



Roj: **STS 57/2023 - ECLI:ES:TS:2023:57**

Id Cendoj: **28079120012023100008**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2023**

Nº de Recurso: **151/2021**

Nº de Resolución: **1012/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP L 853/2020,**
STS 57/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1.012/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 151/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 1

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 151/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 1

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 1012/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el número 151/2021 interpuesto por **FUSTERIA EBANISTERIA VIÑES S.L., la compañía Mercantil CONSTRUNENS, S.C.P, la compañía Mercantil VIPAC DECORACIÓ, S.L.** representada por la Procuradora Sra. D.^a María Isabel Torres Ruiz y bajo la dirección letrada de D. José Ignacio Sáenz de Buruaga y Marco contra Sentencia nº 229/2020 de fecha 28 de octubre dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida en causa seguida contra los acusados Jose Ángel y Jose Enrique por un delito de estafa. Ha sido parte recurrida Jose Ángel, Jose Enrique, y Saló Cat S.L. residencia Geriátrica I Centro de Dia Sant Josep SL. Avic Inversions S.L. y Promocat Malpartit S.L.U. representados por la Procuradora Sra. D.^a Lina Vassalli Arribas y bajo la dirección letrada de D. Pablo Simarro Dorado; Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Lérida incoó Diligencias Previas nº 2934/2012, contra Jose Ángel, Jose Enrique y como responsables civiles subsidiarias las Sociedades Saló CAT S.L., Promocat Malpartit SLU, Residencia Geriátrica I Centro de Día Sant Josep SL y Avic Inversions S.L. Una vez concluidas las remitió a la Audiencia Provincial de Lérida (Sección Primera) que con fecha 28 de octubre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO: Ha resultado acreditado que los acusados Jose Ángel y Jose Enrique, eran administradores mancomunados de las sociedades SALÓ CAT S.A. constituida el 21 de enero de 2004, RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP S.L.U, constituida el 4 de diciembre de 2006, PROMOCAT MALPARTIT S.L.U constituida el 5 de diciembre de 2006 y AVIC INVERSIONS S.L. constituida el 8 de febrero de 2008.

La sociedad RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP S.L.U, obtuvo licencia para la construcción de una residencia de ancianos en la calle Almacelles s/n de la localidad de Malpartit.

Para acometer la realización de tal obra RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP S.L.U en fecha 4 de diciembre de 2008 constituyó préstamo hipotecario con la entidad bancaria D'ESTALVIS DE CATALUNYA por importe de 1.425.000 euros a abonar en la cuenta bancaria núm. NUM000 y pagadero contra certificaciones de obra. En garantía de tal préstamo RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP S.L.U constituyó a favor de CAIXA CATALUNYA un **derecho** real de prenda sobre un depósito de 500.000 euros existente en la cuenta bancaria núm. NUM001, depósito del que el pignorante no podía disponer hasta que acreditara la obtención del acta de final de obra y una vez iniciada la actividad sobre la finca garante como residencia y/o centro de día, declarara beneficios fiscales.

Los acusados en su calidad de administradores de PROMOCAT MALPARTIT S.L.U., en fecha 2 de enero de 2009, suscribieron un contrato de ejecución de obra con la mercantil CONSTRUNENS S.C.P, haciendo frente a las facturas emitidas por ésta por los trabajos efectuados hasta el mes de agosto de 2009, por un importe de 60.157,25 euros, si bien las posteriores resultaron impagadas, ascendiendo éstas a un total de 69.329,36 euros.

Asimismo los acusados en fecha 4 de agosto de 2009 suscribieron contrato de ejecución de obra con FUSTERIA EBANISTERIA VIÑES S.L. emitiendo ésta a medida que realizaba los trabajos las correspondientes facturas, que ascendieron a un total de 149.278,85 euros, para cuyo pago los acusados emitieron varios pagarés a nombre de PROMOCAT S.L.U y SALÓ CAT S.A., que resultaron todos ellos impagados, suscribiendo los acusados en fecha 26 de agosto de 2010 un reconocimiento de deuda por valor de esa cantidad y los gastos bancarios y financieros generados a FUSTERIA EBANISTERIA VIÑES S.L. que ascendía a 160.945,32 euros.

