



Roj: **STS 878/2022 - ECLI:ES:TS:2022:878**

Id Cendoj: **28079120012022100192**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/02/2022**

Nº de Recurso: **643/2020**

Nº de Resolución: **171/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MANUEL MARCHENA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 171/2022

Fecha de sentencia: 24/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 643/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20ª

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

Transcrito por: OVR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 643/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 171/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 24 de febrero de 2022.



Esta Sala ha visto recurso de casación con el nº 643/2020, interpuesto por la representación procesal de la acusación particular D^a. **Camino** contra la sentencia dictada el 5 de septiembre de 2019 por la Sección 20^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en el Rollo de Sala nº 183/2019, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2019 dictada en el procedimiento abreviado nº 360/2018 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona, por la que fue absuelto el acusado D. Hermenegildo como autor responsable de un delito continuado de quebrantamiento de condena, habiendo sido parte en el presente procedimiento la recurrente representada por la procuradora D^a. Amaya María Rodríguez Gómez; y defendida por la letrada D^a. Beatriz Ascensión Mezo Fernández, y como parte recurrida D. Hermenegildo representado por la procuradora D^a Elena Gutiérrez Pertejo, bajo la dirección letrada de D. Adolf Bas Bartolome, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Barcelona tramitó diligencias previas nº 150//2018 por delito de quebrantamiento de medida cautelar, contra D. Hermenegildo ; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 23 de Barcelona, (proc. abreviado nº 360/18) y dictó Sentencia en fecha 22 de febrero de 2019 que contiene los siguientes hechos probados: "Se da como probado que Hermenegildo , durante aproximadamente 7 años mantuvo una relación sentimental con la Sra. Camino , que finalizó en el mes de octubre de 2017. Fruto de dicha relación nació a hija en común, menor de edad. Por Auto de fecha 23 de octubre de 2017 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona, en las DIJ 174/2017, acordó imponer a Hermenegildo la prohibición de aproximarse a la persona de Camino , a su domicilio, su lugar trabajo o cualquier otro donde se encuentre a menos de 200 metros y la prohibición de comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de 6 meses. Dicho Auto le fue notificado personalmente a Hermenegildo el mismo día 23 de octubre de 2017, siendo requerido para su cumplimiento bajo apercibimiento de que podría incurrir en un delito de quebrantamiento.

En el marco de estas actuaciones, en fecha 30 de enero de 2018 recayó sentencia no firme del juzgado de lo Penal núm. 22 de Barcelona, que acordaba absolver al Sr. Hermenegildo , pero que recogía expresamente en su fallo expresaba "Una vez firme, comuníquese al SIRAJ por la Sra. Letrado de la Administración de Justicia el tenor de de esta sentencia firme cancelando con ello la inscripción de la vigencia del procedimiento y de la orden de protección acordadas en autos conforme a los dispuesto en el artículo 22 del RD 95/2009."

Entre las 07.54 horas y las 09.02 horas del día 9 de febrero de 2018, el acusado Hermenegildo llamó desde el número NUM000 al móvil de su expareja sentimental Camino núm. NUM001 , llegando a hablar con ella en una de dichas llamadas. En hora no determinada, en ese mismo día 9 de febrero de 2018, el acusado mandó cuatro mensajes a través del sistema de Messenger desde los números NUM000 y NUM002 a su expareja Camino .

No ha quedado probado que el acusado actuase a sabiendas de la vigencia de la medida impuesta en auto de 23 de octubre de 2017 después de la sentencia absolutoria de 30 de enero de 2018 y de la expresión de la misma que contenía el fallo de la sentencia, transcrita anteriormente." (sic)

SEGUNDO.- En la citada sentencia se dictó el siguiente pronunciamiento: "Que DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO libremente a Hermenegildo del delito continuado de quebrantamiento de condena por el que había sido acusado en esta causa, declarándose de oficio las costas causadas en esta instancia.

Notifíquese la presente a las partes procesales, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de diez días contados a partir del siguiente al de su notificación."(sic)

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la acusación particular ejercida por D^a. Camino , dictándose sentencia núm. 707/2019 por la Sección 20^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 5 de septiembre de 2019, en el rollo de apelación núm. 183/2019, cuyo Fallo es el siguiente: "Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Camino contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 23 de Barcelona en fecha 22 de febrero de 2019 en Procedimiento Abreviado número 360/18 de los de dicho órgano jurisdiccional y, en consecuencia, CONFIRMAMOS aquella resolución; declaramos de oficio las costas que se hayan podido devengar en esta alzada.

