



Roj: **STS 408/2022 - ECLI:ES:TS:2022:408**

Id Cendoj: **28079120012022100101**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/02/2022**

Nº de Recurso: **1157/2020**

Nº de Resolución: **110/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 408/2022,**
SAP MA 4120/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2022

Fecha de sentencia: 10/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1157/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/02/2022

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL SECCION N. 9

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1157/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 110/2022

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D^a. Ana María Ferrer García

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina



D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 10 de febrero de 2022.

Esta Sala ha visto ha visto el recurso de casación nº 1157/2020, interpuesto por **COSTA FERMONT SL (acusación particular)**, representada por el procurador D. Antonio Ortega Fuentes, bajo la dirección letrada de D. Enrique Sánchez González, contra la sentencia nº 44/2020, de fecha 27 de enero de 2020, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 1129/2018. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D. Mariano , representado por la procuradora D^a. Presentación Garijo Belda, bajo la dirección letrada de D. Javier Guirado Varo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 2 de Estepona, instruyó Procedimiento Abreviado nº 46/2015 (D.Previous nº 1505/14), contra Mariano , por un delito de apropiación indebida y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 1129/2018, dictó sentencia nº 44/2020, de fecha 27 de enero de 2020, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<De la apreciación conjunta de las pruebas practicadas en el acto del juicio resultan probados, y así se declaran, los siguientes hechos:

La mercantil Costa Fermont, S.L., que tiene su centro de operaciones en el Polígono Industrial de Estepona (Málaga), concretamente en la c/ Juan de la Cierva de dicha localidad, es una empresa dedicada a la fabricación y distribución de toda clase de productos alimenticios, bebidas y tabaco, desarrollando su actividad en Estepona, Marbella, Mijas Costa, Manilva o Torre Guadiaro.

El acusado Mariano , mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajaba como comercial para dicha mercantil, siendo su cometido visitar a los clientes, que son hoteles, bares, cafeterías, restaurantes y tiendas de alimentación, recoger o tomar nota de sus pedidos y cobrar facturas, siéndole asignada la denominada ruta 3, que atiende la zona de San Pedro de Alcántara, Nueva Andalucía, Puerto Banús y Benahavís.

El día 4 de agosto de 2014, Costa Fermont, S.L. presentó en el Juzgado Decano de Estepona una querrela contra el Sr. Mariano y contra Santiago , comercial de la ruta 4 de dicha empresa (a quien no afecta la presente resolución por haberse declarado extinguida su posible responsabilidad criminal por fallecimiento), acusando al primero de ellos de haberse adueñado, en el periodo comprendido entre el 26 de abril de 2012 y el mes de febrero de 2014, de 360.194,78 € correspondientes al cobro de diversas facturas que había recibido de diversos clientes, y que no hizo llegar a la empresa, accediendo, para evitar el descubrimiento de su acción, a los terminales informáticos de la misma, procediendo a consignar como pagadas las correspondientes facturas en el programa de gestión, alterando la fecha y la hora, atrasando ésta, para evitar que dichos cobros se pudieran detectar al realizarse el cierre de caja que se efectuaba diariamente.

El acusado niega haber llevado a cabo la apropiación que se le imputa. >>

SEGUNDO.- La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos absolver y absolvemos a Mariano del delito de apropiación indebida que se le imputaba, declarando las costas de oficio.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciándolo ante esta Audiencia Provincial dentro del plazo de cinco días contados a partir del siguiente a la última notificación de la presente sentencia. >>

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

CUARTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Costa Fermont SL:

Primero.- Se renuncia al motivo anunciado.

Segundo.- Se renuncia al motivo anunciado.



Tercero.- Se renuncia al motivo anunciado.

Cuarto.- Por infracción de precepto constitucional, por el cauce de los artículos 852 de la LECrim. y 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 CE, así como a un proceso con todas las garantías, del apartado 2 del mismo precepto.

QUINTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 9 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSO COSTA FERMONT SL (acusación particular)

PRIMERO.- Contra la sentencia nº 44/2020, de 27-1, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, rollo de Procedimiento Abreviado 1129/2018, procedente de Procedimiento Abreviado nº 46/2015, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 2 de Estepona, -que absolvió al acusado Mariano del delito de apropiación indebida que se le imputaba, se interpone por la acusación particular Costa Fermont SL el presente recurso de casación por un único motivo -al haber renunciado a los tres primeros anunciados-, el cuarto, articulado por infracción de precepto constitucional, por el cauce de los artículos 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, así como a un proceso con todas las garantías, del apartado 2 del mismo precepto.

Considera que la valoración probatoria realizada por la sentencia resulta absolutamente arbitraria e irrazonable, lo que ha vulnerado gravemente el derecho constitucional de la acusación a la tutela judicial efectiva, debiendo anularse la sentencia, devolviendo la misma al tribunal de instancia para que, con otra composición diferente se repita de nuevo el juicio, o bien, subsidiariamente, sin repetición del juicio, se anule la sentencia y se ordene a los Magistrados de instancia que dicten nueva sentencia con pleno respeto a la tutela judicial efectiva del recurrente.