Entre mayo de 2010 y octubre de 2011 se realizaron transferencias a favor de FUSTERIA EBANISTERIA VIÑES S.L. por valor de 4.435 euros por orden de SALÓ CAT S.A., RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP s.L.U, y CENTRE D'ATENCIÓ I ASSISTÈNCIA SOCIO SANITÀRIA, sociedad de la que era administradora única Victoria hermana de los acusados, la cual se hizo cargo de la gestión de la residencia en noviembre de 2010.

En fecha 5 de octubre de 2009, los acusados contrataron con VIPAC DECORACIÓ S.L. la ejecución de obras por un importe total de 43.305,27 euros, efectuando aquéllos una entrega a cuenta de 3.815,87 euros. Para el pago de las facturas emitidas por VIPAC DECORACIÓ S.L. en ejecución de la referida obra, se emitieron por los acusados los correspondientes pagarés que resultaron impagados, ante lo cual en fecha 12 de marzo de 2010



los acusados suscribieron un reconocimiento de deuda por valor de 46.904,63 euros, incluyendo cantidades adeudadas y gastos bancarios generados.

Entre los meses de febrero de 2011 y octubre de 2011 se realizaron tres pagos en metálico a VIPAC DECORACIÓ S.L. de 500 euros cada uno por parte de PROMOCAT MALPARTIT S.L.U, así como dos transferencias a su favor por orden de CENTRE D IATENCIÓ I ASSISTÈNCIA SOCIO-SANITÀRIA, por valor total de 600 euros.

Por último en fecha 18 de noviembre de 2009, 15 de enero de 2010 y 19 de febrero de 2010, los acusados contrataron la colocación de rótulos y placas con LUMINOSOS ESTEL S.L. por valor de 5.307 euros, 639,16 euros y 365,40 euros, efectuando los acusados una entrega a cuenta por importe de 1.372,50 euros, y resultando impagadas las cantidades restantes.

Ante las dificultades económicas de la obra, se ejecutó la garantía hipotecaria por la entidad bancaria que había financiado la construcción, sin que por parte de los acusados se pudiera rescatar el depósito pignorado".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"ABSOLVEMOS a Jose Ángel y a Jose Enrique del delito de estafa por el que venían acusados, declarando de oficio las costas generadas en esta instancia, y sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la acusación particular.

ABSOLVEMOS a SALO CAT S.A, PROMOCAT MALPARTIT S.L.U., RESIDÈNCIA GERIÀTRICA I CENTRE DE DIA SANT JOSEP S.L.U y AVIC INVERSIONS S.L. de los pedimentos efectuados en su contra.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, a preparar mediante escrito suscrito por Abogado y Procurador en el plazo de cinco días a contar desde la última notificación de esta sentencia".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por la acusación, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Fusteria Ebenisteria Viñes S.L., Construnens S.C.P. y Vipac Decoració S.L.

Motivos primero y segundo.- Por infracción de ley al amparo del art 849.2º LECrim y de los arts. 5.4 LOPJ, y 852 LECrim, por vulneración del art. 24.1 CE por error en la fijación de los hechos probados, incongruencia omisiva del art. 851.3º y vulneración del art. 24.1 CE. **Motivo tercero.-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ y 849.2 LECrim. por vulneración del art. 24.1 CE. **Motivo cuarto.-** Al amparo del art. 5.4 LOPJ y del art. 852 LECrim por vulneración del art. 24.2 CE. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., por indebida inaplicación de los arts. 248, 249 y 250 C.P.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Jose Ángel , Jose Enrique , y Salo Cat S.L. residencia Geriátrica I Centro de Dia Sant Josep SL. Avic Inversions S.L. y Promocat Malpartit S.L.U. igualmente lo impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 23 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objetivo que se fija el recurso -conseguir una primera condena en casación rectificando la valoración probatoria de la Sala de instancia- no es tarea difícil. Ni siquiera, extremadamente difícil. Es, lisa y llanamente, inalcanzable. Al instruirse del escrito de impugnación del Ministerio Fiscal la parte recurrente repara en ello enfatizando todavía más los aspectos relativos a las supuestas arbitrariedad e irracionalidad en la valoración probatoria. Se trae a colación, de forma imprecisa, algún precedente de esta Sala que permite corregir, no los aspectos fácticos de los elementos subjetivos, sino su valoración jurídica, lo que es muy diferente a lo que postula aquí el recurrente.

