



Roj: **STS 155/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:155**

Id Cendoj: **28079120012021100037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/01/2021**

Nº de Recurso: **1133/2019**

Nº de Resolución: **42/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 42/2021

Fecha de sentencia: 21/01/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1133/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 27ª

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1133/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 42/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 21 de enero de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, número 1133/2019, interpuesto por **D. Efrain** representado por la Procuradora D^a Nuria Lasa Gómez bajo la dirección letrada del colegiado num. 17391, contra la sentencia número 46/19 de fecha 25 de enero de 2019 dictada en el procedimiento Apelación 2580/2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27^a) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 355/2018 de fecha 1 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal num. 6 de Alcalá de Henares en la causa Juicio Rápido 209/2018.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida **D^a Zaida** representada por la Procuradora D^a Sonia López Caballero bajo la dirección letrada da D. Alberto León Serrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Coslada incoó Diligencias Urgentes 391/2018 por delito de quebrantamiento de condena, contra Efrain ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 6 de Alcalá de Henares, (Juicio Rápido 209/2018) quien dictó Sentencia 355/2018 en fecha 1 de octubre de 2018 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"ÚNICO: Se declara probado que con fecha de 15 de junio de 2016 se dictó, por el Juzgado de lo Penal nº1 de Guadalajara, en el Juicio Rápido 423/2016, Sentencia en la que se condenaba a Efrain , mayor de edad y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, como autor de un delito de maltrato en el ámbito familiar, con imposición, entre otras, de las penas de prohibición de aproximarse a su ex pareja sentimental Zaida , su domicilio, lugar de trabajo en una distancia inferior a 500 metros, y comunicarse durante dos años. Dicha Sentencia le fue notificada el mismo día de su dictado, requiriéndole de su cumplimiento y efectuándose la pertinente liquidación de condena que fijaba su fecha de extinción el 2 de julio de 2018.

Igualmente se declara probado que el día 9 de junio de 2018, entre las 14:25 y las 14:44 horas, Efrain , sabiendo que lo tenía prohibido por resolución judicial, envió diversos mensajes de audio desde su teléfono nº NUM000 a la Sra. Zaida al número NUM001 , en los que le decía "sigues siendo la misma mierda", "levántate un poquito las tetas, péinate un poquito bien, recórtate las orejas y tira" y "donde vas descerebrá".

Al tiempo de cometer los hechos el Sr. Efrain había sido ejecutoriamente condenado por Sentencia firme, dictada por el Juzgado de Instrucción nº2 de Guadalajara en fecha de 22 de septiembre de 2016, en las DUD 178/2016, como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar; habiéndose acordado la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por plazo de dos años".

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal dictó en la referida sentencia, el siguiente pronunciamiento:

"Condeno a Efrain como autor de un delito continuado de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 y 74 del código penal, con la agravante de reincidencia, a la pena de diez meses de prisión; inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el mismo tiempo de duración de la condena.

Condeno a Efrain como autor de un delito leve de injurias del artículo 173.4 del código penal, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de veinte días de localización permanente, en domicilio distinto y alejado de la perjudicada; y prohibición de aproximarse a la Sra. Zaida , su domicilio, lugar de trabajo y cualquier otro en que se encuentre, a menos de 500 metros, y comunicarse con ella, por tiempo de cuatro meses.

Condeno a Efrain al pago de las costas del presente procedimiento.

Notifíquese la presente a las partes y al Ministerio Fiscal.

Notifíquese igualmente a los ofendidos y perjudicados, aun cuando no se hayan mostrado parte en la causa.

Esta Sentencia no es firme. Contra ella cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de diez días a contar desde su notificación, ante este Juzgado para su resolución por la Audiencia Provincial de Madrid.

Para el caso de ser recurrida la presente Sentencia, acuerdo mantener las medidas contenidas en el Auto de fecha 10 de julio de 2018, dictado por el Juzgado de Instrucción nº5 de Coslada, en las DP 573/2018; hasta la fecha de la notificación al mismo de la liquidación de la condena efectivamente impuesta y de su efectivo requerimiento de cumplimiento".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Efrain ; dictándose sentencia núm. 46/19 por Audiencia Provincial de Madrid Sección núm. 27, en fecha 25 de enero de 2019, en el Rollo de Apelación núm. 2580/2018, cuyo Fallo es el siguiente:



"Que DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la Letrada Doña Virginia de la Cruz Burgos en nombre y representación de Don Efrain contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal N° 6 de Alcalá de Henares, con fecha uno de octubre de dos mil dieciocho, en el Juicio Rápido 209/2018, debemos confirmar, y CONFIRMAMOS (íntegramente) la expresada resolución, declarando de oficio las costas de esta alzada.

Esta sentencia no es firme, contra ella cabe interponer recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1° del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrá de prepararse en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación.

Visto el Fallo recaído en la presente resolución procede mantener las medidas cautelares durante la tramitación de los eventuales recursos (art. 69 LO 1/04)".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Efrain que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Infracción de ley por vulneración del art.849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida valoración de la prueba testifical y a tal efecto y en aplicación del párrafo 2 del art.855 de la citada Ley de Enjuiciamiento Criminal, designan como particulares los folios del acta del juicio oral y la ratificación del testigo en la vista.