1.1.- Y destaca tres tipos de vicios en el razonamiento probatorio conducente a la absolución:

a) La falta de ajuste a la realidad objetiva de importantes afirmaciones-base de la sentencia sobre el resultado exteriorizado de determinadas pruebas:

I) No se ajusta a la realidad probatoria que la testigo María Teresa dijera que vio "en alguna ocasión" al acusado usando el ordenador de Administración, dado que de sus manifestaciones se desprende que era una conducta habitual.

b) La total omisión de valoración de importante prueba documental practicada con todas las garantías, sin que la sentencia haga la más mínima mención a la misma:

I) Prueba documental (folios 134 a 296), consistente en las declaraciones suscritas por clientes del recurrente (en total 10) que adveran que entregaron dinero en efectivo al acusado, que éste no llegó a entregar en Administración.

II) Prueba documental, inserta en la pericial (f. 133), y en el Anexo de la pericia informática (folios 88 a 131), consistente en la constatación de que cuando el administrativo Ángel Jesús -persona de la que se usaba la clave para manipular el programa y poner como cobradas facturas de las que no se había entregado el dinero- estaba de vacaciones, se seguía con la manipulación de la contabilidad.

III) Prueba documental (folios 297 a 864), consistente en anotaciones a mano del acusado y listados de facturación de su PDA. En ellas no aparece que se entregue el dinero que después sí figura como entregado en el Anexo de la pericia informática (folios 88 a 131).

IV) Prueba documental (folio 865), consistente en fecha en que, cuando la empresa puso de manifiesto al acusado la situación, éste causó baja voluntaria sin reclamar nada a la empresa.

V) Prueba documental, obrante en la Pieza de responsabilidad pecuniaria, sobre capacidad económica del imputado en la que figuran una cuenta corriente en la entidad BBVA con un saldo de 45.000 €, dos fincas según refleja el Catastro, y un vehículo matrículaR .

VI) Prueba testifical y documental: declaración de Constanza , el 8-7-2015, en la que explica los bienes que tiene el matrimonio y aporta documentación sobre una vivienda adquirida por el matrimonio con abono de



42.565 €, dos cuentas corrientes abiertas a su nombre en el BBVA, una cuenta en Unicaja con diversos ingresos entre 20-2-2012 y 31-1-2014, otra cuenta en el BBVA en la que se cargaba la cuota de autónomo y la cuota de régimen general, seguro de vida de Constanza con cuota mensual de 200 €, y un vehículo Volkswagen por el que se abona una cuota mensual de 285,55 €.

c) La valoración contraria a las reglas de la lógica y máximas de la experiencia de la prueba valorada en la propia sentencia:

I) El descarte irracional de la validez como prueba de cargo de las testificales del perjudicado, de los empleados de la empresa (especialmente María Teresa) y de los clientes (Sres. Elias y Ángeles).

II) La minusvaloración del informe pericial informático y contable como elemento de prueba hábil para hacer constar la distracción de fondos.

III) La no consideración injustificada de la falta de explicaciones del acusado, como indicio en su contra.

IV) La valoración del dato de que otros trabajadores de la empresa (hipotéticos sujetos activos de la infracción) se tomaban las vacaciones en las mismas fechas que el imputado, dado que el comercial de la ruta 3, que es en la que se detectó la apropiación, era el imputado.

1.2.- Previamente, dado que el presente recurso se interpone contra una sentencia absolutoria dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial porque la prueba practicada en el juicio oral no permitió concluir con la certeza exigida por el derecho penal, que el acusado fuera el autor de las manipulaciones informáticas enjuiciadas y quien se apoderó de la suma de 360.194,78 €, debemos recordar la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS 517/2013, de 17-6; 122/2014, de 24-2; 22/2016, de 27-1; 421/2016, de 18-5; 206/2017, de 29-3; 641/2017, de 28-9; 252/2018, de 24-5; 528/2020, de 21-10; 72/2021, de 28-1; 425/2021, de 19-5; 574/2021, de 30-6), en orden a que "las sentencias absolutorias tienen una especial rigidez en relación al pronunciamiento absolutorio, lo que no es más que una manifestación de la especial situación que tiene todo imputado en el proceso al disponer de un estatus especial y más protegido que el resto de las partes. Por ello, cuando en el ejercicio del ius puniendi estatal, se concluye con una sentencia absolutoria, siempre que la decisión esté motivada y quede garantizada la efectividad de la interdicción de la arbitrariedad, ex art. 9.3 CE, la anulación de tal pronunciamiento requiere específicos requisitos.

No podemos olvidar que el derecho a la doble instancia penal reconocido en los Tratados Internacionales, artículo 14.5 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, sólo esté previsto con carácter vinculante para las sentencias condenatorias no para las absolutorias, por lo que sería acorde a dichos Tratados un sistema penal que sólo admitiese la doble instancia en caso de condena.

1.3.- Sentado lo que antecede, es necesario distinguir los supuestos en que la parte recurrente -Ministerio Fiscal o acusaciones particulares- solicitan la condena, por la vía del recurso de casación, a este Tribunal Supremo, de quien ha sido absuelto en la sentencia.