Decir que el recurso no pretende una nueva valoración de la prueba, sino solo que esta Sala corrija errores que concurren en los hechos probados constituye un oxímoron. Solo revalorando la prueba sea documental, sea de otra naturaleza, se pueden corregir supuestos errores en las apreciaciones fácticas.

Acaba por reconducirse el motivo a una alegada ausencia total de valoración probatoria, lo que no se compadece ni bien ni mal con el examen y lectura de la sentencia trabajada y bien construida, aunque sea legítimo discrepar de sus conclusiones.



Finaliza el recurso proponiendo una abreviada versión de los hechos que llevaría a una condena.

Se subraya, a mayores, que el Fiscal en la instancia interesó una condena. Pero es perfectamente congruente que, ante la desestimación por razones probatorias de su pretensión acusatoria, el Fiscal en casación solicite la confirmación de la sentencia por no ser fiscalizables en vía de recurso valoraciones probatorias *pro reo*. Eso es lo que en síntesis sucede aquí. Lo explicamos con más detalle en los siguientes fundamentos.

SEGUNDO.- Descendamos ya al análisis de los cinco motivos de casación en que aparece articulado el recurso. El primero busca un doble sostén procesal -contradicción en los hechos probados (art. 851.1 LECrim) y *error facti* (art. 849.2 LECrim)- con una misma finalidad: criticar algunos extremos de la valoración probatoria efectuada por el Tribunal de instancia.

El art. 851.1 LECrim está invocado de forma improcedente: cuando habla de contradicción en los hechos probados, la norma piensa en un vicio interno del *factum* consistente en contener aseveraciones incompatibles entre sí. No se refiere a hipotéticas contradicciones entre la prueba y lo que se declara probado; sino a incongruencias o incoherencias ideológicas, a defectos inmanentes al mismo por declarar probadas simultáneamente realidades que no pueden ser verdaderas a la vez. No es ese el tipo de discurso desarrollado.

TERCERO.- Resulta más congruente con la argumentación que se despliega el otro enunciado: error en la valoración de la prueba. Pero se hace con escaso respeto a la disciplina del art. 849.2º LECrim que exige que el error se derive de un documento y que no esté contradicho por otros elementos de prueba. Ignora esas exigencias la parte recurrente que, incluso, omitió la cita de todo documento (menos aún de sus concretos particulares) en el escrito de preparación pese a lo establecido en el art. 855 LECrim.

No sobra recordar con la STS 580/2022, de 9 de junio, el abuso que se detecta en la práctica forense del art. 849.2 LECrim. Se intenta, estérilmente, ensanchar sus límites muy estrictos -nulos en el caso de sentencias absolutorias- pese a la clara, contundente y reiteradísima jurisprudencia de esta Sala saliendo al paso de ese, cansino por reiterado, intento de convertir esa norma en palanca para una revisión global de la valoración probatoria, tarea incompatible con la casación. Se echa mano de tal causal de casación con mucha ligereza, seguramente atraídos por el reclamo de su amplísima y aparentemente ambiciosa etiqueta definidora -*error en la valoración de la prueba*-, pero sin advertir o desdeñando los requisitos, tremendamente exigentes, adosados a esa genérica categorización. Esos condicionantes incorporan justamente los componentes que armonizan la posibilidad de revisión y modificación de cuestiones fácticas que encierra esa causal con la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y el respeto al principio de inmediación que inspira nuestra normativa (STS 592/2021, de 2 de julio).

