



Roj: **STS 2682/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2682**

Id Cendoj: **28079120012022100639**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/06/2022**

Nº de Recurso: **4682/2019**

Nº de Resolución: **628/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MIGUEL COLMENERO MENEDEZ DE LUARCA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 628/2022

Fecha de sentencia: 23/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4682/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Procedencia: AP Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: ARB

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4682/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 628/2022

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de junio de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de la Acusación Particular **D.ª Genoveva** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que declaró haber lugar al recurso de apelación formulado por la representación del acusado Hermenegildo contra la sentencia de 20 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, cuya resolución se revocó, absolviendo al indicado acusado del delito de acoso del que había sido condenado en la instancia, siendo parte el Ministerio Fiscal y estando dicha Acusación Particular representada por la Procuradora Dña. Mª Blanca Fernández de la Cruz Martín y bajo la dirección Letrada de D. Alberto Blanco Fernández, y el recurrido acusado D. Hermenegildo, representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y bajo la dirección Letrada de Dña. Berta Armengol Freixes.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona incoó Procedimiento Abreviado con el nº 401/17, dimanante de las diligencias urgentes nº 165/17 del Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer nº 4 de Barcelona contra Hermenegildo, dictando con fecha 20 de febrero de 2018 sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

"Ha resultado probado que el acusado Hermenegildo, mayor de edad y con antecedentes penales, mantuvo una relación sentimental con Genoveva desde 2012 hasta enero de 2017, finalizando en dicha fecha por decisión de la Sra. Genoveva. El acusado siguió viendo a su ex pareja en calidad de amigo pero sin aceptar la ruptura de la relación sentimental, por lo cual desde marzo de 2017, movido por la intención de controlar los movimientos y las pautas cotidianas de conducta de Genoveva, le envió numerosos mensajes de whatsapp pidiéndole explicaciones, la llamó en multitud de ocasiones por teléfono (hasta 84 veces a través del servicio de llamadas de la citada aplicación del 29 de junio al 4 de agosto, y 87 veces más por vía telefónica normal desde el 17 de junio), y pasó en numerosas ocasiones por delante de su domicilio con el fin de controlar sus movimientos. Además, el día 7 de agosto de 2017, sobre las 22,10 horas, el acusado se personó en la puerta del domicilio de Genoveva cuando ésta se disponía a salir con unos amigos, y al verla salir a la calle se aproximó a ella y la agarró por el brazo al tiempo que le decía "tú no vas a ningún lado, tú vienes a hablar conmigo". No ha quedado suficientemente probado que el acusado haya dirigido a la Sra. Genoveva en este periodo expresiones con intención de atemorizarla ni de anunciarle que le iba a causar algún mal. El acusado fue ejecutoriamente condenado por sentencia de fecha 1-4-14, del Juzgado de lo Penal nº 10 de Barcelona, como autor de un delito de quebrantamiento de medida cautelar en concurso de normas con un delito de amenazas en ámbito familiar a las penas, entre otras, de 6 meses de prisión y prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por tiempo de 1 año y 6 meses(sic)".

SEGUNDO.- El citado Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento:

"QUE CONDENO al acusado, Hermenegildo, como autor penalmente responsable de un delito de acoso, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como prohibición de acercarse en adelante a menos de mil metros de Genoveva, a su domicilio o lugares que frecuente, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de TRES AÑOS. ABSUELVO LIBREMENTE al acusado del delito de amenazas y del delito de coacciones en ámbito familiar por los que también se pedía su condena. Condeno al acusado al pago de una tercera parte de las costas procesales causadas en esta instancia, incluidas las de la acusación particular, y declaro de oficio los dos tercios restantes. 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 cinco días contados a partir del siguiente al de su notificación(sic)".

