|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 146/1998 |
| Fecha | de 25 de junio de 1998 |
| Sala | Sección Tercera |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral y don Julio D. González Campos. |
| Núm. de registro | 1295-1998 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.295/1998 |
| Fallo | En virtud de lo anteriormente expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso de amparo formulado por don Mario Conde Conde y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 23 de marzo de 1998, el Procurador de los Tribunales don Antonio Andrés García Arribas, en nombre y representación de don Mario Conde Conde, bajo la dirección del Letrado don Juan Sánchez-Calero Guilarte, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998, dictada en el recurso de casación núm. 1.384/97 interpuesto contra Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 1997, en el procedimiento abreviado 165/93 seguido por los delitos de apropiación indebida y falsedad en documento mercantil.

2. 2 Los hechos relevantes para el examen de este recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) Entre los días 10 de julio y 2 de agosto de 1990, el recurrente, a la sazón Presidente del Consejo de Administración del Banco Español de Crédito (BANESTO), ordenó el pago por dicha entidad de una factura fechada el 11 de julio de 1990, extendida por Argentia Trust, por trabajos de carácter jurídico, financiero y de marketing por un valor de seiscientos millones de pesetas.

b) En el procedimiento seguido con ese motivo, la Audiencia Nacional dictó Sentencia el 20 de marzo de 1997, condenando al recurrente como autor de un delito de apropiación indebida en concurso ideal con un delito de falsedad en documento mercantil a las penas de seis años de prisión, de doce meses de multa (con una cuota diaria de 50.000 pesetas), a la accesoria de inhabilitación especial para ejercer funciones de administración en entidades financieras durante el tiempo de la condena; así como a indemnizar a BANESTO en la cantidad de seiscientos millones de pesetas y al pago de las costas.

c) Contra la citada Sentencia se interpuso recurso de casación por los siguientes motivos: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de remisión de una nueva comisión rogatoria a las autoridades judiciales suizas; por lesión del derecho a la presunción de inocencia derivada de las condenas por apropiación indebida y por falsedad en documento mercantil; por aplicación indebida del delito de apropiación indebida (art. 535 del C.P. de 1973 y art. 252 del C.P. de 1995) y del delito de falsedad en documento mercantil (arts. 303 y 302.9.º del C.P. de 1973 y arts. 392 y 390.1.2.º del C.P. de 1995); y -subsidiariamente- por inaplicación del delito de administración desleal o fraudulenta del art. 295 del C.P. de 1995.

d) La Sala Segunda del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación (anulando la condena por el delito de falsedad) y condenó al demandante de amparo por un delito de apropiación indebida a las penas de cuatro años y seis meses de prisión, multa de diez meses (con una cuota diaria de 50.000 pesetas), y a la accesoria de inhabilitación especial para ejercer funciones de administración en entidades financieras durante el tiempo de duración de la pena; y asimismo a que indemnizara a BANESTO en la cantidad de seiscientos millones de pesetas, y al pago de las costas causadas en la instancia

La Sentencia contiene un Voto particular formulado por el Magistrado señor Puerta Luis, fechado el 27 de febrero de 1998, en el que se muestra favorable a la desestimación del motivo quinto del recurso y a la confirmación de la condena por el delito de falsedad. en documento mercantil

3. En el petitum de la demanda se solicita la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas, con retroacción de las actuaciones al trámite probatorio anterior a que se dictara la Sentencia de instancia. En el primer otrosí se pide la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada con ofrecimiento de prestar fianza o cumplir otras medidas cautelares, razonándose extensamente que en el caso de condenas penales la regía es la suspensión, especialmente cuando se trata de penas privativas de libertad inferiores a los cinco años, como es el caso. En el segundo otrosí se pide que, en virtud de lo dispuesto en el art. 55.2 de la LOTC, la Sala eleve la cuestión al Pleno acerca de la constitucionalidad del art. 8, 4.ª del Código Penal de 1995. En el recurso se alegan los cuatro motivos siguientes:

