



Roj: **STS 12/2022 - ECLI:ES:TS:2022:12**

Id Cendoj: **28079120012022100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/01/2022**

Nº de Recurso: **493/2020**

Nº de Resolución: **17/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 17/2022

Fecha de sentencia: 12/01/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO **CASACION**

Número del procedimiento: 493/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO **CASACION** núm.: 493/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 17/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 12 de enero de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de **casación** nº 493/2020 interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia nº 255/2019 de fecha 9 de diciembre, por la que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra desestimaba el recurso de apelación y confirmaba en su integridad la sentencia nº 257/2019 de fecha 23 de septiembre dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona, en causa seguida contra Benito , absuelto por un delito de quebrantamiento de condena. Ha sido parte recurrida Benito representado por la procuradora D.ª Ana Lázaro Gogorza y bajo la dirección letrada de D.ª Teresa Orzáez Joly.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona dictó Sentencia nº 257/19 de fecha 23 de septiembre contra Benito que le absolvió de un delito de quebrantamiento de condena y que contenía los siguientes **Hechos Probados:**

"ÚNICO.- Se dirige la acusación contra Benito , mayor de edad, con DNI NUM000 , y ejecutoriamente condenado por sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Pamplona, firme el 20 de marzo de 2018, como autor de un delito de quebrantamiento de condena, a la pena de 4 meses de prisión, quien a sabiendas de que el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Pamplona, había dictado auto en fecha 27 de diciembre de 2018, en las diligencias previas 1127/17, en el que se le impuso la prohibición de aproximarse a su ex pareja, Isabel , a una distancia inferior a 200 metros en cualquier lugar donde ésta se encontrara, a su domicilio, a su lugar de trabajo, o a cualquier otro por ella frecuentado, así como comunicarse con ella de cualquier forma, y de que la misma se encontraba vigente, el día 27 de julio de 2018, entregó a Isabel , a través de la bolsa con juguetes que portaba la hija de una año de edad de ambos, una tarjeta de felicitación dirigida a la niña y en parte a ella, sin que se haya probado que lo hiciera con conocimiento e intención de quebrantar la orden judicial.

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal nº 5 de Navarra dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLO.-"QUE DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a Benito del delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 del Código Penal del que venía siendo acusado, con toda clase de pronunciamientos favorables con relación a este delito, declarando de oficio las costas del presente procedimiento.

El tiempo que el/los acusado/s haya/n sufrido cautelarmente privado/s de libertad por esta causa podrá ser de abono en otra distinta con estricta sujeción a lo dispuesto en el art. 58.1 del Código Penal.

Llévese certificación de esta Sentencia a los autos principales y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes con expresión del recurso de apelación que cabe interponer frente a la misma dentro de los DIEZ DIAS siguientes al de su notificación, correspondiendo el conocimiento de dicho recurso a la Audiencia Provincial de Navarra".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el Ministerio Fiscal, remitiéndose las actuaciones a la Audiencia Provincial de Navarra (Sección Segunda), que dictó Sentencia, con fecha 9 de diciembre de 2019 con la siguiente Parte Dispositiva:

"FALLO.- Desestimando el recurso de apelación al que el presente rollo se contrae, interpuesto por la Procuradora Dña. Mª BELÉN GOÑI JIMÉNEZ en representación de Isabel ,y la adhesión del Ministerio Fiscal, debemos **CONFIRMAR** en su integridad tal resolución, con condena a la parte apelante de las costas causadas en esta alzada.

Esta sentencia no es firme, contra la misma cabe recurso de **casación** por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo (art. 847.1 b) LECrim.), recurso que deberá ser preparado ante esta Sección de la Audiencia Provincial en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la notificación.

En caso de que la sentencia no sea recurrida, devuélvase la causa original, junto con testimonio de la presente, al Juzgado de procedencia, una vez notificada a las partes, para su ejecución y cumplimiento".

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de **casación** por infracción de ley por el Ministerio Fiscal, 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, alegando un único motivo:

Motivo aducido por el Ministerio Fiscal.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1º LECrim por indebida inaplicación del art. 468 CP.

QUINTO.- La representación procesal de Benito impugnó el motivo del recurso del Ministerio Fiscal. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 11 de enero de dos mil veintidós.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Fiscal formula recurso de **casación** contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial desestimando la apelación entablada contra la absolución decretada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona.

Esta modalidad de **casación** proviene de la reforma de 2015. Su finalidad, como diría la STS 210/2017, de 28 de marzo que inauguró este novedoso medio de impugnación, es la originaria de la **casación**: la nomofiláctica centrada en las leyes penales sustantivas, sin las adherencias de otras vías casacionales que fueron ensanchándose progresivamente hasta llegar a dar acogida a una capacidad de fiscalización relativamente amplia (infracción de normas constitucionales; revisión de ciertos aspectos probatorios, aunque limitadamente; irregularidades procesales...).

La **casación** en procedimientos competencia de los Juzgados de lo penal recupera sus orígenes. Permite exclusivamente comprobar que la norma penal sustantiva ha sido correctamente interpretada y aplicada. El debate sobre el resto de infracciones posibles queda clausurado con la resolución de la Audiencia Provincial.