La anterior sentencia del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que con fecha 20 de diciembre de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente Fallo:

"En atención a lo expuesto, haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Gómez, en nombre y representación del Sr. Hermenegildo, contra la sentencia de 20 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Penal núm. Trece de Barcelona, cuya resolución revocamos, absolviendo al Sr. Hermenegildo del delito de acoso por el que había sido condenado en la instancia. Declaramos de oficio las costas de ambas instancias. Notifíquese esta sentencia a todas las partes personadas, y a los perjudicados, haciéndoles saber que contra la misma podrá interponerse recurso de casación por infracción de ley que habrá de prepararse ante este mismo órgano jurisdiccional en el término de cinco días a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.



Con testimonio de presente, firme que sea la resolución, devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia para su ejecución(sic)".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por la representación de la acusación Particular D.^a **Genoveva**, 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.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación de la recurrente, la acusación particular D.^a **Genoveva**, lo basó en el siguiente MOTIVO DE CASACIÓN:

Motivo único.- Por infracción de Ley, por la no aplicación del artículo 172 ter. 1.1^a.y 2^a y 2 del Código Penal.

QUINTO.- El Ministerio Fiscal, en escrito de 20 de mayo de 2020, informa que se alega infracción de ley, no justificándose el interés casacional.

SEXTO.- Con fecha 4 de noviembre de 2021, se dictó sentencia con el nº 843/2021, resolviendo el recurso de casación 4682/2019, declarando haber lugar al mismo, con estimación del único motivo del interpuesto por la representación de la Acusación Particular D.^a Genoveva, y condenando a D. Hermenegildo como autor penalmente responsable de un delito de acoso del art. 172 ter. 2 C.P., no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como prohibición de acercarse en adelante a menos de mil metros de Genoveva, a su domicilio o lugares que frecuente, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de tres años sin costas en esta sede.

SEXTO.- Con fecha 14 de febrero de 2022, la representación procesal del recurrido acusado D. Hermenegildo presenta escrito instando la nulidad de actuaciones de la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2021, nº 843/2021, dictada en el Rº de casación 4682/2019, solicitando la retroacción del procedimiento al momento del art. 881 L.E.Cr., a los efectos de que la defensa del Sr. Hermenegildo pueda tener traslado del recurso de casación y formular impugnación respecto a su admisión (ex art. 882), y se decrete la suspensión de la indicada sentencia.

Con fecha 1 de marzo de 2022, se resolvió la nulidad de actuaciones por medio de Auto, donde se estimó el incidente de nulidad deducido por la representación procesal de D. Hermenegildo, donde se declaró la nulidad de la sentencia, retro trayéndose las actuaciones al momento de la exigencia de los arts. 881 y 882 L.E.Cr. para una vez verificado el traslado se procediera a nuevo señalamiento para deliberación, votación y fallo.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal se dió por instruido, reiterando el dictamen de fecha 20 de mayo de 2020, y dándose también por instruida la representación de Hermenegildo, impugnando el recurso interpuesto, solicitando su inadmisión y subsidiaria desestimación, y en caso de que se admita el recurso a trámite se proceda a decidir su estimación, adhiriéndose al mismo.

OCTAVO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 22 de junio de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona condenó al acusado Hermenegildo como autor de un delito de acoso del artículo 172 ter.1 y 2 del Código Penal (CP), a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, así como prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por tiempo de 3 años. Contra la sentencia interpuso el condenado recurso de apelación que fue estimado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20^a, que acordó su absolución. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la acusación particular. En un único motivo, al amparo del artículo 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) denuncia la indebida inaplicación del artículo 172 ter.1 y 2 del CP. El penado absuelto se ha adherido al recurso formalizando diversos motivos de casación.

Recurso interpuesto por la acusación particular en nombre de Genoveva

Sostiene que los hechos que se han declarado probados son constitutivos del delito previsto en el artículo 172 ter.1 y 2 del CP.

1. El artículo 172 ter del CP castiga, en su apartado 1, con la pena de prisión de 3 meses a 2 años o multa de 6 a 24 meses, al que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:



1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

En el apartado 2, contempla una penalidad más grave (de 1 a 2 años de prisión o trabajos en beneficio de la comunidad de 60 a 120 días) cuando la persona ofendida sea una de las mencionadas en el artículo 173.2 del CP.