a) El primer motivo denuncia la vulneración del derecho a la tutela Judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 C.E., por incurrir la Sentencia del Tribunal Supremo en incongruencia y reformatio in peius, con resultado de indefensión. La Sentencia de la Audiencia Nacional condena al recurrente por el delito de apropiación indebida, entendiendo que concurre la modalidad de apropiarse de los fondos, sobre la base de presunciones, al afirmar que «esa práctica, denominada por algunos ingeniería financiera no es más que una añagaza similar en cuanto a sus resultados al que se apodera de 600.000.000 de pesetas de la caja de un banco, de la que tiene llave por ser Administrador y se los lleva a su bolsillo. Aquí no toma él dinero materialmente, pero lo pone a buen recaudo a su disposición». Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo condena no por «apropiarse» de los fondos, sino por distraerlos o no dar cuenta de los mismos. Ello sitúa al recurrente en indefensión, ya que éste acudió a la casación con una defensa basada en la condena de la Audiencia por apropiarse y de modo sorpresivo el Tribunal Supremo afirma que la Audiencia no quería decir apropiarse sino distraer. Con apoyo en la doctrina este Tribunal, el recurrente entiende que se ha incurrido en el vicio de la reformatio in peius, y en el de incongruencia, lo que supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

b) El segundo motivo aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, bien por ausencia de motivación bien porque la motivación empleada por la Sentencia de casación es irrazonable en cuanto a la selección de las normas que ha aplicado a los hechos. Dentro de este motivo genérico se distinguen vanas quejas.

En primer lugar se denuncia que la calificación de apropiación indebida -con su correspondiente pena- es arbitraria e irrazonable, siendo lo correcto calificar los hechos como administración desleal. Según la representación del recurrente, el Tribunal Supremo entiende que hay un concurso aparente de leyes, un solapamiento de preceptos, de modo que la conducta es subsumible tanto en el delito de la apropiación Indebida (art. 535 del Código Penal de 1973, que se corresponde con el art. 252 del Código Penal de 1995) como en el delito de administración desleal (art. 295 del Código Penal de 1995). Para resolver este conflicto utiliza la regla 4. a del art. 8 del C.P. vigente, en virtud de la cual la Sentencia de casación entiende que hay una relación de alternatividad entre las dos normas -es decir que el hecho enjuiciado es subsumible do forma completa tanto en un precepto como en otro- y resuelve el conflicto aparente mediante el criterio del mayor rigor punitivo, condenando finalmente por el delito de apropiación indebida a una pena de cuatro años y seis meses de prisión, además de la de multa. Pues bien el recurrente estima que la aplicación del art. 8, 4.1 carece de motivación y además es incorrecta, porque en el presente caso no se produce una relación de alternatividad sino de especialidad (art. 8, 1ª, C.P. de 1995), que conduciría a la aplicación del delito de administración desleal que es castigado bien con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, bien con la pena de multa del tanto al triplo del beneficio obtenido. Esta pretensión fue objeto del sexto motivo del recurso de casación al que se adhirió en su momento el representante del Ministerio Fiscal.

Según la demanda no existe una relación de alternatividad. En primer lugar porque el art. 8 del Código Penal de 1995 presupone para que sea aplicado que surja un conflicto entre «dos o más preceptos de este Código», cuando aquí confluyen normas del Código Penal de 1973 -bajo cuya vigencia ocurrieron los hechos- y normas del Código Penal de 1995; en segundo lugar, porque se aplica el art. 8, 4.º del C.P. de 1995, cuando la propia regla de alternatividad expresa que es utilizable «en defecto de los criterios anteriores», lo que implica una cierta jerarquía entre las diferentes reglas del art. 8, de modo que resultan preferentes las demás y residual la aplicada; en tercer lugar, y a consecuencia de esto mismo porque la relación existente entre los dos preceptos es la de especialidad, de modo que el delito de administración desleal del art. 295 del C.P. de 1995 es especial y preferente frente al genérico de apropiación indebida del art. 535 del C.P. (le 1973.

El recurrente entiende que también resulta preferente la aplicación del delito de administración fraudulenta en virtud del principio de aplicación de la ley posterior más beneficiosa.

