

Roj: **STS 447/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:447**Id Cendoj: **28079120012020100079**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **06/02/2020**Nº de Recurso: **3014/2018**Nº de Resolución: **39/2020**Procedimiento: **Recurso de casación**Ponente: **VICENTE MAGRO SERVET**Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 3014/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****Sentencia núm. 39/2020**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D^a. Susana Polo GarcíaD^a. Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 6 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación por **infracción** de ley, interpuesto por la representación del acusado **D. Evaristo**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería Sección Tercera, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo **Penal** nº 5 de Almería de fecha 15 de enero de 2018, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente acusado representado por el Procurador D. Víctor Enrique Mordomingo Herrero y bajo la defensa letrada de D. José Luis Díaz Gómez y Dña. Begoña Fernández Flores, y la recurrida Acusación Particular Dña. Julia representada por la Procuradora Dña. Olga Martín Márquez y bajo la dirección Letrada de D. Daniel Revuelta Calzada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo **Penal** nº 5 de Almería incoó Juicio Rápido con el nº 306/17, dimanante de Diligencias Urgentes nº 40/2017 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000, que con fecha 15 de enero de 2018 dictó sentencia contiene los siguientes Hechos Probados:



"Se declara probado que al acusado Evaristo , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 y con antecedentes **penales** no computables a efectos de reincidencia en tanto que fue ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 20 de julio de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION001 (Almería) en la causa 37/2015 por la comisión de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, entre otras a la pena de 4 meses de prisión, encontrándose la misma suspendida con fecha 20/07/2015 por un periodo de dos años, por Auto de fecha 28 de julio de 2016 dictado en las Diligencias Urgentes 95/2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , (Almería) se le impuso la medida cautelar de prohibición de aproximación a Julia , a su domicilio y lugar de trabajo, a una distancia mínima de 300m, así como a comunicarse con la misma por cualquier medio durante la tramitación del procedimiento, siéndole notificado el mismo al acusado teniendo pleno conocimiento de dichas prohibiciones. Pese a ello, y con ánimo de hacer irrisoria la citada resolución, desde los meses de febrero a abril de 2017, el acusado remitió desde su teléfono móvil número NUM001 al teléfono móvil número NUM002 propiedad de Julia un total de 64 mensajes, y en uno de ellos, remitido el 14 de marzo de 2017, a las 15.17 horas se hace constar: "y como madre d mis hijo t digo q ojito con los de los pueblos...la espana negra esta llena d crímenes por la decima parte q tu me had hecho a mi...como algun cateto toque a mis hijos no te salva ni el ejercito entero. Así que vigila tus nuevos amigos q ya se q alguno no es trigo limpio ", todo lo cual provocó en Julia miedo y temor".

SEGUNDO.- El citado Juzgado dictó el siguiente pronunciamiento: FALLAMOS:

"Que debo **CONDENAR Y CONDENO** a Evaristo como autor criminalmente responsable de un delito de amenazas con quebrantamiento de medida cautelar en el ámbito de violencia sobre la mujer del artículo 171.4 y 5 del Código **Penal**, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de 10 meses de prisión inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante 2 años, así como prohibición de aproximación a Julia , a una distancia mínima de 300 metros durante 3 años así como a comunicarse con la misma por cualquier medio, postal, telefónico o informático durante 3 años, y como autor criminalmente responsable de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2 y 74 del Código **penal**, a la pena de 10 meses de prisión, e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y al abono de las costas del procedimiento. Notifíquese en debida forma esta resolución a las partes con sujeción a lo dispuesto en el art. 248-4 de la L.O.P.J. previniéndoles de que contra la misma podrán interponer ante este Juzgado recurso de apelación en el plazo de cinco días ante la Il.ª Audiencia Provincial de Almería y, caso de que el juicio se haya seguido en ausencia conforme al párrafo segundo del apartado 1 del artículo 793 de la L.E.Crim. Procédase a notificar la presente al condenado conforme a lo previsto en el art. 797 de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal. Llévase el original al legajo correspondiente haciendo las anotaciones oportunas en los libros de este Juzgado. Una vez firme, procédase a su ejecución".