El art. 849.2 LECrim habilita excepcionalmente al Tribunal de casación para revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia sustituyéndola por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone, empero, dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de un Tribunal de casación es idéntica a la del órgano *a quo* en lo atinente a la inmediación. Esa equiparabilidad posibilitó abrir esta puerta casacional - *error facti*- ausente en la originaria casación. No se traiciona la inmediación, encumbrada como principio estructural en el modelo de nuestro sistema procesal. El documento puede ser percibido en iguales condiciones por ambos órganos jurisdiccionales, el de instancia y el de casación. No padece la inmediación.

b) Esa idea rectora -inmediación- comporta, no obstante, una significativa limitación que restringe enormemente la operatividad de la causal de casación: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente el correctivo: si otros medios de prueba de carácter personal desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal *ad quem* carece de inmediación. Por tanto, en la concepción de la Ley Procesal, está incapacitado para sopesar la fuerza acreditativa del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias que no percibe con inmediación.

El motivo que ahora se refuta es muestra palmaria de la indicada distorsionada visión del art. 849.2º. Ni siquiera se molesta en buscar apoyo documental claro. Se encaja en este estrecho cauce casacional un discurso que supone un cuestionamiento total a la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia.

CUARTO.- Además, se pelea contra una sentencia absolutoria.

La razón nuclear de la absolución radica en que la Sala no estima probado de forma fehaciente el dolo antecedente. Es un elemento subjetivo, pero eso no lo convierte en tema jurídico. Es cuestión fáctica, aunque sea de tipo interno y, por tanto, normalmente haya de deducirse de datos externos. Es elemento que está respaldado, al menos, por las manifestaciones de los acusados, lo que hace todavía más infecunda la invocación del art. 849.2º en cuanto siempre tropezaremos con una prueba personal que milita en contra de lo que el recurso pretende que se dé por acreditado.



Más allá de que sea o no acertada la apreciación de la Sala sobre la mayor o menor solvencia inicial -cuestión en la que no nos podemos adentrar en casación por pertenecer al ámbito de la valoración probatoria- de ahí no se llega ineludiblemente a la afirmación de que existía el dolo antecedente -propósito previo de no cumplir o, al menos, conciencia y asentimiento e indiferencia frente a la elevada probabilidad de no poder atender los compromisos- que permite discriminar los incumplimientos civiles de lo que se ha venido en conocer como *negocios jurídicos criminalizados*.

QUINTO.- La conocida y ya muy afianzada doctrina del TEDH, TC y de esta misma Sala anatematizando cualquier variación fáctica *contra reo* a través de un recurso devolutivo, (menos si es de carácter extraordinario y no permite conferir audiencia a los afectados), se erige en obstáculo insalvable para el éxito del recurso. Lo corrobora, entre otras, la STS 146/2014, de 14 de febrero, de la que tomamos prestadas algunas de las consideraciones que siguen y que recogen la evolución de tal doctrina y su recepción por esta Sala Segunda (vid. también, entre muchas otras, STS 363/2017, de 19 de mayo).