Se trata de un delito contra la libertad. En el Preámbulo de la LO 1/2015 se decía que " *dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso que está destinado a ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas. Se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de **violencia** para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento*".

El tipo objetivo exige la realización insistente y reiterada de los actos que se consideran de hostigamiento, que son los enumerados en el tipo. No basta con actitudes aisladas, transitorias o incidentales. Lo que exige el tipo es un patrón de comportamiento que puede ser desarrollado a través de la reiteración de uno de esos actos o de la ejecución de varios diferentes (STS nº 324/2017, de 8 de mayo: "La reiteración de que habla el precepto es compatible con la combinación de distintas formas de acoso"), siempre que en conjunto pueda decirse que la conducta es insistente y reiterada.

El tipo objetivo exige, además, que con la ejecución insistente y reiterada de las conductas que describe, se altere gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Es necesario constatar, pues, que, como consecuencia de la conducta del autor, la víctima se ha visto compelida a modificar su vida cotidiana de una forma que pueda calificarse como grave.

No basta con constatar que la conducta es de tal naturaleza que provocaría o podría provocar una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima. El legislador bien pudo configurar así el delito, exigiendo solamente la potencialidad de los actos para causar esa alteración. Pero, según la ley, es necesario que tal alteración haya tenido lugar.

Por lo tanto, será preciso establecer los actos de hostigamiento, la reiteración de los mismos, la alteración de la vida cotidiana y el nexo causal entre ambos.

A estos efectos ha de valorarse en el caso concreto, en primer lugar, la capacidad objetiva de los actos de hostigamiento o acoso para alterar la vida de una persona media; esa conducta debe ser objetivamente capaz de provocar temor, intranquilidad o limitación de la libertad de la víctima, hasta el punto de explicar razonablemente la alteración provocada. Y, en segundo lugar, ha de acreditarse la relación causal entre aquellos actos y la alteración de la cotidianidad de la víctima, en un análisis racional de todas las circunstancias concurrentes.

El tipo subjetivo exige en el autor el conocimiento de la capacidad de su conducta para alterar los hábitos cotidianos de la víctima. Ordinariamente, podrá afirmarse que esa capacidad la tiene cualquier persona con una formación media y con sus capacidades generales de comprensión no alteradas.

2. El apartado 2 del precepto se remite al artículo 173.2, estableciendo una penalidad diferente y, en cuanto a la privativa de libertad, más grave, cuando la persona ofendida sea una de las contempladas en el mismo. No se trata exclusivamente de una agravación por razón de género, pues en el citado apartado se sitúan en posición de igualdad y con las mismas consecuencias penológicas a distintas víctimas, y solo en algún caso se trata de posibles supuestos de **violencia** de género. Así, la pena se agrava cuando la víctima fuera " *quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas*



de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

Lo cual no impide tener en cuenta, junto a las demás circunstancias del caso, la concurrencia de aquellos supuestos en el momento de la individualización de la pena. Además, ha de señalarse que, como decíamos en la STS nº 554/2017, de 12 de julio, "Hay que recordar que la introducción de tal delito en el Código Penal, viene, además, a ser una consecuencia del Convenio del Consejo de Europa para prevenir y combatir la **violencia** contra las mujeres y la **violencia doméstica**, firmado en Estambul el 11 de Mayo de 2011 que obligaba a los Estados parte –entre ellos España– de incriminar tal delito stalking/acoso como así se acordaba expresamente en el art. 34 de dicho Convenio".

3. En el caso, la Audiencia Provincial basó la revocación de la sentencia de instancia en la no concurrencia de la alteración del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima. Dice el Tribunal de apelación que La sentencia de instancia no contiene ni una sola referencia fáctica declarada probada que identifique cómo y con qué alcance la Sra. Genoveva se vio obligada a modificar su cotidianidad para evitar o eludir la estrategia de acoso presuntamente desplegada por el acusado.