Dentro de este segundo motivo se hacen también las siguientes consideraciones que dan lugar a la vulneración derecho a la tutela judicial efectiva. En primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Nacional hace atrevidas valoraciones sobre los mecanismos financieros empleados por BANESTO, calificándolos como «Ingeniería financiera» o «añagazas», cuando realmente son operaciones mercantiles perfectamente legítimas; en definitiva, la Sentencia de instancia considera delito lo que no entiende o no conoce. En segundo lugar, ambas Sentencias -la de instancia y la de casación- califican el pago de los seiscientos millones como «clandestino» o «subrepticio», lo que contradice el relato de hechos probados, conforme al cual se siguen todos los pasos necesarios para efectuar el pago. En tercer lugar, ambas Sentencias carecen de motivación en cuanto a la apreciación de la circunstancia cualificativa de «especial gravedad», que da lugar a una pena de prisión más grave que la del tipo básico. Los órganos judiciales no han tenido en cuenta diversos datos para valorar la especial gravedad, como por ejemplo que el supuesto perjudicado -BANESTO- no ha emprendido acciones en este procedimiento y es además una entidad con una elevada capacidad económica; tampoco se ha considerado que con el pago efectuado a Argentia Trust se concedieron a BANESTO las exenciones fiscales perseguidas ni que don Mario Conde Conde tenía además el mayor número de acciones de esta entidad, con lo que inexplicablemente seria al mismo tiempo autor y víctima finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo incurre en la contradicción de, por un lado, dar por buena la declaración del testigo señor Reuchlin en cuanto al reconocimiento de la firma de la factura, lo que da lugar a la absolución respecto a la acusación de falsedad; pero, por otro lado, no se le otorga credibilidad a dicho testimonio en cuanto a la veracidad de los servicios prestados por Argentia a cambio de los fondos recibidos por ésta; si este testimonio es creíble, debería haberse pronunciado una absolución total, que también comprendiera la acusación de apropiación indebida.

c) En el tercer motivo de la demanda se denuncia la violación del derecho a un proceso con todas las Garantías. garantizado en el art. 24.2 C.E., por infracción del principio acusatorio. Se reiteran aquí razonamientos ya expuestos en el motivo primero. Según la representación del recurrente, el principio acusatorio rige en todas las instancias del proceso pena] y, por tanto, también en la de casación. El Tribunal Supremo sobrepasa los limites del principio acusatorio por cuanto el Ministerio Fiscal apoyó el sexto motivo del recurso de casación (infracción de ley por inaplicación del art. 295 del C.P. de 1995, relativo al delito de administración desleal), lo que implica una delimitación de la acusación, que no fue tenida en cuenta por el órgano judicial. De esta manera, el Tribunal Supremo ha asumido una función acusadora que no le compete y ha efectuado una reforma peyorativa en un triple sentido: porque aplica el tipo de apropiación indebida y no el de administración desleal, siendo aquél más grave; porque aplica el art. 252 del C.P. de 1995 que es más perjudicial que el art. 535 del C.P. de 1973; y porque aplica la pena del art. 252 del nuevo C.P. en su mitad superior. Todo ello sin motivación y sin solicitud del Ministerio Fiscal. Aunque la modificación sólo haya recaído sobre la calificación jurídica ello afecta al principio acusatorio, pues como ha indicado el Tribunal Constitucional el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica (SSTC 12/1981, 95/1995; 225/1997).

d) El cuarto motivo se centra en la lesión del derecho a la presunción de inocencia previsto en el art. 24.2 C.E., por no haber acreditado ambas resoluciones impugnadas ni el hecho ni la participación en el mismo de don Marlo Conde Conde. Varias son las razones según el recurrente que determinan esta vulneración. En primer lugar, los órganos judiciales han dirigido la actividad y valoración probatorias hacia el delito de apropiación indebida, pero no hacía el delito de administración desleal del art. 295 del nuevo C.P:, cuando esta última era la calificación correcta. Se denuncia, en segundo término, que la condena se ha sostenido sobre la prueba de indicios, cuando se pudo practicar prueba directa y no se hizo.

Pero los mayores esfuerzos argumentales de la demanda se dedican a denunciar que la prueba de indicios infringe todas las exigencias de la doctrina constitucional al respecto, puesto que se trata de un «manejo caprichoso, arbitrario e irracional de los datos», añadiéndose que «se interpreta de modo arbitrario una serie de indicios inconexos, empleados de modo sesgado y descontextualizado. No se practicó prueba que contrarrestar, por lo que no existe para el acusado un deber de defenderse de acusaciones que no tienen fundamento fáctico ni probatorio». Tampoco se acredita la concurrencia de los elementos típicos del delito aplicado, el de apropiación indebida; en particular, se destaca que no se acredita la apropiación de los fondos por parte de don Mario Conde, ya que aunque se libró, a instancia del Ministerio Fiscal, una comisión rogatoria a Suiza para determinar el destino de los fondos transferidos a Argentia Trust, se devolvió incorrectamente tramitada, y no se libró una nueva, lo que hubiera redundado en beneficio del acusado. Tampoco se acredita la distracción de fondos, en el sentido de disponer de los mismos para un fin distinto, ni el perjuicio para BANESTO, ni siquiera el dolo, ya que el pago no fue subrepticio ni clandestino, pues pasó por todos los controles y filtros. Además, la prueba de indicios exige constitucionalmente que tales indicios o hechos base estén totalmente probados, lo que no ocurre en el presente caso.