Motivo Segundo.- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico,-Indebida aplicación del art. 74 del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la representación procesal de Zaida presentó escrito de impugnación; y el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 15 de octubre de 2019 informó que "procede estimar parcialmente el Motivo de recurso, en el sentido de que, sin aplicación del art 74 CP, se condene al acusado a la pena de 10 meses de prisión, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida"; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 20 de enero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación contra sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) que se había formulado contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alcalá de Henares.

El primer motivo se formula "por infracción de ley por vulneración del art.849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida valoración de la prueba testifical" (sic), si bien toda su argumentación viene referida a quebranto de la presunción de inocencia.

Dado que la posibilidad de recurrir en casación las sentencias de las Audiencias Provinciales, se introduce por ley 41/2015, que introduce el apartado b) al art. 847.1 LECrim, donde limita su procedencia al motivo por infracción de ley previsto en el número 1.º del artículo 849, el motivo incurre en causa de inadmisión.

Así, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2016, que establece la interpretación de ese artículo 847.1.b) LECrim., incorporado de manera pacífica en nuestras resoluciones, indica:

a) El art. 847 1º letra b) LECrim debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art. 849 LECr, *debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.*

b) Los recursos articulados por el art. 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de subsunción), *debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales.* Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.



c) Los recursos deberán respetar los hechos probados, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art. 884 LECrim).

La causa de inadmisión del mismo deviene ahora causa de desestimación.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula el recurrente por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, por Indebida aplicación del art. 74 del Código Penal.

El recurrente fue condenado por un delito continuado de quebrantamiento de condena, porque "el día 9 de junio de 2018, entre las 14,25 y las 14,44 horas, sabiendo que lo tenía prohibido por resolución judicial, envió diversos mensajes de audio desde su teléfono NUM000 a la Sra. Zaida (ex pareja sentimental) al número NUM001 en los que le decía " sigues siendo la misma mierda", "levántate un poquito las tetas, péinate un poquito bien, recórtate las orejas y tira", y "dónde vas descerebrada".

Argumenta que se ha aplicado indebidamente el art. 74 del Código Penal, ya que no es posible que constituya un delito continuado el envío de mensajes de voz desde las 14;25 a las 14;44 horas, en un intervalo de menos de veinte minutos, 'prácticamente de seguido', por lo que debe considerarse como una única acción.

La cuestión sobre la aplicación del instituto de la continuidad delictiva al delito de quebrantamiento de la condena de prohibición de comunicación o de aproximación, es efectivamente analizado en la sentencia de esta Sala núm.846/2017, de 21 de diciembre, donde se describen en primer lugar los contornos generales del delito de quebrantamiento de condena en cuanto "de una parte, de un acto inicial por el que se quebranta las medidas dictadas en las tres variantes de los tres párrafos del art. 468 CP , y, de otra, una situación que conforma la permanencia en la antijuricidad, de manera que la situación antijurídica generada por el quebrantamiento se prolonga en el tiempo hasta la reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden".

En cuya consecuencia "para que pueda existir un nuevo acto, por lo tanto un nuevo hecho delictivo por quebrantamiento, es preciso que nuevamente se haya repuesto la situación jurídica susceptible de ser quebrantada (por ejemplo, reiteración de actos de escapismo tras sucesivas detenciones). En otros términos, es preciso que se haya repuesto la situación jurídica dispuesta por la orden de privación de libertad para que se pueda calificar típica una nueva conducta de quebrantamiento de condena, medida de seguridad, prisión medida cautelar, conducción o custodia, pues la mera perpetuación de la situación generada por el quebrantamiento es la propia que se deriva de la nota de permanencia en la situación antijurídica. Señalamos anteriormente que la estructura ordinaria del delito de quebrantamiento obedece a un esquema propio de un acto de quebrantamiento y una prolongación de sus efectos en el tiempo mientras no se repone la situación antijurídica creada".

"Sin embargo, advierte esta resolución que la referida construcción presenta determinadas *singularidades respecto de las medidas contempladas en el art. 48 del Código penal* , a las que se refiere el art. 468 también del Código penal como medidas susceptibles de ser quebrantadas (art. 468.2 CP); y ello desde una doble consideración:

i) En primer lugar, tiene un contenido claro de pena de carácter aflictivo que dispone una restricción de derechos a la persona a la que se impone.

ii) Además, se integra como una medida especialmente dispuesta para la protección de la víctima en atención a los hechos por los que ha sido condenado o, en su caso, imputado, por el peligro que puede suponer. Se justifica de en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero).

Por lo tanto, es una consecuencia jurídica del delito, objeto de la condena o de la imputación, con una doble dimensión, como pena y como medida de aseguramiento para prevenir el peligro a la víctima. Así considerando, la situación jurídica creada por la prohibición de acercamiento y comunicación dispuesta, prohíbe al condenado el acercamiento a la víctima, pena aflictiva, y protege a la víctima evitando situaciones de peligro".