Y, es cierto que, en el relato fáctico, estrictamente contemplado, no se contiene ninguna referencia expresa a una alteración de la vida cotidiana de la víctima. Sin duda, recibir un alto número de llamadas en un espacio de tiempo relativamente corto o la reiteración de desplazamientos pasando frente a su domicilio, unidos al incidente ocurrido el día 7 de agosto, suponen una molestia para la víctima. Pero no necesariamente implican una alteración de su cotidianidad. Si así fuera, bastaría con la ejecución de los hechos, sin que el tipo exigiera la alteración del desarrollo de la vida cotidiana.

No se quiere decir con ello que la víctima esté obligada a hacer algo para evitar el acoso. Lo que se juzga es la conducta del autor, teniendo en cuenta sus efectos. Pero es necesario que, entre estos, haya provocado una alteración grave de la vida cotidiana de la víctima.

La posición del Tribunal de apelación, perfectamente comprensible, es, sin embargo, excesivamente rígida. Es cierto el silencio del relato fáctico en los aspectos apuntados. Pero también lo es que hemos admitido el complemento de los hechos probados en la fundamentación jurídica, siempre que se aprecie con claridad que se trata de afirmaciones de naturaleza fáctica, indebidamente situadas, y no de otro tipo de consignaciones.

En la sentencia de instancia, el Juzgado de lo Penal examina la prueba y, tras recoger lo que declaró la víctima, expresa que, desde los parámetros de valoración sugeridos por esta Sala, procede otorgarle credibilidad. Y así se recoge, con indudable sentido fáctico, que los actos de acoso comenzaron en junio, cuando el acusado no aceptó la ruptura de la relación sentimental; se mencionan las numerosas llamadas; que se presentaba cada día en su lugar de trabajo; que se paraba con frecuencia frente a su casa mirando al balcón: que para ir a casa del acusado no necesitaba pasar por la casa de la víctima; que dejó de ir a trabajar varios días; que muchos días no salía de casa por no ir sola; y que el día 7 de agosto tuvo lugar el incidente que se describe en el apartado de hechos probados.

Se describen, pues, como debidamente acreditadas, modificaciones significativas de su cotidianidad, especialmente las referidas a la necesidad de dejar de ir a trabajar algunos días y a no atreverse a salir sola, que pueden considerarse como efectos razonables del acoso y calificarse como graves para cualquier persona media.

Se cumplen así las exigencias del tipo, por lo que el motivo debe ser estimado, casando y dejando sin efecto la sentencia dictada en apelación y rehabilitando la condena dictada por el Juzgado de lo Penal.

Recurso interpuesto por el penado Hermenegildo

SEGUNDO.- Argumenta el recurrente que, dado que el Tribunal de apelación consideró que los hechos probados no podían subsumirse en el precepto aplicado al no constar la alteración grave del desarrollo de la vida cotidiana de la víctima, no procedió a examinar otros aspectos relativos a la presunción de inocencia, como los relativos al número exacto de llamadas, a la relación que mantuvieron como amigos, a la inexistencia de amenazas o al hecho de que en el incidente del día 7 de agosto solo tenía la pretensión de hablar. A esos efectos se adhiere al recurso de la acusación particular, formalizando además dos motivos. El primero quejándose de la inaplicación de la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada. Y el segundo, denunciando infracción del artículo 66 del CP, al no motivar la elección de la pena privativa de libertad.

1. Como ha ocurrido en otras ocasiones, es posible que el condenado en la instancia sea absuelto como consecuencia de su recurso de apelación, sin que en la sentencia se resuelvan todos los motivos formalizados,



al no considerarlo necesario el Tribunal. Si la acusación recurre en casación, es posible que la sentencia de apelación sea casada, lo cual podría provocar que alguna de las quejas, legítimamente planteadas por el acusado en su momento no sean expresamente resueltas.

Por estas razones, hemos admitido la adhesión del condenado en la instancia formalizado motivos en nada coincidentes con los que formula la acusación.