La doctrina constitucional limitando las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso arrancó en la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Se ha reiterado en numerosos pronunciamientos posteriores (junto a muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero, hasta las 80/2013, 120/2013 ó 191/2014, de 17 de noviembre: una cifra muy superior a la centena en la actualidad). El eje de la argumentación, vertida habitualmente al hilo de sentencias que en apelación dictaban una condena *ex novo*, gira alrededor del respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, integrados en el contenido esencial del **derecho** a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Una condena, si se quiere guardar fidelidad plena a esos principios, debe fundarse en una actividad probatoria, examinada directa y personalmente por el Tribunal que la dicta en un debate público en el que se dé oportunidad para la contradicción referida a la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en un recurso devolutivo se suscitan cuestiones de hecho relacionadas directa o indirectamente con la valoración de pruebas de las que depende la condena *ex novo*, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, intermediación y contradicción exigen que el Tribunal *ad quem* oiga personalmente a testigos, peritos y acusados, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y quedar habilitado para corregir la efectuada por el órgano de instancia. El Tribunal de apelación no puede modificar los hechos probados en aras de una condena que revierta la absolución o de una agravación de la condena recaída, si tal variación no viene precedida del examen directo y personal de acusados y testigos en un debate público con posibilidad de contradicción. Confluye también en apoyo de tal conclusión el **derecho** de defensa que aconseja conferir al acusado la posibilidad de dirigirse personal y directamente al Tribunal.

Estas pautas, elaboradas inicialmente alrededor de la apelación, han de proyectarse también a la casación.

La doctrina del TC, como es bien sabido, hunde sus raíces en una jurisprudencia más lejana del TEDH. La primera decisión que abordó esta materia data de 1988. Resolvía el caso *Ekbatani contra Suecia* (STEDH de 26 de mayo de 1988). Le seguirán otras tres sentencias del mismo origen que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (caso *Helmerts contra Suecia*, caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). La doctrina se consolidó con pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); STEDH 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumania*) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de **derecho**, y en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción punible, so pena de sacrificar exigencias irrenunciables del **derecho** a un juicio justo.

El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal *ad quem* antes de resolver aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o pericial, o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es valoración de cuestiones estrictamente jurídicas.

SEXTO.- Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España condicionan hoy la interpretación del art. 849.2 LECrim que ha pedido su capacidad de operar *contra reo*. Particularmente significativa es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto *García Hernández c. España*). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo. Para la Corte supranacional con sede en Estrasburgo existió violación del artículo 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la particular STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto *Gómez Olmedo c. España*).



El acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 proclamó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no sería compatible con la naturaleza de la casación.

Con ese acuerdo esta Sala Segunda cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH no deja ninguna puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos.

A esa conclusión llegaba la STS 976/2013, de 30 diciembre :

"El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim , tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio...

*...Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. **La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre ; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero , entre otras).** Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los **derechos** de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim .*

(...)

*Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obran en la causa y que "...demuestran la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim . En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario . **Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales - aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio".***

*Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el **derecho** a la **tutela judicial efectiva**, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un **derecho** constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".*

Estimar el recurso con el alcance tradicional y legal de este motivo (modificación del hecho probado y dictado de una segunda sentencia condenatoria) supondría violentar la doctrina que se acaba de exponer.

La capacidad revisora del art. 849.2º LECrim ha de entenderse extremadamente reducida cuando se utiliza *contra reo*; salvo que reinterpretemos el art. 902 LECrim privándole de operatividad en esos casos. No cabe por vía de principio dictar segunda sentencia condenatoria o agravatoria como consecuencia de la estimación de un motivo apoyado en el art. 849.2º LECrim.

SÉPTIMO.- Solo cabe, como sugiere la citada STS 976/2013, reenfocar la petición hacia metas diferentes. No puede esta Sala *ex novo* dictar una segunda sentencia de signo inculpatario; pero sí está facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, para anular



la sentencia y devolver el conocimiento al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento que puede haber sido injustificadamente ignorado, minusvalorado o despreciado.

Esa salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim amparado en una vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** que es el que aparecerá algunos motivos de este recurso, aunque no perfilado de forma clara.

Un recurso basado en el art. 849.2º LECrim *contra reo*, salvo casos muy excepcionales si es que es imaginable alguno, solo podrá llevar a la anulación de la sentencia y no al dictado de segunda sentencia. Podría prosperar cuando el error en la valoración del documento constituya algo más que una mera discrepancia. Ha de ser una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**. De esa forma los motivos *contra reo* canalizables por el cauce del art. 849.2º vendrían a confundirse con un motivo invocando el **derecho** a la **tutela judicial efectiva** y cobijado en el art 852.