La citada sentencia del Juzgado de lo **Penal** nº 5 de Almería de fecha 15 de enero de 2018, fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, que con fecha 22 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene el siguiente fallo:

"Que con **DESESTIMACIÓN** del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2018 por la Sra. Juez del Juzgado de Lo **Penal** nº 5 de Almería en el Juicio Rápido nº 306/2017 de que deriva la presente alzada, **DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS** la expresada resolución con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada. Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia acompañados de certificación literal de la presente resolución a efectos de ejecución y cumplimiento".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por **infracción** de ley, por la representación del acusado **D. Evaristo** , 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 del acusado **D. Evaristo** , lo basó en el siguiente **MOTIVO DE CASACIÓN**:

Motivo único.- Por **infracción** de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 L.E.Cr., por indebida aplicación de los arts. 8.1, 73, 74, 77, 171.4 y 171.5 del C. **Penal**, al haberse realizado una interpretación errónea y equivocada en la aplicación del derecho, vulnerándose los derechos contenidos en los arts. 1.1, 9.3 y 25.1 de la C.E.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión y desestimación, dándose asimismo por instruida la representación de la Acusación Particular Dña. Julia , que impugnó el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.



SEXTO.- Por Providencia de esta Sala se señala el presente recurso para deliberación y fallo para el día 4 de febrero de 2020, prolongándose los mismos hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Evaristo contra la sentencia dictada en apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería, de fecha 22 de junio de 2018, que confirmó la sentencia de 15 de enero de 2018 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Almería, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar y un delito de amenazas en el ámbito de violencia sobre la mujer.

SEGUNDO.- Al amparo del art.849.1 LECr por aplicación indebida.

El recurrente denuncia la **infracción** del principio non bis in ídem, por haber sido condenado como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar (arts 468.2 y art. 74 CP), en concurso real con un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del Código Penal, subtipo agravado consistente en haberse realizado dichas amenazas quebrantando la citada medida cautelar.

Pues bien, el juzgado de lo penal declaró probado que:

"Se declara probado que al acusado Evaristo , mayor de edad, con DNI núm. NUM000 y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia en tanto que fue ejecutoriamente condenado por sentencia firme de fecha 20 de julio de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de DIRECCION001 (Almería) en la causa 37/2015 por la comisión de un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, entre otras a la pena de 4 meses de prisión, encontrándose la misma suspendida con fecha 20/07/2015 por un periodo de dos años, por Auto de fecha 28 de julio de 2016 dictado en las Diligencias Urgentes 95/2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 , (Almería) se le impuso la medida cautelar de prohibición de aproximación a Julia , a su domicilio y lugar de trabajo, a una distancia mínima de 300m, así como a comunicarse con la misma por cualquier medio durante la tramitación del procedimiento, siéndole notificado el mismo al acusado teniendo pleno conocimiento de dichas prohibiciones.

Pese a ello, y con ánimo de hacer irrisoria la citada resolución, desde los meses de febrero a abril de 2017, el acusado remitió desde su teléfono móvil número NUM001 al teléfono móvil número NUM002 propiedad de Julia un total de 64 mensajes, y en uno de ellos, remitido el 14 de marzo de 2017, a las 15.17 horas se hace constar: "y como madre d mis hijo t digo q ojito con los de los pueblos...la espana negra esta llena d crímenes por la decima parte q tu me had hecho a mi...como algun cateto toque a mis hijos no te salva ni el ejercito entero. Así que vigila tus nuevos amigos q ya se q alguno no es trigo limpio", todo lo cual provocó en Julia miedo y temor".

Al haber sido condenado como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar (arts 468.2 y art. 74 CP), en concurso real con un delito de amenazas del art. 171.4 y 5 del Código Penal señala el recurrente que si la sentencia recurrida decide extraer el mensaje de fecha 14 de marzo de 2017 como hecho distinto e independiente y calificarlo como delito de amenazas contenido en el artículo 171.4 y 5, en ningún caso se puede imponer, como lo hace la sentencia recurrida, el subtipo agravado contenido en el último párrafo del artículo 171.5, puesto que ya se estaría penalizando la **infracción** de comunicarse con la víctima con la aplicación de la condena del artículo 468.2 del Código penal. Ya que lo contrario infringiría el principio non bis in ídem al penalizar dos veces la **infracción** de comunicarse con la víctima.

Pues bien, frente al recurso que formuló el ahora recurrente ante la Audiencia Provincial alegando la vulneración del principio *non bis in idem* por condenar, el juez de lo penal por el delito de amenazas y por el de quebrantamiento de medida cautelar señala que lo ocurrido fueron dos hechos distintos e independientes:

- a.- Por un lado, las supuestas amenazas con quebrantamiento de medida (1) y
- b.- Por otro, el quebrantamiento continuado (63) de la medida cautelar acordada.