2. En el caso, el acusado plantea en la adhesión las tres cuestiones antes expuestas.

En primer lugar, en relación con la presunción de inocencia, en la sentencia de instancia se expresa con claridad cuales han sido las pruebas tenidas en cuenta. Especialmente la declaración de la víctima, que describe la conducta del acusado y las consecuencias que tuvo en su vida cotidiana. No es decisivo el número exacto de llamadas. En cualquier caso, de la sentencia resulta la insistencia y reiteración de los intentos de contactar con la víctima tras la ruptura definitiva, incluso de su relación de amistad, que se produce en junio; el incidente del día 7, especialmente significativo; las visitas a su lugar de trabajo y las efectuadas a las inmediaciones de su domicilio. Todo lo cual constituye un patrón de comportamiento que es integrante del acoso.

Y, del mismo modo, resulta la acreditación de la alteración de la vida de la víctima, a la que ya antes hemos hecho referencia.

3. Respecto de la atenuante de dilaciones indebidas, el recurrente se basa en el tiempo transcurrido desde la sentencia de instancia el 20 de febrero de 2018, hasta el dictado de la de casación.

En la regulación expresa que de esta causa de atenuación aparece en el artículo 21.6ª del Código Penal tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, se exige para su aplicación con efectos de atenuante simple que se trate de una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan estas calificaciones; y, además, que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Por lo tanto, no solo el transcurso del tiempo es un elemento relevante para la apreciación de la atenuante, ya que es preciso examinar aquellos otros a los que se refiere el precepto, entre ellos la complejidad de la causa.

En el caso, la tramitación de los recursos ha requerido de un tiempo al que ha de añadirse el necesario para la tramitación de la nulidad de la primera sentencia dictada por esta Sala. La duración total del proceso, hasta la sentencia de apelación (diciembre de 2018), no puede considerarse excesiva. Y al tratarse del recurso de casación, esencialmente revisor de lo actuado, no es posible apreciar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal basada en hechos posteriores al enjuiciamiento.

El motivo, pues, se desestima.

4. Finalmente, en cuanto a la elección y graduación de la pena, entiende que los hechos no son de una entidad grave y presta su consentimiento expreso, firmando personalmente el escrito de recurso, a la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Reiteradamente ha señalado esta Sala que la obligación constitucional de motivar las sentencias expresada en el artículo 120.3 de la Constitución comprende la extensión de la pena. El Código Penal en el artículo 66 establece las reglas generales de individualización, y en el artículo 72 concluye disponiendo que los Jueces y Tribunales razonarán en la sentencia el grado y la extensión de la pena concretamente impuesta. La individualización realizada por el tribunal de instancia es revisable en casación no solo en cuanto se refiere a la determinación de los grados a la que se refiere especialmente el citado artículo 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios admisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda.

Asimismo, ha señalado que la imposición del mínimo no precisa de una especial motivación en cuanto que se trata de una ineludible consecuencia de la calificación jurídica de los hechos, previamente establecida.

Ante la ausencia de motivación, este Tribunal puede examinar la proporcionalidad de la pena en función de los hechos declarados probados, así como la alegación de elementos de hecho relevantes, favorables al acusado, cuya valoración haya sido indebidamente omitida en la sentencia, y en caso de que no exista justificación implícita de la pena impuesta, proceder a imponer la pertinente, o la mínima legalmente procedente en caso de ausencia total de datos que justifiquen la exasperación punitiva.

El Juzgado de lo Penal justificó la pena de 1 año y 6 meses de prisión atendiendo a las circunstancias del caso por el grado de intensidad de la conducta del acusado a la vista del gran número de intentos de comunicación en un corto espacio de tiempo y a la ausencia de atenuantes que justifiquen la pena en su mínimo absoluto.

La motivación es escueta, pero son accesibles las razones para imponer una pena privativa de libertad, más grave que trabajos en beneficio de la comunidad, en atención a la gravedad de la conducta concretamente



ejecutada por el recurrente. A lo consignado expresamente por el Juzgado, dentro de la intensidad de la conducta, ha de añadirse que, tal como se declara probado, no se limitó a los intentos de contacto, sino que le envió, ya desde marzo, numerosos mensajes de WhatsApp pidiéndole explicaciones y en numerosas ocasiones pasó por delante de su domicilio con el fin de controlar sus movimientos. Lo cual refleja la intención de imponer su dominio sobre su expareja al no aceptar la ruptura decidida por ella, lo que puede ser valorado como un elemento negativo que explica la elección de la pena.