OCTAVO.- Por tanto, hay que analizar el motivo desde esa óptica: vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** por irracionalidad e insuficiencia o agujeros en la valoración probatoria.

El **derecho** a la **tutela judicial efectiva** tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular decisiones **judiciales** basadas en criterios no racionales o apartados de toda lógica, o ajenas a todo parámetro de interpretación sostenible en **derecho**; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del **derecho** o en la valoración de la prueba. Otorgar al **derecho** a la **tutela judicial efectiva** mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo, en un medio ordinario de impugnación. El **derecho** a la **tutela judicial efectiva** no garantiza el acierto en la decisión **judicial**, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese **derecho** no se queda en una mera proclamación retórica, sino que cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden derivarse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Tal **derecho** queda satisfecho con la obtención de una respuesta **judicial** fundada en **derecho**, aunque se rechace la pretensión que se reclamaba del Tribunal y a la que se aspiraba. No cualquier respuesta **judicial** colma las exigencias de ese **derecho**: sólo aquellas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad y que se funden en una interpretación de la norma jurídica no extravagante, sino defendible, aunque se aparte de otras posibles igualmente sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas será un tema de legalidad. Cuando tal apartamiento desborda lo "razonable" o lo "defendible" desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, el atentado a la legalidad adquiere una nueva dimensión, se transforma en algo más: la vulneración del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**. Esa óptica es la que permite el Tribunal Constitucional, en su función no de intérprete de la legalidad, que no lo es, sino de máximo intérprete de la Constitución y valedor de la eficacia de los **derechos** fundamentales, corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del **derecho** o de máximas compartidas de racionalidad por infringir el art. 24.1 CE.

Aunque este Tribunal de casación se sitúa en la esfera de la jurisdicción ordinaria, lo que le confiere mayor holgura y espacios más amplios, no más lejos puede llegar su perspectiva para el enjuiciamiento en casación de supuestos que acceden a él de la mano del art. 852 LECrim por vulneración de un **derecho** fundamental. El **derecho** fundamental no puede ser amoldable o extensible según sea examinado por la jurisdicción ordinaria o por la constitucional. No puede tener un perímetro diferente según estemos en la *Plaza de la Villa de París* o en la calle *Domenico Scarlatti*. Sus exigencias son igual de fuertes e igual de limitadas en uno u otro lugar. También este Tribunal Supremo, aunque ha de recalcar que su ubicación en la pirámide de la jurisdicción ordinaria y por tanto defensor no solo de la legalidad constitucional sino también de la ordinaria, le confiere una mayor capacidad fiscalizadora, ha de respetar el ámbito funcional de los Tribunales inferiores sin invadir los territorios reservados a ellos por la legislación. Y ha de respetar los contornos del **derecho** a la **tutela judicial efectiva** que corresponde definir al Tribunal Constitucional (art. 123 CE), no pudiendo convertir ese **derecho** fundamental en una especie de "comodín" cuya simple mención facultaría para revisar todas y cada una de las cuestiones probatorias y jurídicas, procedimentales o sustantivas, implicadas en un asunto **judicial**.

Si no estableciéramos esa auto restricción (*self-restraint*), la **tutela judicial efectiva** se convertiría en una ancha puerta por la que accederían a la casación (y, por ende, al recurso de amparo) todas aquellas cuestiones que no habrían podido ser introducidas por las más estrechas ventanas de los arts. 849 a 851 LECrim, demoliendo la tradicional arquitectura del recurso de casación.

NOVENO.- Una postrera precisión: el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias. Las sentencias absolutorias, en lo atinente a la detección de arbitrariedad o error



patente, precisan de una motivación con estándares menos exigentes que los que reclama un pronunciamiento condenatorio. En éste es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la derrota de la presunción de inocencia. Las sentencias absolutorias también precisan de una motivación razonable (STS 1547/2005, de 7 de diciembre) " *de un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución , así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.*

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos" (STS 2051/2002, de 11 de diciembre) .