Para ello ha de atenderse, en primer lugar, a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han establecido un criterio restrictivo respecto de la revisión peyorativa de las sentencias absolutorias sin audiencia personal del acusado; y, en segundo lugar, al criterio de este Tribunal Supremo que estima incompatible dicha audiencia personal con la naturaleza y regulación legal del recurso de casación, sin perjuicio de que el acusado sea oído siempre en casación a través de su defensa jurídica (Pleno no jurisdiccional celebrado el 19 de diciembre de 2012, en el que se decidió que " La citación del acusado a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza del recurso de casación, ni está prevista en la Le", STS 400/2013, de 16 de mayo).

Conviene reiterar, una vez más, nuestra doctrina a efectos de su consolidación y aplicación al caso ahora enjuiciado".

"...Recuerdan las SSTS 892/2016, de 25 de noviembre, 421/2016, de 18 de mayo, 22/2016, de 27 de enero, 146/2014, de 14 de febrero, 122/2014, de 24 de febrero, 1014/2013, de 12 de diciembre, 517/2013, de 17 de junio, 400/2013, de 16 de mayo, etc. , con cita de la STC núm. 88/2013, de 11 de abril, entre otras, que la doctrina jurisprudencial del TEDH permite la revisión de sentencias absolutorias cuando el Tribunal Supremo actúa dentro de los márgenes de la infracción de ley, revisando cuestiones puramente jurídicas.

Es decir, cuando esta Sala se limita a corregir errores de subsunción y a fijar criterios interpretativos uniformes para garantizar la seguridad jurídica, la predictibilidad de las resoluciones judiciales, la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal, y la unidad del ordenamiento penal y procesal penal, sin alterar ningún presupuesto fáctico.



La función esencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, en la que actúa específicamente como el órgano superior, o más propiamente supremo, del orden jurisdiccional penal, conforme a la función que le atribuye el art. 123 CE, es la que realiza a través del cauce de la infracción de ley, corrigiendo errores de subsunción y fijando criterios interpretativos uniformes con la finalidad de garantizar la unidad del ordenamiento penal, y con ello los principios de seguridad jurídica, predictibilidad de las resoluciones judiciales e igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin perjuicio de que, a través de los motivos por quebrantamiento de forma, unifique también el ordenamiento procesal penal.

En la función de tutela de derechos fundamentales, que también le corresponde a este Tribunal con carácter primario, no actúa esta Sala como órgano supremo, pues está determinada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, que en esta materia puede revisar sus resoluciones (arts. 123 y 161 b CE).

Es por ello, muy relevante, que el Tribunal Supremo pueda realizar con efectividad esta función nomofiláctica y unificadora, sin restricciones impuestas, o auto restricciones injustificadas, tanto en los supuestos en los que los órganos sentenciadores interpretan erróneamente los tipos penales en perjuicio del reo como si lo hacen en perjuicio de las víctimas o perjudicados.

Precisamente en este segundo ámbito (la corrección de la interpretación errónea de los tipos penales realizada en perjuicio de las víctimas o perjudicados), absolutamente necesario por razones de tutela judicial efectiva, de seguridad jurídica y para garantizar la igualdad de los ciudadanos ante la ley, estriba la diferencia esencial entre la competencia jurisdiccional de esta Sala y la del Tribunal Constitucional. Pues éste, como regla general, solo puede corregir los supuestos de extralimitación típica a través del recurso de amparo por vulneración del principio de legalidad penal, pero en ningún caso los supuestos de indebida inaplicación de la norma sancionadora, que solo vulneran por defecto el referido principio."

"...El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencias como las de 10 de marzo de 2009 (caso Igual Coll), 26 de mayo de 1988 (caso Ekbatani), 21 de septiembre de 2010 (caso Marcos Barrios) o 16 de noviembre de 2010 (caso García Hernández) aprecia vulneración del Art. 6 1º del CEDH cuando la revisión condenatoria se realiza modificando la apreciación de los hechos, pero considera, "a contrario sensu", que es admisible la revisión de sentencias absolutorias, aun cuando no se celebre nueva audiencia del acusado, si se trata exclusivamente de decidir sobre una cuestión estrictamente jurídica, es decir de modificar la interpretación de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal de Instancia, (Ver SSTEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, caso Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, caso García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, caso Almenara Álvarez c. España, § 39; 22 de noviembre de 2011, caso Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España, § 31; y STEDH de 27 de noviembre de 2012, caso Vilanova Goterris y Llop García C. España).

En la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 88/2013, de 11 de abril de 2013, se establece que "se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, SSTC 143/2005, de 6 de junio o 2/2013, de 14 de enero)", insistiendo en que "si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre estrictas cuestiones jurídicas no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, y en la medida en que el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte puede entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, que haría efectivo el derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte (así, SSTC 45/2011, de 11 de abril y 153/2011, de 17 de octubre)".

Y, en definitiva, se considera en esta resolución, "vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que un órgano judicial, conociendo en vía de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación a partir de una nueva valoración de pruebas personales o de una reconsideración de los hechos estimados probados para establecer su culpabilidad..."