Notifíquese esta resolución y hágase saber que contra la misma cabe interponer recurso extraordinario de casación por infracción de ley que habrá de prepararse ante este mismo órgano en el plazo de los cinco días



siguientes al de la última notificación de la sentencia, en los términos establecidos en el art. 792.4 en relación con el art. 847 de la L.E.Cr." (sic)

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación de D^a Camino 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, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- Por infracción de ley (arts. 69 de la LO 1/2004 y 48,3 CP) de precepto constitucional (art. 24 CE) y quebrantamiento de forma, al amparo de lo dispuesto en los arts. 849, apdos. 1 y 2, 850.1 y 851.1, incisos 1 a 3, 2 y 3 LECRIM, así como en el art. 5.4 LOPJ.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 10 de septiembre de 2020, interesó la desestimación del motivo, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo 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 19 de enero de 2022, seguidamente con fecha 31 de enero de 2022, se dictó Auto de prórroga para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 81/2019, 22 de febrero, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 23 de Barcelona, absolvió al acusado Hermenegildo del delito de quebrantamiento de condena por el que había sido acusado. Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona. La Sección Vigésima desestimó la impugnación mediante la sentencia núm. 707/2019, 5 de septiembre.

2.- La representación legal de la acusación particular ejercida por Camino promueve ahora recurso de casación. Formaliza un único motivo que en el mismo epígrafe acumula distintas razones de discrepancia. En su enunciado se menciona infracción de ley (arts. 69 de la LO 1/2004, 28 de diciembre y 48.3 del CP), infracción de precepto constitucional (art. 24 CE), quebrantamiento de forma, con cita de los arts. 849.1 y 2, 850.1, 851.1, incisos 1 a 3, 2 y 3 de la LECrim, así como art. 5.4 de la LOPJ.

2.1.- Sostiene la acusación particular que el art. 69 de la LO 1/2004, 28 de diciembre señala que las medidas de protección que en ella se arbitran "...podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas".

Sigue razonando el recurrente que la ley no consiente la indeterminación del tiempo de vigencia de las medidas de protección e impone al juez que las adopta la obligación de determinar expresamente, en la propia resolución, la duración de las mismas, de modo que ha de haber certeza en el día final, pues plazo es el término señalado para algo, y término el último momento al que se extiende ese algo, en este caso la vigencia de las medidas. En otras palabras, la cláusula de vigencia que la ley exige es la que determina con certeza no sólo el día inicial, sino también, y sobre todo, el día final (...), en el bien entendido que aun cuando no se haya llegado a ese día final, las medidas perderán vigencia si antes se produce una resolución incompatible con el mantenimiento de las mismas, entre las cuales el dictado de una sentencia en la causa, salvo que ésta sea condenatoria y en ella se disponga el mantenimiento de las medidas a resultas del recurso que pueda interponerse. Por el contra, no dan satisfacción a las exigencias de seguridad jurídica que establece la ley, cláusulas abiertas e indeterminadas como la comentada, en las que se utilizan formas de indeterminación del tipo "dies certus an incertus quando".

2.2.- El Fiscal del Tribunal Supremo en su brillante dictamen de impugnación ya advierte a esta Sala de las dificultades para la estimación de la queja del recurrente.

2.2.1.- De una parte, por la jurisprudencia que ha delimitado el estrecho margen valorativo que el art. 847.1.b) de la LECrim, redactado conforme a la reforma a la Ley 41/2015, 5 de octubre, autoriza para la viabilidad del motivo. Sólo puede estar amparado en el art. 849.1.b) de la LECrim y hacer valer un desacuerdo en la calificación jurídica del hecho, esto es, un error en la subsunción que haya determinado la indebida aplicación o inaplicación de un precepto penal de carácter sustantivo.

Y es que, a raíz de la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, la jurisprudencia ha mantenido una interpretación restrictiva de la vía que habilita el art. 847 de la LECrim, cuando permite el recurso de casación



contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, limitando su viabilidad al cauce que ofrece el art. 849.1 de la LECrim.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de invocar vulneración de precepto constitucional, de suerte que la impugnación sólo adquiere sentido "...cuando el objeto del recurso gira en torno a la discusión acerca del acierto en el juicio de subsunción" (SSTS 426/2021, 19 de mayo; 137/2018, 22 de marzo; 255/2020, de 28 de mayo y 519/2019, 29 de octubre, entre otras muchas). En este sentido se pronuncian también el ATS 21 de junio de 2018 (recaído en el recurso de queja núm. 20190/2018) y el ATS 29 de junio de 2018 (recurso de queja 20468/2018), en los que se señala que "...una cosa es que se admita, siguiendo los dictados del acuerdo plenario, la invocación de normas constitucionales para reforzar el alegato de infracción de norma sustantiva, y otra bien distinta es que se permita el anuncio de motivos autónomos por vulneración de derechos fundamentales en los que se prescinde del relato de hechos probados para combatir directamente la valoración probatoria".