No tener motivos suficientes para condenar es un buen motivo para absolver.

Desde estas consideraciones más generales podemos volver la mirada al asunto analizado.

DÉCIMO.- Desarrolla el recurso una pormenorizada y generalizada crítica de la ponderación probatoria y motivación fáctica efectuada por la Sala de instancia. Su argumentación es coherente y racional. Incluso razonable. Pero no lo es menos la argumentación de la Sala de instancia. No puede tacharse la motivación fáctica de la sentencia de irracional; o sesgada; o ilógica. Explica de forma suasoria por qué no alcanza la certeza necesaria para un pronunciamiento condenatorio por ausencia de dolo antecedente de los acusados. No se puede tildar de arbitraria esa, no ya afirmación, que no lo es, sino área para la duda que abre la Audiencia.

Decir que no hay valoración probatoria o que es irracional constituye un exceso retórico permisible en el ámbito forense pero que no se compadecen con la lectura de la sentencia.

Por lo demás, no podemos adentrarnos en el debate al que nos quiere arrastrar el recurso sumergiéndonos en una revaloración probatoria. No se trata de ver qué tesis nos convence más o menos; sino sencillamente de constatar si la motivación fáctica de la sala de instancia es coherente, lógica, y racional. No nos cabe duda de ello.

No se vea descortesía procesal en este eludir u orillar sin contemplaciones la discusión de detalle sobre datos y elementos. Es sencillamente responsable autocontención para no invadir un territorio -valoración probatoria *contra* reo y corrección de la aplicación del principio *in dubio*- en el que la ley no nos apodera para introducirnos. Los elementos objetivos que enfatiza el recurso y que alentarían un entendimiento favorable al dolo antecedente son razonables; pero no son concluyentes en absoluto. No llegan al punto de sostener que considerar posible un inicial ánimo de atender a las obligaciones contraídas frustrado por vicisitudes posteriores inherentes al riesgo de este tipo de inversiones, sea conclusión descabellada o disparatada.

El denodado y meritorio esfuerzo volcado en el recurso no puede ser compensado con su estimación pues persigue resucitar un debate -el probatorio- que quedó zanjado en la instancia, y que, tratándose de un pronunciamiento absolutorio, resulta todavía más blindado. El largo discurso que los recurrentes se ven obligados a efectuar es elocuente síntoma de ello.

UNDÉCIMO.- Queda con lo expuesto contestado también el motivo cuarto que viene a representar una extraña y reprobada invocación de una presunción de inocencia invertida. El apoyo jurisprudencial que trata de buscar a su planteamiento, amén de no ser correctamente interpretado, está desbordado por una abundante jurisprudencia posterior citada en fundamentos anteriores.

DUODÉCIMO.- El motivo quinto y último acude al art. 849.1º LECrim tomando como presupuesto los hechos ya modificados como consecuencia de la estimación de motivos anteriores. Así reformateados encajarían en el art. 248 CP.

Fracasadas las anteriores pretensiones casacionales, este motivo incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 884.3º: no respeta los hechos probados.

DÉCIMO TERCERO.- Hemos dejado para el final el motivo segundo: incongruencia omisiva. Se refiere no a pretensiones no contestadas (que es lo que define el art. 851.3º LECrim), sino a argumentos probatorios. Eso nos permite remitirnos a otros motivos de casación, frente a los que éste, correctamente enfocado, carece de toda autonomía. La única incongruencia que se aprecia es la existente entre el encabezado del motivo -art.



851.3º- y la petición que lo cierra: que se dicte una sentencia condenatoria. Un motivo por quebrantamiento de forma jamás podrá alumbrar un pronunciamiento de fondo como el que se reclama también en este segundo motivo.