"Esta doble dimensión de la medida permite individualizar cada acto de aproximación a la víctima como acto típico del delito de quebrantamiento pues en cada acto se reproduce el ataque a la seguridad dispuesta por la prohibición de acercamiento. Esa singularidad del quebrantamiento de las medidas del art. 48 CP *hace posible la continuidad delictiva cuando los actos de incumplimiento de la prohibición dispuesta supone no sólo ese incumplimiento de la pena sino también la perturbación de las condiciones de seguridad dispuestas y que son perturbadas en su situación jurídica con cada concreto acto de acercamiento (o de comunicación, añadimos ahora) , con reiterado incumplimiento de la orden dispuesta para seguridad de la víctima.* La pluralidad de conductas hace plausible la continuidad en la conducta típica al tratarse de una conducta plural agresora



del bien jurídico protegido por la norma realizada desde el conocimiento de la condena impuesta y de su significado".

TERCERO.- Consecuentemente, tal como apoya el Ministerio Fiscal, el motivo debe ser estimado, pues en autos, conforme al relato declarado probado, los mensajes de audio enviados lo fueron, de forma ininterrumpida, en un lapso de tiempo de 19 minutos, (entre las 14,25 y las 14'44 horas del día 9/6/2018) sin que, por tanto, se hubiera producido esa reposición de la situación jurídica dispuesta por la orden de privación de comunicación que permita calificar de típica, una nueva conducta de quebrantamiento de medida, con cada uno de los mensajes de audio remitidos. De ahí el disenso con la resolución recurrida.

Nos encontramos ante una unidad de acto, un acotado y breve intervalo de tiempo, en el curso del cual se mantiene la comunicación, dentro de un espacio temporal de 19 minutos aunque fuere con ofensivo discurso interrumpido en tres tramos, pero sin ruptura en la situación de inseguridad o desasosiego originada; y por tanto, desde la consideración normativa que debemos analizar, un solo acto comunicativo.

CUARTO.- Conforme al art. 901 LECrim, en caso de estimación del recurso, las costas procesales, se impondrán de oficio.

FALLO

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

Estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación de D. Efrain contra la sentencia número 46/19 de fecha 25 de enero de 2019 dictada en el procedimiento Apelación 2580/2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 355/2018 de fecha 1 de octubre de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 6 de Alcalá de Henares en la causa Juicio Rápido 209/2018; en cuya virtud, casamos y anulamos la resolución recurrida; ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz

RECURSO CASACION núm.: 1133/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

Dª. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 21 de enero de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, número 1133/2019, interpuesto por **D. Efrain** representado por la Procuradora Dª Nuria Lasa Gómez bajo la dirección letrada del colegiado num. 17391, contra la sentencia número 46/19 de fecha 25 de enero de 2019 dictada en el procedimiento Apelación 2580/2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 355/2018 de fecha 1 de octubre de 2018 dictada



por el Juzgado de lo Penal num. 6 de Alcalá de Henares en la causa Juicio Rápido 209/2018, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida **D^a Zaida** representada por la Procuradora D^a Sonia López Caballero bajo la dirección letrada da D. Alberto León Serrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en la fundamentación de nuestra sentencia casacional, procede dejar sin efecto la continuidad estimada en la sentencia recurrida y condenar exclusivamente por una sola infracción de quebrantamiento de condena.

Dado que la pena conminada en el art. 468.2 CP, es pena de prisión de seis meses a un año, la continuidad, aún cuando se prescindiera de la exasperación hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, determinaba una pena de nueve meses a un año; y consecuencia de la agravante de reincidencia el marco punitivo restaría de 10 meses y 15 días a un año. Impuestos diez meses, es obvio que resultaba inferior a la que posibilitaban las reglas dosimétricas.

Ahora el marco punitivo, al prescindir de la continuidad estaría conformado por una pena de prisión de nueve meses a un año (la mitad superior al concurrir reincidencia). Si bien, aunque por el contenido de la comunicación ha sido condenado por un delito leve de vejaciones injustas, dicho contenido, al margen de la vejación, debemos ponderarlo también en la individualización de la pena por el quebrantamiento por cuanto el modo de realizarse conllevaba un plus de desasosiego más allá de su contenido ofensivo (el estrictamente sancionado por el delito de vejaciones) en cuanto alusivo en la desaprobación de su conducta. En su consecuencia, al deber exceder el umbral mínimo, nada posibilita aminorar los diez meses de prisión impuestos, que en la sentencia recurrida obedecía a un error dosimétrico y que ahora, ponderando las circunstancias descritas, en aras de evitar reformatio in peius, mantenemos, dentro del marco punitivo posible, más próximo al mínimo (nueve meses) que al máximo (doce meses) y en concreción, que como hemos descrito, implica una cifra que sólo al eliminar la continuidad resulta posible.

FALLO

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

1. Dejamos sin efecto la calificación como *continuado* del delito de quebrantamiento, objeto de condena.
2. Mantenemos en su integridad el resto de los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida, incluidas penas y costas.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco

Pablo Llarena Conde Carmen Lamela Díaz