Esta interpretación restrictiva, acorde con la significado histórico del recurso de casación y, sobre todo, con la generalizada extensión del recurso de apelación a raíz de la reforma de 2015, fue respaldada por el Tribunal Constitucional, que en su ATC 40/2018, de 13 de abril, inadmitió el recurso de amparo frente a una providencia de inadmisión del Tribunal Supremo, acogiendo como fundamento de su decisión el tenor literal de los arts. 847.1 b) y 792.4 de la LECrim, el preámbulo de la Ley 41/2015, el propio Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de 9 de junio de 2016, y la jurisprudencia de esta Sala, citando la primera STS 210/2017, de 28 de marzo; razones a las que añade la integración sistemática de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim en la nueva regulación de la casación penal.

Por consiguiente, se impone un previo filtrado de las alegaciones de la defensa para constatar que el recurso promovido acepta la premisa impuesta por el art. 847 de la LECrim, que sólo habilita en estos casos la angosta vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim. Y no vale, desde luego, sortear este freno, impuesto por razones ligadas a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y a la necesidad de facilitar la labor nomofiláctica de esta Sala, mediante el artificial acomodo de alegaciones vinculadas a la vulneración de un derecho fundamental, bajo un enunciado que anticipa estratégicamente que el desacuerdo se limita al juicio de tipicidad.

Tiene razón el Fiscal cuando subraya que la recurrente pretende una revaloración de la prueba para modificar la parte del *factum* que señala que "*no ha quedado probado que el acusado actuase a sabiendas de la vigencia de la medida impuesta*". De ahí que los términos en que se ha planteado el motivo, tratando de revalorar la prueba para alterar de ese modo el *factum*, imponen la aplicación de la causa de inadmisión del art. 884.3 LECrim, extensible también al submotivo que reivindica quebrantamiento de forma de los apartados 1 y 3 del art. 850 de la LECrim.

2.2.2.- Una segunda razón se suma a las dificultades ya advertidas. Y es que la estimación de un recurso de casación contra una sentencia absolutoria choca de lleno con una jurisprudencia plenamente consolidada que impide revertir un pronunciamiento absolutorio y convertirlo en una sentencia de condena. Esta Sala no ha presenciado ninguna de las pruebas practicadas y no puede desplazar la valiosa aportación del principio de inmediación, con el consiguiente riesgo, además, de vulnerar el derecho de defensa de quien no ha sido oído en el proceso casacional.

Hemos reiterado -recuerdan las SSTS 494/2021, 8 de junio; 645/2014, 6 de octubre; 1032/2010, 25 de noviembre; SSTC 157/2013, 23 de septiembre; 45/2011, de 11 de abril, FJ 3; 170/2002, 30 de septiembre- que cuando a partir de los hechos declarados probados en la primera instancia, el núcleo de la discrepancia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria sea una cuestión estrictamente jurídica, para su resolución no resulta necesario oír al acusado en un juicio público, sino que el Tribunal puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. De tal manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal ad quem puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte.

2.2.3.- El presente caso, como también advierte el Fiscal, presenta la singularidad de que, bajo la aparente discusión acerca de si se aplicó o no correctamente el art. 48.3 del CP, lo que se dilucida es si la afirmación de que "*...no ha quedado probado que el actuase a sabiendas de la vigencia de la medida impuesta*" cuenta o no con el necesario respaldo probatorio.



Desde esta perspectiva es evidente, por lo que hemos apuntado *supra*, que el motivo desborda los estrechos límites que autoriza el art. 849.1.b) de la LECrim, que sólo autoriza un debate casacional respecto de la corrección del juicio de subsunción.

La sentencia dictada en apelación, verdadero objeto del presente recurso, avala el pronunciamiento absolutorio recogido en la instancia y hace suyo el discurso del Juzgado de lo Penal: "...el acusado dijo que se le notificó la sentencia absolutoria, que su abogado le dijo que tras la sentencia absolutoria la orden ya no existía y que no entendió lo que ponía la sentencia respecto de la vigencia; que el mismo día llamó a su ex pareja y que lo hizo por la hija, que el funcionario que le notificó la sentencia absolutoria le dijo que hasta que pasasen cinco días la sentencia no era firme y la medida continuaba vigente, que al cabo de cuatro días llamó a su pareja por el tema de la salud de la niña". Y añade: "...no quedó probada la intención de aquel con las llamadas, teniendo en cuenta la errónea creencia en cuanto a la vigencia de la medida cautelar tras la sentencia absolutoria".