Por último. se ha infringido el deber de efectuar una valoración conjunta de los medios de prueba, pues no se han tenido en cuenta pruebas directas exculpatorias. Tampoco se valoran los contraindicios o indicios de descargo (como la tramitación del pago de los fondos). E incluso resulta arbitrario que el Tribunal Supremo no considere válidos los indicios para condenar por falsedad, pero sí para condenar por apropiación indebida. Aunque es cierto -dice el recurrente- que el Tribunal Constitucional no es competente para examinar la valoración de la prueba, sí lo es para conocer acerca de la suficiencia de la actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías

4. Mediante providencia de 18 de mayo de 1998, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con el art. 50.3 de la LOTC, conceder al demandante de amparo y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que procediesen, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con la causa de inadmisión del art. 50.1 c) de la citada Ley: carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

5. La representación del recurrente cumplió el trámite mediante la presentación de su escrito de alegaciones registrado en este Tribunal el 30 de mayo de 1998. Con apoyo en el ATC 52/1980 y en la doctrina científica, se señala que la carencia de contenido -a la que se refiere la providencia antes indicada- ha de ser manifiesta, es decir, patente, clara y notoria, por lo que no procederá apreciar esta causa de inadmisión de la demanda si existen dudas en cuanto a las vulneraciones denunciadas. Los argumentos contenidos en la demanda no pueden ser desechados prima facie, ya que no carecen de trascendencia sino que requieren la intervención del Tribunal Constitucional. Tras repasar los motivos de amparo formulados en la demanda, insiste en que cada uno de ellos tiene contenido constitucional, reiterando la solicitud de admisión a trámite del recurso.

6. Por su parte, el Ministerio Fiscal ante este Tribunal presentó sus alegaciones con fecha de registro de 2 de junio de 1998. En ellas solicita que se dicte Auto de inadmisión de la demanda, por estimar que los motivos invocados en la misma carecen manifiestamente de contenido constitucional, sin que requieran un pronunciamiento de fondo. El representante del Ministerio público resume los motivos del recurso y lamenta no disponer del conjunto de las actuaciones, para efectuar un análisis más exhaustivo de los mismos.

Con referencia al motivo que denuncia la lesión del derecho a la presunción de inocencia, cuyo examen antepone a los restantes, el Fiscal estima que debe ser inadmitido a limine. La disposición de los seiscientos millones por orden del señor Conde es un hecho cierto, constatado y además reconocido por él mismo. Ambas Sentencias, de instancia y de casación, han descrito, de forma lógica y sin incurrir en arbitrariedades, el conjunto de indicios que se consideran acreditados, por lo que no cabe decir que no se haya desplegado una mínima actividad probatoria ejecutada en el plenario, de modo que la presunción interina de inocencia ha quedado desvirtuada por dicha actividad, producida bajo la inmediación judicial. Por otro lado, el esfuerzo desplegado por el recurrente pone más bien de relieve que lo que verdaderamente pretende es una revisión de la valoración de la prueba llevada a cabo par los órganos judiciales, circunstancia esta que, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, escapa del ámbito competencial del mismo, pues no constituye una tercera instancia revisora de lo declarado probado por la jurisdicción.