Nos encontramos ante un concurso real de delitos:

- 1.- Uno de amenazas agravadas por realizarse quebrantando una medida (subtipo agravado de un delito contra la libertad) (art. 171.4 y 5 CP) y
- 2.- Un delito continuado de quebrantamiento de medida (delito contra la Administración de Justicia) (art... 468.2 CP y 74 CP) en el que no aparecen incluidos los hechos del día 14 de marzo puesto que en lo relativo al quebrantamiento de medida.



El Tribunal de apelación confirma la sentencia del juez de lo **penal** que aplicó el concurso real, por cuanto admite que "Existieron numerosas vulneraciones, tantas como mensajes de texto telefónicos enviados, por parte del acusado de la orden de alejamiento hacia la denunciante impuesta por Auto de fecha 28 de julio de 2016 dictado en las Diligencias Urgentes nº 95/2016 por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000, que, entre otras prohibiciones, le impedía comunicarse con Julia por cualquier medio durante la tramitación del procedimiento, siéndole notificado el mismo al acusado teniendo pleno conocimiento de dichas prohibiciones.

Uno de esos quebrantamientos, en concreto el acaecido el 14 de marzo de 2017 a las 15.17 horas, fue acompañado de una amenaza, y por sí solo es suficiente para integrar el subtipo agravado del nº 5 del art. 171 C.P. y el resto de los 63 mensajes enviados a la víctima en el periodo descrito en el factum de la sentencia recurrida, integran el delito continuado de quebrantamiento del art. 468.2 en relación con el 74 del C. **Penal**".

La cuestión que surge y plantea el recurrente parte de un concepto erróneo de la construcción jurisprudencial en torno a que en el caso de amenazas con orden de prohibición de comunicación o alejamiento el quebrantamiento con amenaza se subsume en el art. 171 CP, subtipo agravado del apartado 5, párrafo segundo del mencionado art. 171 del C. **penal** por haberse realizado el delito quebrantando una medida cautelar.

Pero el caso que nos ocupa es distinto radicalmente a la construcción doctrinal básica que se refiere a un solo hecho de amenaza mediante el cual, y además, se quebranta la orden de alejamiento, o prohibición de comunicación, por cuanto no puede en estos casos castigarse, por un lado, con la amenaza y, por otro, por el quebrantamiento.

Se recoge así que, en este caso, consta acreditada la reiterada **infracción** de la prohibición de comunicación, y así se recoge en los hechos probados, en tanto que el ahora recurrente, con pleno conocimiento y alcance de las medidas **penales** impuestas, procedió a enviarle mensajes desde su teléfono móvil número NUM001 al teléfono móvil número NUM002 propiedad de Julia.

Ello conlleva que nos encontremos ante dos escenarios distintos desde el punto de vista punitivo, ya que:

- a.- El quebrantamiento continuado se integra con tales actos reiterados de envíos de 63 mensajes con orden de prohibición,
- b.- La amenaza con orden de prohibición se separa de los anteriores por tener autonomía típica propia.

De no ser así, e integrarse en un solo delito reconoce con acierto la Audiencia Provincial que se fomentaría la impunidad de todas las **infracciones** de la orden de alejamiento cometidas por el ahora recurrente distintas a aquella en que, además, profirió amenazas contra su ex pareja, o bien de la propia amenaza si ésta se quisiera subsumir en el art. 468.2 CP, lo que no es posible técnicamente.

a.- Sobre el rechazo de la vulneración del principio del non bis in idem.

La jurisprudencia de esta Sala (SSTS 806/2007, de 18 octubre, y 262/2017, de 7 abril, con cita STC. 334/2005, de 20 diciembre), tiene establecido que el núcleo esencial de la garantía material del *non bis in idem* reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente.

Pues, conforme al Pleno no Jurisdiccional de 19-5-2003, esta Sala tiene declarado que el principio "*non bis in idem*" se configura como un derecho fundamental, integrado en el principio de legalidad en materia **penal** y sancionadora del art. 25-1 CE, que en su vertiente material impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho y con el mismo fundamento (STC 2/2003, de 16-1), y que en una de sus conocidas manifestaciones supone que no recaiga duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecia identidad de sujeto, hechos y fundamento.

La garantía material de no ser sometido a un *bis in idem* sancionador tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada, en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente (SSTC 180/2004, de 7-11; 188/2005, de 4-7; 334/2005, de 20-2; y 48/2007, de 12-3).

*b.- Aplicación del principio de especialidad en casos en los que existe una amenaza con prohibición de comunicación o **infracción** de la orden de alejamiento.*

Dicho esto, lo relevante en este caso es que este principio no puede entenderse vulnerado en el presente supuesto, por cuanto debe existir separación tipificadora por no poder absorberse ambas conductas separadas por el juzgado en uno de los dos tipos **penales** utilizados. No puede aplicarse, por ello, el principio de especialidad.