"...En cuanto a la consideración de los elementos subjetivos, la STS 58/2017 de 7 febrero, recuerda cómo en la sentencia STC Pleno, núm. 88/2013, de 11 de abril se aprecia que la razón que justifica finalmente la concesión del amparo consiste, precisamente, en que para la revisión de la corrección de la apreciación del Tribunal sentenciador acerca de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, el Tribunal de apelación no se basó exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, sino que acudió a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos,



volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado a estos efectos.

Así señala la STC 88/2013, de 11 de abril, que "la condena en la segunda instancia, a pesar de que se mantuvo inmodificado el relato de hechos probados de la Sentencia revocada, se fundamenta en una reconsideración de esos hechos probados para derivar de ello tanto el elemento normativo de delito, referido al carácter abusivo de los acuerdos adoptados, como el elemento subjetivo, referido al ánimo de perjudicar al querellante. Esto es, la divergencia se produce no por una controversia jurídica respecto de la amplitud que pudiera darse a la interpretación de determinados elementos del delito, sino en relación con una controversia fáctica respecto de las inferencias recaídas sobre los hechos declarados probados para entender acreditados dichos elementos. Además, esa reconsideración se realiza valorando aspectos concernientes tanto a las declaraciones de los recurrentes, como del querellante, que no fueron practicadas a su presencia, como se pone de manifiesto en la argumentación de la Sentencia de apelación al considerar concurrente el elemento subjetivo, discrepando sobre la credibilidad que se había dado por el órgano judicial de instancia a las declaraciones de los acusados sobre quién era el responsable de que no hubiera podido llegarse a un acuerdo para la compra de las participaciones del querellante.

Por tanto, no puede afirmarse que la controversia versara sobre una cuestión estrictamente de interpretación jurídica que, por su naturaleza desligada del debate sobre la concurrencia de aspectos fácticos del delito, pudiera resolverse sin la celebración de una vista pública, lo que determina que se deba considerar vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

Por ello, lo determinante para la concesión del amparo, es que la Sala de apelación no se limitó a revisar la subsunción jurídica de los hechos descritos en el relato fáctico, sino que reconsideró la prueba personal practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

En definitiva, los márgenes de nuestra facultad de revisión de sentencias absolutorias, a través del cauce casacional de infracción de ley, con intervención de la defensa técnica, pero sin audiencia personal del reo, se concretan en la corrección de errores de subsunción a partir de los elementos fácticos reflejados en el relato de hechos probados, sin verificar ninguna nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

En la corrección de errores de subsunción admisible en casación frente a las sentencias absolutorias se incluyen los errores que afecten a la interpretación de la naturaleza y concurrencia de los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal aplicado, cuando la revisión se efectúe desde una perspectiva jurídica, sin modificar la valoración de sus presupuestos fácticos. Pero no es admisible cuando la condena exige una reconsideración de la prueba practicada para modificar los presupuestos fácticos de los elementos subjetivos de la conducta enjuiciada.

El error sobre la concurrencia de los elementos subjetivos podría subsanarse en casación si se basase exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir si se tratase de un error de subsunción. Por ejemplo, si la absolución se fundamentase en la consideración errónea de que el tipo objeto de acusación exige dolo directo, absolviendo el Tribunal de instancia por apreciar la concurrencia de dolo eventual, cuando en realidad el dolo eventual fuese suficiente para la condena. O cuando se calificase por el Tribunal de Instancia de dolo eventual una conducta en la que, a partir exclusivamente de los datos obrantes en el relato fáctico sin reconsideración probatoria adicional alguna, ni modificación de la valoración fáctica sobre la intencionalidad del acusado realizada por el Tribunal, fuese constatable la concurrencia de dolo directo. O, en fin, cuando el Tribunal de Instancia fundase su absolución en la ausencia de un elemento subjetivo específico que considerase necesario para integrar el tipo, cuando esta apreciación fuese jurídicamente errónea por no ser exigible para la subsunción de la conducta en el tipo objeto de acusación la concurrencia del elemento subjetivo específico exigido por el Tribunal.

Por tanto, el Tribunal de casación puede fundamentar su condena modificando la valoración del Tribunal de Instancia sobre la concurrencia de los elementos subjetivos cuando se basa exclusivamente en consideraciones jurídicas sobre la naturaleza del dolo exigido por el tipo, es decir en un error de subsunción jurídica, o se apoya en el mero análisis de los elementos estrictamente fácticos obrantes en los hechos probados, pero no puede acudir a la revisión de los presupuestos fácticos de dichos elementos subjetivos, volviendo a valorar para ello las pruebas personales practicadas en el juicio, lo que le está manifiestamente vedado."

La consecuencia de esta doctrina desde la perspectiva procesal de la técnica casacional, es que el motivo adecuado para la impugnación de sentencias absolutorias interesando que se dicte una segunda sentencia condenatoria es únicamente el de infracción de ley pura del núm. 1º del art 849 de la Lecrim.



Como ha señalado, por ejemplo, nuestra STS 892/2016 de 25 de noviembre, cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la Lecrim, es decir, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión plantea otros problemas.