Según el Ministerio Fiscal procede asimismo inadmitir a trámite el motivo relativo a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en la manifestación que prohibe la incongruencia. En la Sentencia de instancia se condenó al señor Conde no por haberse «apropiado» de los seiscientos millones, sino «porque dispuso de bienes del Banco que le correspondía administrar, sin dar una respuesta apropiada y coherente sobre su uso». Es el propio condenado el que en el motivo cuarto del recurso de casación introduce en el debate procesal la cuestión de que no se había apropiado del dinero, y es a esta cuestión a la que contesta la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y lo hace con argumentos de legalidad ordinaria -cuyo acierto no entra a valorar el Fiscal-, llegando la Sala a la conclusión de que la apropiación y la distracción eran modalidades de un mismo tipo penal, el relativo a la apropiación indebida del art. 535 del C.P. de 1973. En consecuencia, el Tribunal Supremo ni introduce hechos nuevos, ni altera el objeto de la pretensión o los términos del debate. En el fondo de este motivo subyace en realidad un planteamiento de estricta legalidad ordinaria acerca de la delimitación y ámbito del delito de apropiación indebida, que corresponde en exclusiva a la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el ejercicio de su potestad como máximo órgano jurisdiccional en la interpretación de los preceptos penales (SSTC 148/1994, 117/1996, 58/1997, entre otras). Para el representante del Ministerio Fiscal también se trata de un asunto de legalidad ordinaria la pretendida falta de motivación en cuanto a la apreciación del subtipo cualificado de la apropiación indebida por «especial gravedad» (art. 252 en relación con el art. 250.1.6.º del C.P. de 1995), tema este que ambos Tribunales han resuelto con estricto respeto a la doctrina jurisprudencial en vigor. Además este argumento se invoca per saltum en el recurso de amparo, ya que no fue articulado en el recurso de casación, impidiendo así que la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronunciara sobre el mismo.

El Fiscal se ocupa a continuación del motivo que aduce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por incurrir las resoluciones impugnadas en una motivación arbitraria respecto a la aplicación de la figura delictiva de la apropiación indebida y la correlativa inaplicación de la norma que castiga la administración desleal. Según su criterio, el motivo merece la inadmisión a trámite por carecer de contenido constitucional. El razonamiento esgrimido por el recurrente es de mera legalidad ordinaria, pues con independencia de que las dos resoluciones impugnadas hayan acertado o no en la selección de la norma y en la subsunción en ella de la conducta enjuiciada - competencia esta estrictamente jurisdiccional-, es lo cierto que, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no exige el acierto del pronunciamiento realizado por un órgano judicial, salvo que hubiere resultado infundado, arbitrario o incurso en error patente (SSTC 24/1994, 5/1995, 47/1995, 68/1998). De los fundamentos de ambas resoluciones no se desprenden ninguno de estos vicios; por el contrario, los dos órganos judiciales siguen el criterio jurisprudencial uniformemente establecido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Desde la perspectiva de legalidad ordinaria el Fiscal apunta que la figura de la administración desleal contemplada en el art. 295 del C.P. de 1995 será de difícil aplicación al supuesto de autos, habida cuenta de que la misma requiere la existencia de un perjuicio «directo» para los demás socios de la entidad, mientras que en el presente caso el perjuicio directo, sería para BANESTO como tal.

El representante del Ministerio Público propone asimismo la inadmisión a trámite del motivo que alega la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías por infracción del principio acusatorio. A su entender, es aplicable a este caso la doctrina contenida en el ATC 250/1994, con la única salvedad de que en el supuesto que ahora se examina el Fiscal ante el Tribunal Supremo mostró su apoyo al sexto de los motivos de casación del recurrentes tanto en el trámite de instrucción del art. 882 de la L.E.Crim. como en la diligencia de vista oral del recurso que se llevó a efecto posteriormente. En el referido ATC 250/1994 se indica que frente a una Sentencia condenatoria el recurso de casación opera dentro de un marco reducido, por estar conceptuado como medio impugnativo extraordinario destinado exclusivamente al examen de la corrección jurídica de la Sentencia que se impugna. sin que sea posible modificar los hechos que se declaran probados en la misma, salvo el supuesto excepcional del art. 849, 2.º de la L.E.Crim., agregando que «el juego del principio acusatorio exige únicamente que se respeten los derechos a conocer la acusación (art. 24.2) y a no sufrir indefensión (art. 24. 1) y que no se vulnere la prohibición de la reformatio in peius, con el fin de evitar condenas sorpresivas por hechos frente a los que el condenado no ha tenido ocasión de defenderse»; la misma resolución añade que «los límites que la naturaleza del recurso de casación Impone excluyen la posibilidad de retirar la acusación, lo que significa que el Ministerio Fiscal no está facultado para adoptar tal postura procesal que ni ha ejercitado ni puede equipararse [ ... 1 a la adhesión al recurso». Sobre la base de esta doctrina, el Ministerio Fiscal sostiene que en el presente caso no se ha producido la denunciada vulneración del principio acusatorio ni se le ha provocado al recurrente indefensión. Éste no sólo se opuso en la instancia a la acusación formulada por el Ministerio Fiscal, ejercitando su derecho de defensa, sino que desplegó cuantos resortes procesales le confiere la ley para impugnar una Sentencia condenatoria, y expuso sus argumentos exculpatorios tanto en el escrito de interposición del recurso de casación como en el acto de la vista oral del mismo. El apoyo del Fiscal del Tribunal Supremo al sexto de los motivos de casación no dio lugar a que la asistencia letrada del señor Conde renunciara a exponer los argumentos para fundamentar el motivo en cuestión, ni el criterio del Fiscal era vinculante para la Sala Segunda del Tribunal Supremo en cuanto al análisis del motivo y al pronunciamiento sobre el mismo.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente recurso de amparo se invoca la vulneración de derechos fundamentales reconocidas todos ellos en él art. 24 de la Constitución y a esta perspectiva de examen hemos de atenemos. Las cuatro quejas formuladas contra las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1998 -la de casación y la segunda Sentencia-, así como contra la de instancia dictada por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, tienen apoyo en este precepto constitucional que, a juicio del recurrente, se ha quebrantado en los siguientes extremos: a) vulneración del principio de congruencia generadora de indefensión; b) infracción del principio de motivación de las resoluciones judiciales con resultado de indefensión; c) lesión del principio acusatorio; y d) quebranto del derecho a la presunción de inocencia.