Esta Sala ha tratado este tema en la sentencia 303/2018, de 20 de Junio Cirilo en la que se recoge que en los hechos probados de la instancia "el día 25 de marzo de 2015,... a través de su teléfono mandó un mensaje por WhatsApp a.... , íntima amiga de, para que llegara a conocimiento, entre otros, de la citada ..., en el que decía, refiriéndose a ésta y a su pareja...., "Porque o la la van a matar... Ya he enviado a una persona y van a ir a por él y por ella, para que lo sepas..."

Con ello, un solo hecho, cometido en un solo día (25/03/2015), consistente en verter amenazas a través de whatsapp, durante la vigencia de una medida cautelar de prohibición de comunicación, no puede calificarse a la vez, ese solo hecho, como constitutivo de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 y de otro de amenazas del art. 171.4 y 5 CP, lo que efectivamente vulneraría el *non bis in ídem*, procediendo aplicar exclusivamente y por el principio de especialidad, el precepto especial, es decir, el art. 171.4 y 5 CP (amenazar quebrantando la medida cautelar).

Así, dijo esta Sala que "Por tanto, el concurso de normas ha de resolverse en este caso por la vía de la especialidad prevista en el artículo 8.1.1 ° del CP, a favor del subtipo agravado de amenazas (art. 171. 4 y 5 CP), subtipo especial que resulta preferente al más genérico del art. 468.2 del mismo texto legal, dada la prioridad con que suelen aplicarse generalmente los subtipos agravados sobre los genéricos".

Pero no es el caso que se trata en este supuesto objeto de recurso, en el que no se trata de un solo hecho, sino de una sola amenaza con quebrantamiento, y, además, un volumen de 63 quebrantamientos adicionales. No hay ni tan siquiera unas amenazas continuadas, sino una sola con quebrantamiento, a penar aisladamente, y, aquí si fuera sola, por el principio de especialidad, pero en este caso existen, aparte, los restantes delitos de quebrantamiento que no pueden quedar integrados en la amenaza porque quedarían, técnicamente impunes.

Lo que se hizo en aquél caso de la STS 303/2018 es acudir a la regla del art. 8.1.1 O del CP y al único hecho enjuiciado, que es el de la amenaza por la que se cometió quebrantamiento y le aplica el precepto especial que además, es el más amplio, puesto que contempla tanto las amenazas como el quebrantamiento.

No se podría castigar la amenaza, por un lado, y que por su comisión se quebrantara una medida o pena. Castigar un solo hecho: quebrantar una medida y amenazar a la vez, tanto por el precepto especial como por el general, era castigar ese mismo hecho dos veces y aplica el tipo de la amenaza con su subtipo agravado que lo prevé. Pero no es este el caso que aquí se trata.

Recordemos que el art. 8,1 CP señala que:

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los artículos 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

Pero no puede aplicarse este precepto, ya que hay perfecta "separabilidad de hechos" y no puede haber una absorción en uno de los tipos que englobe todos los hechos ocurridos, por lo que no hay **infracción** de la prohibición del *non bis in ídem*.

c.- En este caso hay concurso de delitos y no concurso de normas. Hay multitud de acciones de quebrantamiento y una comunicación en la que se amenaza quebrantando.

En el concurso de delitos, uno o varios hechos constituyen varios delitos; en el concurso de normas sólo existe un delito. No puede haber aquí concurso de normas. Hay separación de conductas de tal pluralidad que no puede integrarse todo el hecho probado típico y punible en un solo tipo **penal**.

En el concurso de normas sólo resulta aplicable un delito porque esa norma **penal** es suficiente para aprehender por completo el desvalor del hecho. Pero ello aquí no puede darse tal y como ha llevado a cabo el juzgado y la Audiencia Provincial en base al hecho probado y la debida subsunción en el tipo **penal**. Ninguna de las dos normas **penales** (art. 171.5 CP y 468.2) puede recoger y absorber todo el hecho probado y el desvalor total y absoluto del resultado producido.

No puede extrapolarse al presente caso la sentencia 303/2018 en la respuesta que se da de aplicar el principio de especialidad, porque no existe el mismo supuesto en este caso, al tratarse de una pluralidad de hechos, ya que aquí nos encontramos con varios hechos que se cometen a lo largo de varios meses durante los que se quebranta reiteradamente la medida cautelar de prohibición de incomunicación, y en una ocasión, y además, se vierten amenazas de la única manera posible en ese momento, es decir, quebrantando la medida de incomunicación.