Esos estrictos contornos están claros en la legalidad reformada si la leemos desde las pautas sentadas en su Exposición de Motivos. Esta Sala de **casación** en un acuerdo de pleno no jurisdiccional cuyo contenido ha sido reiterado en un nutrido número de sentencias posteriores y un todavía mucho mayor volumen de autos y providencias sentó categóricamente esa exégesis: solo cabe una impugnación basada en el art. 849.1º LECrim y con respeto a los tiránicos condicionantes de esa vía casacional: sujeción absoluta al hecho probado; denuncia de vulneración de una norma penal (o de otra rama jurídica pero que condicione la interpretación de la norma penal sustantiva); legalidad penal sustantiva, que no procesal ni constitucional.

La **casación** se abre a los delitos cuyo enjuiciamiento viene atribuido a los Juzgados de lo Penal, pero solo por infracción de ley del art. 849.1º (*error iuris*). Eso guarda coherencia con la filosofía de la reforma. Se quiso implantar una herramienta que sirviese para homogeneizar la interpretación de *todo* el derecho penal sustantivo (vid. STC 134/1991, de 17 de junio), y no solo el que arrastra las más graves sanciones. El principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) sale reforzado de esa reforma en tanto se permite uniformar la exégesis de los tipos penales menos graves que antes no accedían a **casación**. No es tolerable que una misma conducta pueda ser considerada delictiva en un territorio y atípica en otro. O que los perfiles de lo punible en cuestiones discutidas dependan en último término del criterio de la Sección de la Audiencia a la que haya derivado el asunto la regla, objetiva pero aleatoria, consagrada en las normas de reparto. Es por ello éste un recurso que, siguiendo la idea de la STS 210/2017 citada, enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva). Salvando las gotas de simplificación que anidan en esa disyuntiva, esa premisa -es un recurso al servicio de la seguridad jurídica más que de la tutela judicial efectiva- ayuda a diseñar este novedoso formato impugnativo. Esta **casación** no está reclamada por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque también lo sirva; sino por el principio de seguridad jurídica. No busca tanto dar una solución justa al caso concreto, como proyectar hacia el futuro una interpretación de la ley penal en un punto controvertido. De ahí que solo sea factible un cauce casacional: el estricto por *error iuris* que, respetando el relato fijado en la instancia, denuncie una errónea aplicación del derecho sustantivo.

SEGUNDO.- Estas ideas han de ser reafirmadas con especial énfasis para enmarcar el único motivo del recurso del Ministerio Público, amparado -no podía ser de otra forma- en el art. 849.1º LECrim: se reclama la condena del acusado. La argumentación, empero, no guarda total fidelidad al hecho probado. Leído éste asépticamente, se aprecia su incompatibilidad con el discurso impugnativo desplegado por el Fiscal, lo que abocará a la desestimación. El razonamiento del Fiscal encierra un punto de divergencia con el hecho probado.

La sentencia de la Audiencia rechazó tanto el recurso principal de la acusación particular (la valoración de la prueba no había sido irracional), como el adhesivo del Fiscal (no era viable una primera condena en la segunda instancia).

El hecho probado, proclama de manera cristalina que el acusado realizó la conducta descrita (envío de una tarjeta con un mensaje dirigido a su hija e indirectamente a la madre) sin que pueda afirmarse con seguridad que tuviese conciencia de que suponía un quebranto de la orden judicial de prohibición de comunicación con su expareja. Así resulta del inciso final: "*sin que se haya probado que lo hiciera con conocimiento e intención de quebrantar la orden judicial*".

TERCERO.- La argumentación del Fiscal dirige sus primeros compases a despejar posibles obstáculos procesales a su pretensión de condena:



a) Expone -y tiene razón- que en la medida en que se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la acusación y postuló en segunda instancia que se dictase una sentencia condenatoria (y no meramente que se anulase la absolutoria dictada) no estamos ante una pretensión novedosa no hecha valer antes en apelación. No es una cuestión nueva. El Fiscal estaba legitimado para adherirse a la previa apelación y también para ir más lejos que la apelante principal, según vienen admitiendo en la actualidad legislación y jurisprudencia rectificando posiciones precedentes.

b) Por otra parte, sale al paso de las razones aducidas por la Audiencia para desestimar su apelación adhesiva. No pidió la anulación porque consideraba que los hechos probados de la sentencia bastaban para la subsunción jurídica (delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP) que reivindicaba. Cuando se respeta el hecho probado no hay inconveniente alguno para admitir una primera condena en la segunda instancia o, ahora, en **casación**. Es lo que propugna el Fiscal. Si no es necesario ni modificar el hecho probado ni reinterpretarlo, cabe convertir en condena, la absolución.

CUARTO.- Pero, en realidad, solo tergiversando el hecho probado o adornándolo con adiciones que no contiene, se puede llegar a encajar la conducta en el art. 468.2 CP.

El Fiscal con acierto y amparándose en jurisprudencia anterior (singularmente la STS Pleno 664/2018, de 17 de diciembre -también la 650/2019, de 20 de diciembre-) explica que tal delito no requiere un ánimo específico o un elemento intencional que se superponga al dolo genérico.