Pero antes de examinar cada una de estas quejas por el orden en que han s Ido denunciadas, resulta conveniente adelantar una consideración esencial sobre el significado del recurso de amparo. Éste no está diseñado como una tercera instancia destinada a la revisión de la calificación jurídica decidida por los órganos judiciales, sino como un remedio para restablecer los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. La demanda que nos ocupa condena en ocasiones la idea de que el recurrente fue condenado incorrectamente por un delito de apropiación indebida, en lugar de sólo por un delito de administración fraudulenta. Tal estrategia defensiva, aún siendo legítima en sí misma, desconoce que, como hemos dicho, el recurso de amparo no puede servir para aplicar normas panales e imponer condenas, sino únicamente para anular aquellas resoluciones judiciales que, al aplicar tales normas, hayan conculcado de modo inmediato y directo [art. 441 b) LOTC] un derecho fundamental.

2. El primer lugar se denuncia el vicio de incongruencia. Al respecto es doctrina reiterada de este Tribunal que la correlación objetiva entre acusación y fallo constituye una de las garantías principales del proceso penal (SSTC 105/1983, 54/1985, 84/1985, 104/1985, 134/1986, 103/1986, 20/1987, 57/1987, 17/1988, 18/1989, 168/1990, 186/1990, 182/199l), derivada a !os derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con las debidas garantías (SSTC 168/1990, 182/1991). Tal exigencia de correlación implica distinguir claramente cuestiones (especialmente STC 134/1986): la identidad del hecho y la calificación jurídica del mismo. El hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena han de permanecer inalterables, de modo que exista identidad del hecho punible. En cambio, no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia, siendo irrelevante el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o interés protegido.

En atención a la anterior doctrina, esta queja carece de contenido constitucional. Si el Ministerio Fiscal formuló la acusación de que el hecho cometido por el recurrente constituía el delito de apropiación indebida, no existe incongruencia al calificar la Audiencia Nacional el hecho como una apropiación en tanto que el Tribunal Supremo lo califica como una «distracción», puesto que ambas modalidades de conducta son típicas y están previstas tanto en el art. 535 del C.P. de 1973 como en el art. 252 del C.P. vigente, relativos los dos al delito de apropiación indebida. No se han modificado, pues, ni los hechos -cosa que el recurrente no discute- ni la calificación jurídica de los mismos, ya que lo decisivo en este caso es que el numen iuris delictivo sigue siendo el mismo, sin que haya existido variación a este respecto desde el primer escrito de acusación del Ministerio Fiscal hasta la condena pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. No hay, pues, homogeneidad delictiva, sino identidad delictiva entre la acusación y la condena. La Asistencia letrada del recurrente ha gozado de la oportunidad de contra-argumentar frente a la acusación formulada, tanto en la instancia como en el recurso de casación, y en consecuencia no ha resultado infringido el principio acusatorio.

A mayor abundamiento, la queja incurre en la causa de inadmisión de no haber sido agotados todos los recursos utilizables en vía judicial. De conformidad con la nueva redacción del art. 240.3 de la L.O.P.J. (introducida por la L.O. 5/1997, de 4 de diciembre) hubiera sido procedente intentar el remedio procesal de la nulidad de actuaciones, al cumplirse los requisitos exigidos por dicho precepto, lo que no ha sido observado en el presente caso.