Es cierto que la posibilidad de rectificar el hecho probado con modificaciones, adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", tiene una larga tradición en nuestro recurso de casación penal (desde 1933), aunque no figurase en su diseño legislativo inicial. Pero esta vía impugnativa exige necesariamente, conforme al inciso final del art. 849.2 de la Lecrim que los documentos invocados no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios".

Este requisito legal implica que el Tribunal de casación no puede estimar el motivo sin contrastar el documento con el resultado de otros elementos probatorios, como son las pruebas personales practicadas en el plenario, incluida la declaración del propio acusado, para comprobar y valorar si el documento entra, o no, en contradicción con ellas.

Esta valoración conjunta, o contrastada vulnera la prohibición consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valoración en casación de pruebas personales en contra del reo, por lo que el cauce casacional del art 849 2º de la Lecrim, no es utilizable en estos supuestos si lo que se pretende es que el Tribunal casacional dicte una nueva sentencia condenatoria, que solo podrá obtenerse por el cauce específico de la infracción de ley propiamente dicha, del núm. primero del art 849 de la Lecrim.

1.4.- Ahora bien, este supuesto es distinto al planteado en el presente recurso, en el que se pretende denunciar una interpretación absolutamente arbitraria de la prueba con vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y ello porque solo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia sea absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en aquel derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración del derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio.

Situación esta que implica la invocación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, dado que la estimación de un motivo por el art. 849.2 LECrim, como motivo por infracción de ley, no conduce a la devolución de la causa al tribunal de instancia, sino al dictado de segunda sentencia (art. 902 LECrim).

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional permite anular aquellas decisiones judiciales basadas en criterios no racionales, o apartados de toda lógica o ajenas a cualquier 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". Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se desestime la pretensión que se reclamaba del Tribunal. Pero no cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas 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 las sostenibles. La desviación frente a otras eventuales interpretaciones incluso más correctas o defendibles 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 dimensión nueva, se transforma en algo más: la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Desde esa óptica 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 es desde la que puede corregir sin invadir la legalidad ordinaria esas desviadas aplicaciones del derecho por infringir el art. 24.1 de la Constitución.

El derecho a la tutela tiene un contenido diverso y en lo que aquí interesa es el derecho a obtener una respuesta judicial razonable, fundada en derecho, que no se aparte del sistema ordinario de fuentes. La protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a la condena del imputado. Está fuera de dudas (SSTS 2586/2007, de 24 de abril y 1024/2007, 30 de noviembre) la capacidad de impugnación que asiste a la parte acusadora para reaccionar frente a una sentencia absolutoria que no acoja la pretensión formulada. El derecho a la tutela judicial efectiva extiende su ámbito de protección a todas las partes en el proceso. Sin embargo, cuando lo que se pretende es la revocación de un pronunciamiento absolutorio, esgrimir



el derecho a la presunción de inocencia supondría una verdadera alteración funcional de su genuina dimensión constitucional. Dicho en palabras de la STS 1257/2000, 14 de julio -ratificadas por la STS 372/2002, 28 de febrero-, darle la vuelta al principio de presunción de inocencia e invocarlo como un derecho fundamental de carácter abstracto e impersonal, que se esgrime ante resoluciones absolutorias o simplemente desfavorables a las que pretensiones de la acusación, rompe los esquemas del modelo constitucional y pretende extender, más allá de su ámbito estricto, un derecho fundamental que sólo puede tener virtualidad concebido desde la perspectiva procesal de la persona individual y física a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo.

Por ello no es admisible la invocación de lo que ha venido en llamarse "presunción de inocencia invertida", es decir, un control en casación de una injustamente errónea aplicación de ese derecho fundamental que conduce a una sentencia absolutoria. El recurso de casación, se dice en la STS 1043/2012, de 21-11, por infracción de derechos fundamentales no es "reversible". El legislador solo ha querido abrir las puertas del recurso a la vulneración de un precepto constitucional, consistente en una aplicación de la ley que violenta el contenido de la norma. Cuando se aplica indebidamente una norma constitucional otorgándole un alcance mayor del que se derivaría de su cabal entendimiento no existirá vulneración de un precepto constitucional. La decisión solo será fiscalizable si ese exceso es controlable por otra vía casacional (o, por la misma - art. 852- si el exceso implica vulneración de otra norma constitucional). Desde esta perspectiva la casación ex art. 852 por vulneración de un derecho fundamental presenta cierta simetría con el recurso de amparo constitucional erigiéndose en la protección ante la jurisdicción ordinaria prevista en el art. 53 CE. Titular de la presunción de inocencia es el sujeto pasivo del proceso penal. Las partes acusadoras no gozan de un derecho fundamental, basado en la misma norma, consistente en que no se confiera a la presunción de inocencia una amplitud desmesurada, o a que se condene siempre que exista prueba de cargo practicada con todas las garantías susceptible de ser considerada "suficiente" para lograr la convicción de culpabilidad (SSTS 1273/2000 de 14 de julio, 577/2005 de 4 de mayo, 1022/2007 de 5 de diciembre entre otras). Por definición las partes acusadoras carecen de legitimación para invocar la presunción de inocencia. No existe un reverso de ese derecho fundamental. Las discrepancias contra la sentencia absolutoria habrán de buscar otro agarradero casacional.