Por tanto, la afirmación del hecho probado de que el acusado no tenía intención de quebrantar la orden judicial carecería de toda trascendencia a efectos de subsunción. Es inane.

Decía la STS 664/2018, de 17 de diciembre:

"En relación al tema que concita el interés casacional, el alcance del dolo que configura el elemento subjetivo del tipo, existe división en la doctrina de las Audiencias Provinciales, entre aquellas que entienden que basta un dolo genérico (entre otras SSTS A.P. de Álava, sección 2ª, de 9 de junio de 2006; AP de Tarragona, sección 4ª, de 6 de febrero de 2008; AP de Madrid, sección 17, de 27 de noviembre de 2009; o AP Zaragoza, sección 1ª, de 1 de julio de 2016), o las que consideran que el delito requiere un específico ánimo de desatender la resolución judicial (SSTS AP de Las Palmas, sección 1ª, de 30 de noviembre de 2015; o AP Valencia, sección 1ª, de 11 de julio de 2014).

Según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal. Sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

En consecuencia, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada.

La jurisprudencia ha deslindado los conceptos de dolo y móvil del delito. El primero se colma cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuales sean las motivaciones que le determinaron a actuar como lo hizo. Los móviles o la intencionalidad de su actuación no conforman aquél (SSTS 735/2013 de 22 de octubre; 260/2016, de 4 de abril; o 376/2017 de 24 de mayo). Recordaba la STS 1010/2012 de 21 diciembre, con cita de otros precedentes, que el dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas que pudieran operar.

Ello hace preciso distinguir el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al autor a actuar del modo en que lo hizo



(STS 90/2016, de 17 de febrero). En consecuencia, como indicaron las SSTs 990/2012 de 18 de octubre; 688/2013 de 30 de septiembre; 439/2014 de 10 de julio o la 553/2015 de 6 de octubre, los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor”.

QUINTO.- Pues bien, siendo correcta la tesis del Fiscal, no es suficiente para lograr en este caso la **casación** de la sentencia de instancia.

a) En primer lugar, porque el hecho probado no se limita a negar una específica intencionalidad de quebrantar la orden judicial, sino que, además, estima no acreditado que el acusado actuase con conciencia de que estaba contrariando lo dispuesto judicialmente. Esa inferencia será más o menos acertada; más o menos racional. Pero no es eso cuestión que quepa debatir en esta modalidad de recurso. Lo que importa es si, aceptada esa premisa -como es obligado: art. 884.3º LECrim-, se puede afirmar la tipicidad del art. 468. La respuesta es negativa. Falla el tipo subjetivo. No es necesario un móvil específico; ni un elemento subjetivo singular; pero sí el dolo genérico que, como se dice expresamente en el precedente invocado (y la parte recurrida lo destaca acertadamente), presupone conocer que la conducta vulnera la orden judicial. No hace falta querer vulnerarla, pero sí saber que con esa conducta se está infringiendo. La prueba de ese estado anímico ha sido negada por el Juzgado de lo Penal en decisión ratificada por la Audiencia: el acusado ignoraba -o, al menos, no queda probado lo contrario- que esa conducta implicase desacatar la prohibición decretada por el Juez.

La conducta descrita no es punible conforme al art. 468 LECrim.

b) Por otra parte, aunque esto ya es secundario y sería obstáculo que quizás pudiera superarse, el Fiscal se ve obligado a acudir a los fundamentos de derecho para integrar el hecho probado, lacónico en exceso en cuanto al contenido del mensaje. Se menciona solo que era una tarjeta *en parte* dirigida a *Isabel*, lo que genera confusión u oscuridad. No queda claro el significado de esa expresión.

No se plantea en rigor, por tanto, un problema de subsunción jurídica sino de valoración probatoria, aunque atinente a un elemento interno: decidir si el recurrente tenía conocimiento de que la prohibición judicial se extendía a conductas como la que llevó a cabo. La sentencia de instancia, refrendada por el Tribunal de apelación, declara que no ha sido probado. Ahí quedan finiquitadas las posibilidades de cuestionar en el ámbito de la jurisdicción ordinaria cuestiones probatorias. No podemos solventarlas en otro sentido a través de un motivo por infracción de ley tachando idealmente esa mención del hecho probado. Como explicaba la STS 70/2014, de 3 de febrero la valoración de un elemento interno -en este caso, el conocimiento del alcance de la orden judicial-, es un tema de valoración probatoria.

SEXTO.- Pese a la desestimación de su recurso la posición institucional del Ministerio Fiscal, repele una condena en costas que habrán de declararse, por tanto, de oficio (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de **casación** interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL** contra la sentencia nº 255/2019 de fecha 9 de diciembre de 2019, por la que la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra que desestimaba el recurso de apelación y confirmaba en su integridad la sentencia nº 257/2019 de fecha 23 de septiembre de 2019 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Pamplona, en causa seguida contra Benito , absuelto por un delito de quebrantamiento de condena.

2.- Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Julián Sánchez Melgar Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz

Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García