3. La segunda queja del recurso de amparo hace referencia a la falta de motivación de las resoluciones impugnadas «con resultado de indefensión». El recurrente invoca a estos efectos el derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el art. 24.1 de la C.E., y al ser ésta la perspectiva elegida, debemos atenemos a ella en el enjuiciamiento de las decisiones judiciales impugnadas. Es cierto que el derecho fundamental indicado garantiza la obtención de una resolución motivada y razonada en Derecho sobre la pretensión ejercitada, al objeto de contrastar su razonabilidad y permitir su eventual impugnación, pero el mismo no protege el acierto en la interpretación de la legalidad ordinaria (por todas, STC 146/1997), ni comprende como derecho fundamental la correcta subsunción de un supuesto de hecho en las normas por parte de los órganos judiciales.

Es evidente que las resoluciones judiciales impugnadas están motivadas en cuanto a las pretensiones y alegaciones de fondo formuladas. En la propia demanda se transcribe parcialmente el fundamento de Derecho octavo de la Sentencia de casación, en el que, como indica el recurrente, se contiene la explicación de por qué no se estima admisible la aplicación del delito de administración fraudulenta o desleal del art. 295 del C.P. vigente, sobre la base del art. 8, 4.ª del mismo cuerpo legal. Y a continuación este mismo fundamento se extiende a razonar «la corrección técnica de la operación subsumidora del hecho enjuiciado en el delito de apropiación indebida». Por lo demás, no se aprecian los concretos defectos de motivación denunciados, pues no existe contradicción entre el relato de hechos probados y los fundamentos de Derecho, ni se aprecia error patente alguno en los mismos.

Lo que el recurrente denomina «falta de motivación con resultado de indefensión» no es más que su explicada y explicable discrepancia con la interpretación sustentada por el Tribunal Supremo. El actor de amparo pretende que el hecho sea calificado penalmente como un delito de administración desleal, sobre la base de que es prioritario el criterio de especialidad y de que vendría exigido por la retroactividad favorable al reo. La pretensión básica no es atendible en esta sede constitucional pues, como ya se ha indicado, el recurso de amparo no representa una tercera instancia, sino que sirve exclusivamente para presentar o restablecer los derechos fundamentales. Por lo que se refiere a si es prioritario el criterio de la especialidad o de la alternatividad, es éste un tema que no se deriva en absoluto del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que, como queda dicho, éste no garantiza el acierto de las resoluciones judiciales. El criterio legislativo del mayor rigor punitivo con el que se resuelven las relaciones de alternatividad en los supuestos de concursos aparentes de normas, previsto en el art. 8, 4 a del C.P. de 1995, se fundamenta en la idea de que si es posible calificar un mismo hecho según dos normas, ello implica que tal hecho infringe también la más grave de ellas, y por lo tanto cabe optar por el castigo previsto en ésta. Ahora bien, que el criterio legislativo para resolver los conflictos normativos caracterizados por la alternatividad deba ser éste o el contrario consistente en seleccionar la calificación más favorable, es una opción que corresponde al legislador. Por lo que se refiere al principio de retroactividad favorable al reo, hay que advertir que no está comprendido en el art. 24.1 C.E., sino en el art. 9.3 por lo que no puede ser tutelado a través de ese cauce. Y en cuanto a la apreciación de la circunstancia cualificativa de especial gravedad está fundamentada escuetamente en ambas resoluciones en la entidad del perjuicio causado, lo que supone la desestimación tácita de las alegaciones en sentido contrario del recurrente, que es legitimo desde la perspectiva constitucional (SSTC 20/1982, 175/1990, 198/1990, 88/1992, 16311992, 226/1992, 101/1993,169/1994, 91/1995, 143/1995, 58/1996).

En definitiva, es necesario reiterar una vez más nuestra jurisprudencia en orden a la interpretación y aplicación de las normas penales por los órganos judiciales, que se recuerda así en el reciente Auto de 18 de junio de 1998, dictado en el recurso de amparo núm. 5.067/97: «este Tribunal no puede determinar cuál de las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, oportuna o adecuada, ni qué concreta política criminal debe orientar esa selección. Nuestro papel como jurisdicción de amparo se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, por la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan».