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

También la jurisprudencia constitucional ha reafirmado tal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia. Como razonaba la STC 141/2006, 8 de mayo, que consideraba el derecho a la presunción de inocencia como la principal manifestación constitucional de la especial necesidad de proteger a la persona frente a una reacción estatal sancionadora injustificada. Este derecho sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura (STC 56/1982, de 26 de julio), constituyendo "uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal" (SSTC 138/1992, de 13 de octubre; 133/1995, de 25 de septiembre), "por cuanto beneficia únicamente al acusado y le otorga toda una serie de garantías específicas en cada estadio de desarrollo del proceso" (STS 41/1007, de 10 de marzo)". Al igual que no existe "un principio de legalidad invertido", que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurren sus presupuestos legales (STC 41/1997, F.4), "tampoco existe una especie de "derecho a la presunción de inocencia invertido", de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas" (STC 141/2006, F. 3) o que demande la nulidad del relato fáctico de signo absolutorio porque el mismo sea consecuente a una valoración judicial carente de intermediación. Que el debate procesal deba desarrollarse en condiciones de igualdad, de modo que todos los intervinientes tengan plena capacidad de alegación y prueba (SSTC 138/1999, de 22 de julio F4; 178/2001, de 17 de septiembre, F.3), y que por ello tanto acusador como acusado ostenten esta misma garantía, no comporta, en fin, por lo ya señalado, que sean iguales en garantías, pues si son iguales los intereses que arriesgan en el proceso penal ni el mismo es prioritariamente un mecanismo de solución de un conflicto entre ambos, sino un mecanismo para la administración del ius puniendi del Estado, en el que "el ejercicio de la potestad punitiva constituye el objeto mismo del proceso" (SSTC 41/1997, F.5; 285/2005, de 7 de noviembre F.4).

Otra cosa es enfocar la impugnación desde el prisma de la tutela judicial efectiva pero con ese preciso contenido que no puede expansionarse hasta abarcar todas las discrepancias sobre valoración de la prueba o aplicación del derecho, sino limitarse a corregir aquellas decisiones que por su irrazonabilidad supongan no solo un quebranto de la legalidad o de máximas de experiencia o aplicación de discutibles criterios de valoración, sino una efectiva erosión del derecho a la tutela judicial efectiva. Solo cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación, introduzca una motivación extravagante o irracional o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva. Como



se ha sugerido antes, y conviene insistir en ello, la invocación de la presunción de inocencia no blindará frente a cualquier impugnación. Siempre a través del derecho a la tutela judicial efectiva, y aunque con esas limitaciones destacadas, deberá capitular una arbitraria aplicación de la presunción de inocencia. Y no son insólitos fundados y razonados pronunciamientos por esa vía (vid. STS 548/2009, de 1 de junio, o supuesto analizado por STC (69/2004, de 6 de octubre).

En este sentido, la STS 679/2018, de 20-12, recordó que "también ha advertido esta Sala que no se puede reconvertir el recurso a la tutela judicial efectiva en un motivo casacional de presunción de inocencia invertida, que coloque a este derecho fundamental al servicio de las acusaciones públicas o privadas, en perjuicio de los ciudadanos acusados para quienes se ha establecido constitucionalmente como cimiento básico de todo nuestro sistema penal de justicia."

1.5.- Otra precisión se hace necesaria: el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias.

Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación distinta de la que exige un pronunciamiento condenatorio, pues en estas últimas es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la superación de la presunción de inocencia. Como se decía en la STS nº 1547/2005, de 7 de diciembre, la necesidad de motivar las sentencias se refiere también a las absolutorias, "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.

Esta idea ha sido expresada en otras ocasiones por la Sala Segunda. Así, se decía en la STS núm. 2051/2002, de 11 de diciembre, que "las sentencias absolutorias también han de cumplir con la exigencia constitucional y legal de ser motivadas (art. 120.3 CE, 248.3º de la LOPJ y 142 de la LECrim), aunque no se puede requerir la misma especie de motivación para razonar y fundar un juicio de culpabilidad que para razonar y fundar lo contrario. El juicio de no culpabilidad o de inocencia es suficiente, por regla general, cuando se funda en la falta de convicción del Tribunal sobre el hecho o la participación del acusado. Como se dijo en la S. 186/1998 recordada por la 1045/1998 de 23 de septiembre y la 1258/2001, de 21 de junio "la necesidad de razonar la certeza incriminatoria a que haya llegado el Tribunal es una consecuencia no sólo del deber de motivación sino del derecho a la presunción de inocencia. No existiendo en la parte acusadora el derecho a que se declare la culpabilidad del acusado, su pretensión encuentra respuesta suficientemente razonada si el Tribunal se limita a decir que no considera probado que el acusado participase en el hecho que se relata, porque esto sólo significa que la duda inicial no ha sido sustituida por la necesaria certeza. Y es claro que basta la subsistencia de la duda para que no sea posible la emisión de un juicio de culpabilidad y sea forzosa, en consecuencia, la absolución".

