabilidad civil."

Existe plena y perfecta subsunción de los hechos probados en el tipo penal objeto de condena.

El motivo se desestima.

Sexto.

Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (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

DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado Benedicto, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección Primera, de fecha 30 de octubre de 2018 que le condenó por delito de apropiación indebida. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana M^a Ferrer García

Vicente Magro Servet Carmen Lamela Díaz

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.