4. El principio acusatorio no puede entenderse vulnerado, como se sostiene en el recurso de amparo, por el hecho de que el Tribunal Supremo haya desestimado un motivo de casación del recurso interpuesto por el condenado, aunque se haya adherido al mismo el Ministerio Fiscal. Es doctrina reiterada de este Tribunal que ha de garantizarse la acusación, contradicción y defensa no sólo en el juicio de primera instancia, sino también en la fase de recurso, donde igualmente ha de existir una acusación formulada contra una persona determinada, pues no hay posibilidad de condena sin acusación (SSTC 104/1986, 163/1986, 53/1987, 168/1990, 283/1993, 230/1997; ATC 327/1993). Ahora bien, como ya se dejó sentado en la STC 283/1993 y en el ATC 327/1993, cuando sólo el condenado es recurrente y el Ministerio Fiscal se adhiere a un motivo del recurso de casación, en el que se solicita la apreciación de la atenuación de la pena, «el Juez, que evidentemente no podrá agravar la condena por falta de acusación, no puede quedar privado de la facultad de desestimar el recurso si la Sentencia, pese a lo alegado en segunda instancia, se ajusta a Derecho, porque evidentemente ello no excede de los términos del debate ni significa una extensión de los poderes de actuación de oficio del Juez en favor de una parte, ni priva al recurrente del conocimiento de los términos de la acusación». Es decir, que no hay infracción del principio acusatorio cuando se desestima el recurso del condenado -con la adhesión de la Acusación Pública- y se confirma plenamente la Sentencia de instancia. De prevalecer el criterio contrario, sustentado por el actor de amparo, se desconocería el significado del recurso de casación, pues quedaría en manos del Ministerio Fiscal y no en las de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la estimación o desestimación de los motivos de casación concernientes a la calificación de los hechos y a la subsunción de los mismos en el precepto penal que en la instancia se haya estimado aplicable y que, entonces sí, hayan sido objeto de acusación.

5. La vulneración de la presunción de inocencia se fundamenta por el recurrente en que pudiéndose haber practicado prueba directa se ha optado por la de indicios, que esta última se ha interpretado de forma caprichosa e irracional y que no se han tenido en cuenta los contraindicios. Frente a todo ello hay que afirmar que en el proceso penal no rige una limitación o sistema de numerus clausus para los medios de prueba (ATC 193/1987), por lo que existiendo unos medios de prueba, el órgano judicial puede entender que otros son impertinentes o provocarían dilaciones indebidas. Además este Tribunal Constitucional «no tiene por qué revisar las razones en virtud de las cuales un órgano judicial da mayor credibilidad a un elemento de juicio que a otro» (STC 21/1993; AATC 269/1994, 45/1995). La Sentencia de casación destaca que junto a la acreditación del hecho de la transferencia del dinero -no cuestionado por nadie- han existido hasta cinco indicios plenamente probados, de los que infiere que la operación se ha realizado en condiciones de semiclandestinidad y que el acusado no ha podido dar una respuesta coherente sobre el destino de los fondos. Se cumple así por el Tribunal Supremo la exigencia, derivada del derecho a la presunción de inocencia, de que los indicios se basen en hechos plenamente acreditados y que el órgano judicial explicite el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los datos probados, llega a la conclusión de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988, 217/1989, 40/1990. 9311994, 182/1995, 173/1997). De las resoluciones judiciales impugnadas no se deduce que los medios de prueba no fueran valorados conjuntamente; lo que ha ocurrido es que los indicios alegados como de descargo no han tenido suficiente poder de convicción para los órganos judiciales. Es muy distinto afirmar que determinados medios de prueba no han sido valorados (que es lo que alega el recurrente) a decir que una vez hecha esta valoración de todos los medios, de prueba, de cargo y de descargo, el Tribunal ha quedado convencido de la culpabilidad del recurrente (que es lo que hace la Sentencia).

6. Los razonamientos anteriores confirman lo inicialmente apreciado en nuestra providencia de 18 de mayo de 1998 en la que señalamos la posible falta de contenido constitucional de la demanda de amparo. Así lo entiende también el Ministerio Fiscal en sus alegaciones. En consecuencia, sustentado el recurso únicamente sobre la base del art. 24 C.E., procede declarar su inadmisión.

ACUERDA

En virtud de lo anteriormente expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del recurso de amparo formulado por don Mario Conde Conde y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veinticinco de junio de mil novecientos noventa y ocho.