Pero la sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, añade algo más que sí da respuesta a una queja que se mueva sólo en el terreno de la corrección de la norma sustantiva aplicada. De ahí que la Sala quiera remarcar que, aun en el caso en el que el recurso hubiera estado formalizado con otra perspectiva, el pronunciamiento absolutorio resulta irrefutable. En efecto, la Audiencia Provincial considera que, en ningún caso, el acusado pudo haber cometido el delito de quebrantamiento de medida cautelar, no ya por un error de tipo sobre la vigencia de la prohibición de aproximarse o comunicarse con su expareja, sino porque el régimen jurídico de esa medida cautelar y los términos en que fue redactado el fallo de la sentencia abonan la idea de su definitiva pérdida de vigencia.

Así lo expresa la sentencia recurrida: "...tanto la Juez a quo como la acusación particular parten de que tras el dictado de la sentencia absolutoria de fecha 30 de enero de 2018, seguían vigentes las medidas cautelares impuestas al aquí acusado por auto de fecha 23 de octubre de 2017 porque aquella sentencia todavía no había ganado firmeza. (...) Tal premisa es incorrecta y a esa errónea consideración llevó, con toda probabilidad, la confusa redacción de la parte dispositiva de la repetida sentencia de fecha 30 de enero de 2018 (...) Debe tenerse en cuenta el contenido del art. 69 de la LO. 1/04 del que se infiere claramente que el plazo de vigencia de las medidas cautelares referidas en los arts. 61 a 67 de la misma LO (entre las que se encuentra la orden de protección acordada conforme a lo dispuesto en el art. 544 ter LECr) impuestas durante la tramitación del procedimiento finaliza con la sentencia definitiva, aunque pueden mantenerse tras la misma y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen, haciéndolo constar en la propia sentencia"

En este caso, en la sentencia absolutoria de fecha 30 de enero de 2018 (definitiva) no se acordó el mantenimiento de las medidas cautelares durante la tramitación de los eventuales recursos, es más se dice que quedaban sin efecto, no pudiendo entender una decisión implícita de mantenimiento de las medidas cautelares por la simple inclusión en el fallo de una orden de cancelación que se dio al LAJ del Juzgado, porque la vigencia de la medida cautelar no está en relación con la firmeza de la sentencia".

En efecto, esa falta de mención explícita al mantenimiento de las medidas cautelares durante la tramitación del recurso no es que generara un error con relevancia excluyente del dolo, sino que determinaba la pérdida de vigencia de las medidas de protección. Está fuera de cualquier duda que la ultravigencia de las medidas cautelares de protección de la víctima en los delitos de violencia de género ofrece un instrumento jurídico de singular valor para evitar que la mujer que ha sufrido las vejaciones impuestas por una relación de dominación quede expuesta al riesgo de verse de nuevo violentada en su integridad física y en su propia dignidad personal. En aquellas ocasiones en que la orden de protección haya sido acordada durante la fase de investigación de un proceso en el que, sin embargo, la sentencia no haya adquirido firmeza, el legislador ha previsto la posibilidad de prolongar la vigencia de ese cuadro de protección. Sin embargo, para que el mensaje imperativo llegue sin distorsiones a su destinatario es indispensable que la sentencia -absolutoria o condenatoria- haga explícita, sin margen para la duda, la vigencia del requerimiento formulado en su día. Así se desprende con nitidez del art. 69 de la LO 1/2004, según el cual "las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas"

La aplicación de esta idea al supuesto que nos ocupa da toda la razón a la Audiencia Provincial cuando desestima el recurso de apelación promovido. Así lo proclama la sentencia dictada por el órgano de apelación: "...consecuentemente, al no haberse acordado expresamente en la repetida sentencia de fecha 30 de enero de 2018 que las medidas cautelares se mantenían vigentes durante la tramitación de los eventuales recursos, perdieron vigencia el mismo día del dictado de aquella resolución, por lo que las llamadas y mensajes que el acusado remitió a su ex pareja el día 9 de febrero de 2018 no pudieron culminar en ningún caso el delito de quebrantamiento de medida cautelar".



Por las razones expuestas, el motivo no puede prosperar y ha de ser desestimado (art. 884.3 y 885.1 de la LECrim).

3.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de la acusación particular ejercida por **D^a Camino** contra la sentencia núm. 707/2019, de 5 de septiembre, dictada por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó el recurso de apelación hecho valer contra la dictada por el Juzgado de lo Penal de la misma localidad con fecha 22 de febrero de 2019.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas y a la pérdida del depósito para recurrir si hubiera llegado a constituirse.

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.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre D. Pablo Llarena Conde

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina D. Ángel Luis Hurtado Adrián