Y también en la STS núm. 1232/2004, de 27 de octubre, se puede leer que "de otra parte, su exigencia [la de motivar] será, obviamente, distinta si la sentencia es condenatoria o absolutoria. En este supuesto, la motivación debe satisfacer la exigencia derivada de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 de la Constitución), en tanto que el órgano jurisdiccional debe señalar que en el ejercicio de su función no ha actuado de manera injustificada, sorprendente y absurda, en definitiva, arbitraria. En la sentencia condenatoria la motivación, además de este contenido, debe expresar las razones por las que entiende que el derecho fundamental a la presunción de inocencia ha sido enervado por una actividad probatoria tenida por prueba de cargo. En otras palabras, la motivación de la sentencia absolutoria se satisface en cuanto expresa una duda sobre los hechos de la acusación, porque la consecuencia de esa duda es la no enervación del derecho a la presunción de inocencia".

Estas afirmaciones, como entonces se advertía, deben ser, sin embargo, matizadas -como advierte la STS. 1005/2006 de 11.10-. Hay que tener en cuenta que aunque la absolución se justifica con la duda, la proscripción de la arbitrariedad exige que ésta sea razonable. No, por lo tanto, cualquier clase de duda. Por ello, para



entender suficientemente motivada una sentencia absolutoria es preciso que de la misma se desprenda con claridad el carácter racional o razonable de la duda sobre los hechos o sobre la participación del acusado.

1.6.- Por último, debemos recordar una síntesis de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que permiten delimitar nuestra capacidad de fiscalización de estas sentencias absolutorias.

El Tribunal Constitucional en materia de recursos de amparo contra sentencias absolutorias, (SSTC 45/2005 de 28.2, 145/2009 de 15.6, ha recordado que la víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas SSTC. 157/90 de 18.10, 199/96 de 3.12, 215/99 de 29.11, 168/2011 de 16.7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC. 120/2000 de 10.5). La función del TC se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el ius ut procedatur del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las Leyes en vigor reconocen. Supuesto este en que si es posible declarar la nulidad de la sentencia penal absolutoria al haber sido dictada en el seno de un proceso penal substanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso, respetando en él las garantías que le son consustanciales (SSTC. 215/99 de 29.11, 168/2001 de 16.7), o en fin, por poder incurrir la sentencia absolutoria en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, no satisfaciendo así las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (STC. 45/2005 de 8.2).

SEGUNDO.- Siendo así, en el caso que nos ocupa la sentencia recurrida (fundamento derecho 1º) analiza la prueba practicada. En primer lugar, la testifical del representante legal de la entidad querellante Costa Fermont SL, Roberto , quien explicó como alguien había manipulado la aplicación informática, cometiendo irregularidades consistentes en que numerosas facturas que estaban saldadas, por haber sido pagadas por los clientes y cuyo importe, según el programa, se había ingresado en caja, y en realidad tal ingreso no se había producido. Constatándose que la mayor parte de estas irregularidades correspondían a la ruta 3 que realizaba el acusado.

Asimismo valora las testificales de trabajadores de la empresa, como Ángel Jesús , administrativo de la empresa, que vio accesos informáticos realizados con su clave y su contraseña en el ordenador de la otra administrativa (Rafaela) o en el de la zona de pre-venta, que no recordaba haber dado a nadie su clave, Rafaela que confirmó que desde su ordenador se produjeron parte de los accesos indebidos, utilizando el nombre de usuario y contraseña de su compañero Ángel Jesús , y la jefa de administración Rosario , que explicó cómo se descubrió lo que había pasado y las gestiones realizadas en su averiguación.

Declaraciones de las que deduce la sentencia que la persona que llevó a cabo las manipulaciones informáticas en el programa de contabilidad, o bien conocía la clave de acceso a dicho programa, o bien poseía conocimientos informáticos muy avanzados que le permitieron burlar la seguridad del programa o bien contó con la colaboración de terceras personas que o conocían la clave o le ayudaron para entrar en él.

Igualmente, de lo declarado por estos testigos y de otros como el jefe de ventas, la limpiadora María Teresa -que declaró haber visto al acusado en alguna ocasión usando el ordenador de Rafaela - y el jefe de almacén -que era el único trabajador que tenía llaves de acceso- se deduce que el acusado entraba muy temprano en las instalaciones de la empresa, que tenía que esperar a que le abriera el jefe de almacén, y que poseía ciertos conocimientos informáticos.

Tiene en cuenta, además, la declaración del propio acusado, que negó tajantemente los hechos, que solo utilizaba el ordenador de la zona de pre-venta, que desconocía las claves de acceso al programa de contabilidad de la empresa, por lo que nunca accedió al mismo. Y explicó como al finalizar su jornada liquidaba las cuentas entregando a Ángel Jesús (o si éste no estaba, a Rafaela o a Rosario) el dinero que había cobrado, metido en un sobre. Negó haber utilizado el ordenador de Rafaela .