Como señala con acierto el Fiscal el art. 851.3º LECrim solo acoge en su radio de acción lo que supone ausencia de contestación a pretensiones jurídicas formalmente consignadas y articuladas (que se aprecie una atenuante o una eximente; que se condene por un delito distinto, que se estime un grado de ejecución menos desarrollado, que se decrete la nulidad de determinados medios de prueba, que se declare la prescripción...). Son ajenos a ese motivo de casación los supuestos en que se denuncia el silencio de la sentencia frente a alegaciones (que no pretensiones) o frente a argumentos (que son las razones que sustentan la pretensión pero que no se confunden con ella).

Se mueve el recurso en ese segundo nivel. La pretensión blandida por la recurrente consistía en que se condenase a los acusados. Para defender tal pretensión se aducían distintos tipos de argumentos y varios elementos probatorios. Algunos de ellos son los aquí aludidos.

La pretensión está rechazada explícitamente: no procede la condena. No hay, por tanto, incongruencia omisiva (vid., por todas, STS 693/2013, de 19 de septiembre).

La virtualidad de los argumentos hechos valer podrá alegarse y valorarse en un motivo por **tutela judicial efectiva** (denunciando irracionalidad en la argumentación de la Sala o su apartamiento de la lógica por contradecir ciertos elementos de prueba); o a través de un motivo por *error facti*, como intenta también el recurrente; o por motivación fáctica insuficiente, pero no a través de un motivo por incongruencia omisiva.

Se ha resuelto, así pues, sobre la pretensión de la parte aunque en sentido discordante al reclamado. Eso no constituye el vicio de **incongruencia omisiva**. La Sala ha solventado esa cuestión. La omisión que sanciona el art. 851.3 LECrim - insistimos- es el silencio de la sentencia sobre pretensiones, no sobre argumentos o medios probatorios. Esto, en su caso, constituirá un déficit de motivación, pero no incongruencia omisiva.

DÉCIMO CUARTO.- La sentencia del Tribunal atacada en casación, en conclusión, es racional. Se ajusta a parámetros de lógica, y aplica el principio *in dubio* en términos que no pueden tildarse de contrarios a la racionalidad o arbitrarios y, por tanto, vulneradores del **derecho** a la **tutela judicial efectiva**. La lectura de la sentencia pone de manifiesto que, habiendo sido ponderados todos los elementos probatorios, no han logrado conducir a la Sala a una certeza exenta de toda duda.

El destino del recurso no puede ser otro que su **desestimación**. El meritorio despliegue dialéctico realizado por el recurrente, deteniéndose en cada elemento y dato, desborda los contornos de lo argumentable bajo el manto de ese **derecho** fundamental a la **tutela judicial efectiva**. No podemos descender al debate propuesto por el recurso so pena de traspasar las funciones que la ley residencia en este Tribunal en detrimento de las correspondientes a otros órganos jurisdiccionales. No es tarea propia de un Tribunal de casación volver a discutir sobre cada dato probatorio para refutar la tesis del impugnante. Ya lo hizo la Audiencia cuya decisión, si es como aquí argumentada y razonable, pone punto final a ese debate.

DÉCIMO QUINTO.- La desestimación del recurso obliga a la imposición de las costas a las recurrentes (art. 901 LECrim) y a la pérdida del importe del depósito legalmente constituido en su día.

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por **FUSTERIA EBENISTERIA VIÑES S.L, la compañía Mercantil CONSTRUNENS, S.C.P, la compañía Mercantil VIPAC DECORACIÓ, S.L.** contra Sentencia nº 229/2020 de fecha 28 de octubre dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida en causa seguida contra los acusados Jose Ángel y Jose Enrique por un delito de estafa.

2.- Imponer a FUSTERIA EBENISTERIA VIÑES S.L, la compañía Mercantil CONSTRUNENS, S.C.P, y la compañía Mercantil VIPAC DECORACIÓ, S.L. el pago de las costas de este recurso.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca



Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Javier Hernández García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