Pero si la intensidad de la conducta, explica la elección de la pena privativa de libertad, no pueden al tiempo ser valorada para superar el mínimo legal, por lo que la pena debe ser reducida a 1 año de prisión, manteniendo las prohibiciones acordadas en la sentencia de instancia.

Por lo tanto, el motivo se estima parcialmente.

FALLO

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

1º. Estimamos el recurso de casación interpuesto por la acusación particular en nombre de **D.ª Genoveva**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que declaró haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, en causa seguida contra el acusado D. Hermenegildo, por delito de acoso y otros.

2º. Estimamos parcialmente la adhesión formalizada por D. Hermenegildo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que declaró haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, en causa seguida contra el referido acusado, por delito de acoso y otros.

3º. Declaramos de oficio las costas causadas en los presentes recursos.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Angel Luis Hurtado Adrián

RECURSO CASACION núm.: 4682/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 23 de junio de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 4682/2019, interpuesto por la acusación particular **D.ª Genoveva**, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Vigésima, que declaró haber lugar al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 20 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Penal nº 13 de Barcelona, en causa



seguida contra el acusado D. Hermenegildo, por delito de acoso y otros, cuya resolución revoca, absolviendo al Sr. Hermenegildo del delito de acoso por el que había sido condenado en la instancia y declarando de oficio las costas de ambas instancias. Recurrída en casación ante esta Sala del Tribunal Supremo, con fecha 4 de noviembre de 2021, se dictó sentencia con el nº 843/2021, resolviendo el recurso de casación 4682/2019, declarando haber lugar al mismo, con estimación del único motivo del interpuesto por la representación de la Acusación Particular D.^a Genoveva, y condenando a D. Hermenegildo como autor penalmente responsable de un delito de acoso del art. 172 ter. 2 C.P., no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena, así como prohibición de acercarse en adelante a menos de mil metros de Genoveva, a su domicilio o lugares que frecuente, y de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento, por tiempo de tres años sin costas en esta sede. Con fecha 14 de febrero de 2022, la representación procesal del recurrido acusado D. Hermenegildo presentó escrito instando la nulidad de actuaciones de la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2021, nº 843/2021, dictada en el Rº de casación 4682/2019, solicitando la retroacción del procedimiento al momento del art. 881 L.E.Cr., a los efectos de que la defensa del Sr. Hermenegildo pueda tener traslado del recurso de casación y formular impugnación respecto a su admisión (ex art. 882), y se decrete la suspensión de la indicada sentencia. Con fecha 1 de marzo de 2022, se resolvió la nulidad de actuaciones por medio de Auto, donde se estimó el incidente de nulidad deducido por la representación procesal de D. Hermenegildo, donde se declaró la nulidad de la sentencia, retro trayéndose las actuaciones al momento de la exigencia de los arts. 881 y 882 L.E.Cr. para una vez verificado el traslado se procediera a nuevo señalamiento para deliberación, votación y fallo. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación procesal de la acusación particular, adhiriéndose en caso de su admisión la rpresentación procesal del acusado D. Hermenegildo, que ha sido **CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE**, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta Segunda Sentencia con arreglo a los siguientes:

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con los fundamentos de nuestra sentencia de casación, procede condenar al acusado Hermenegildo como autor de un delito de acoso del artículo 172 ter.1, 1ª y 2ª y 172 ter.2, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de 1 año de prisión.

FALLO

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

1º. Condenamos al acusado **D. Hermenegildo** como autor de un delito de acoso del artículo 172 ter.1, 1ª y 2ª y 172 ter.2, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de 1 año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la condena.

2º. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Penal no afectados por el presente.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Andrés Palomo del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina Angel Luis Hurtado Adrián