Seguidamente en el fundamento de derecho segundo analiza la prueba pericial practicada en el plenario del ingeniero informático Pablo Jesús , a instancias de la empresa perjudicada, quien ratificó el informe acompañado con la querrela y de cuyas conclusiones detallando las anomalías producidas en el control informático de las facturas cobradas, el tribunal manifiesta no dudar.

También hace referencia al informe pericial emitido por Argimiro , que ratificó en el plenario su dictamen (folios 1305 y ss actuaciones) en el sentido de que el importe total de las facturas injustamente defraudado -y que aparecen en el Anexo VIII del Informe del anterior perito-, ascendía a 360.194,78 €.

2.1.- A continuación, en el fundamento de derecho tercero, se plantea expresamente si esta prueba permite concluir, "con la certeza exigida por el derecho penal", que el acusado fue el autor de las manipulaciones informáticas y quien se apoderó de aquel dinero.



Así, señala como las acusaciones "basan su pretensión condenatoria en el hecho de que la gran mayoría de las facturas cobradas cuyo importe no se incorporó a la empresa (superior al 95%) correspondía a la ruta que tenía asignada el acusado; que hubo un testigo (María Teresa) que dijo que vio al Sr. Mariano usando el ordenador de Rafaela , pese a haberlo negado el mismo; que las manipulaciones cesaban durante los periodos en los que el acusado se encontraba de vacaciones; y que solo pudo ser él porque era el único que tenía conocimientos informáticos.

Frente a ello ha de indicarse, con carácter preliminar, que por más que el acusado pudiera tener ciertos conocimientos informáticos, como los testigos pusieron de manifiesto por ser la persona de la empresa que mejor se manejaba con los ordenadores, no consta que dichos conocimientos fueran superiores a los de un usuario medio. Además, no se explica la forma en la que pudo acceder al programa de contabilidad de la empresa sin tener la necesaria clave de acceso, o cómo pudo hacerse con el nombre de usuario y la contraseña del Sr. Ángel Jesús , administrativo de la sociedad, que fue la que usó la persona que accedió indebidamente al programa, y que manifestó en el acto del juicio que no recordaba haberlas proporcionado a nadie.

Por otro lado, en cuanto a la prueba pericial, no se ha realizado un informe económico que permita establecer de manera indubitada el descuadre existente entre las cantidades supuestamente cobradas por el acusado, y las efectivamente ingresadas en la caja de la empresa, ya que el dictamen realizado es de carácter informático que solo de manera indirecta, por los datos obtenidos en dicho programa, llega a la conclusión sostenida por las acusaciones.

Con relación a lo anterior, en el plenario solo declararon dos de los clientes de la empresa cuyas facturas se cobraron por el acusado y cuyo importe, supuestamente, no habría ingresado en la caja de la sociedad, tratándose de Elias y Ángeles , que dijeron que habían pagado todas sus facturas en efectivo.

En cuanto a la fecha en que se produjeron las manipulaciones, es ciertamente sospechoso que cesaran casi por completo cuando el acusado estaba de vacaciones, aunque no se sabe si otros trabajadores de la empresa (hipotéticos sujetos activos de la infracción) las tomaban en las mismas fechas.

En cuanto a la testigo María Teresa , limpiadora de profesión, ciertamente declaró en el plenario haber visto en alguna ocasión al acusado usando el ordenador de Rafaela , lo cual vendría a aumentar las sospechas existentes en su contra. Sin embargo, se constata que María Teresa no fue oída durante la tramitación de la causa, compareciendo por primera vez el día del juicio, celebrado bastantes años después del acaecimiento de los hechos, debido a lo cual la certeza de lo manifestado debe ser puesta en entredicho, al no haber puesto de manifiesto la denunciante en ningún momento anterior que pudiera aportar datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, en cuanto a la situación económica del acusado y su esposa, fallecida con posterioridad al inicio de las diligencias, no consta fehacientemente que los bienes de la pareja fuesen excesivos para su nivel de renta, o que el negocio de peluquería que aquella regentaba se hubiese montado o mantenido con dinero de procedencia ilícita, visto todo lo cual se ha de dictar una sentencia absolutoria".

2.2.- El meritorio esfuerzo argumental realizado por la recurrente tendría mayor espacio en otro marco procesal, pero en casación y sustentado por la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, no permiten desechar las argumentaciones de la sentencia recurrida.

Es cierto, tal como explicita la parte recurrente, que existen vehementes sospechas que pudieran apuntar a que fuese el acusado el autor de las manipulaciones y de la apropiación del dinero, pero debe entenderse que esas sospechas no alcanzan el valor de prueba inequívoca y concluyente que lleve a considerar que la conclusión de la sentencia recurrida sea absolutamente irracional e irrazonable y por tanto incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, que nos permita ir más allá en el examen que nos propone la recurrente.

TERCERO.- Desestimándose el recurso, procede condenar en costas 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

1º) Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **COSTA FERMONT SL (acusación particular)**, contra la sentencia nº 44/2020, de fecha 27 de enero de 2020, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Málaga, en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 1129/2018.

2º) Imponer las costas al recurrente.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.



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

Así se acuerda y firma.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García Vicente Magro Servet

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Ángel Luis Hurtado Adrián

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