Lógicamente, se debe acudir a la continuidad delictiva en el quebrantamiento por la vía del art. 74 CP, pero, inicialmente, nos encontramos con varios hechos que cada uno y aisladamente considerado serían constitutivos de un delito del art. 468.2 CP, y otro de amenazas que no puede integrarse en aquellos, por lo



que este supuesto es distinto al de la citada sentencia, pudiendo hablar de concurso de delitos más que de concurso de normas.

Se trata, pues, de un concurso real, y hay que recordar al respecto que la doctrina distingue entre concurso real homogéneo (si se trata de la misma **infracción penal**) y concurso real heterogéneo (si son **infracciones** distintas). Su regulación la ubicamos en el artículo 73 CP, según el cual "*al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas **infracciones** para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas*".

d.- Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo **Penal**, Sentencia 446/2018 de 9 Oct. 2018, Rec. 10245/2018

El caso sometido a análisis en el presente caso es semejante al tratado en la STS 446/2018, de 9 de Octubre en el que se recogió que:

"Cuando la prohibición acordada por resolución judicial consiste, además de la de aproximación, en la de prohibición de comunicación con la víctima, sea como medida cautelar, sea como pena accesoria, y el agresor la quebranta poniéndose en contacto con aquélla a través de repetidas llamadas telefónicas o sucesivos mensajes telefónicos (sms), o, incluso mensajes electrónicos (mails) al margen de su contenido, tales hechos constituyen un delito continuado de quebrantamiento de prohibición de comunicación (STS 126/2011 de 31 de enero).

No obstante lo anterior, en este caso, en primer lugar, en cuanto al hecho que tiene lugar el día 5 de mayo de 2017, sobre 19.34h, debe calificarse por el subtipo agravado del art. 171.5, último párrafo del C.P., precepto que establece lo siguiente: "Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza". Ya que, el concurso de normas, ha de resolverse en este supuesto, por la vía de la especialidad prevista en el artículo 8.1.1º del CP, a favor del subtipo agravado de amenazas (art. 171. 4 y 5 CP), subtipo especial que resulta preferente al más genérico del art. 468.2 del mismo texto legal, dada la prioridad con que suelen aplicarse generalmente los subtipos agravados sobre los genéricos, en relación con los hechos ocurridos el día 5 de mayo de 2017 a las 19.34h; debiéndose calificar el resto de los hechos como delito del art. 468.2 del C. **Penal**. Delito éste último que debería haber sido calificado como continuado, ya que se trata de dos las ocasiones en que las que el acusado quebranta la prohibición de comunicación, a través de dos nuevas llamadas telefónicas, pero ello excede del contenido del recurso ya que su apreciación implicaría una **infracción** de la prohibición de la reforma peyorativa o *reformatio in peius*.

La calificación de los hechos llevada a cabo por el Tribunal en la sentencia recurrida, no implica vulneración del principio *non bis in idem* (principio de legalidad, artículos 9.3 y 25.1 CE), en relación con el principio de proporcionalidad y prohibición del exceso punitivo derivado del valor justicia al que se refiere el artículo 1.1 CE (STS 303/2018, de 20 de junio), ya que, en este caso, no se valora doblemente la misma circunstancia: el quebrantamiento de la orden de incomunicación, que tal y como es calificado por el Tribunal de instancia, opera como subtipo agravado en relación a los hechos ocurridos el 5 de mayo de 2017, y como tipo **penal** autónomo (art. 468.2 del CP), en cuanto a los hechos que tuvieron lugar en la madrugada del día 6 de mayo de 2017".

e.- Los cuatro principios que se aplican en casos de no separabilidad de hechos.

La doctrina recoge y reconoce que en base al art. 8 CP destacaríamos cuatro principios básicos en casos de *integración de hechos* cuando ello sea posible atendiendo a la redacción del hecho probado, por cuanto estamos y nos movemos ante un caso de subsunción jurídica, a saber:

a) Principio de especialidad: (art. 8. 1): El precepto especial se aplica con preferencia al precepto general. Se apunta por la doctrina que en este caso todo hecho subsumido en el tipo del precepto especial también se subsume en el tipo del precepto general, pero no a la inversa, lo que es evidente.

No se aplica en este caso, ya que los sucesivos quebrantamientos continuados no pueden subsumirse en la única amenaza con quebrantamiento. El recurrente señala que *no cabría la condena a mi representado por el artículo 468.2 del Código **penal** por infringir la prohibición de comunicarse con la víctima, ya que ya se ha contemplado dicha **infracción** al imponer a mi representado la agravante del artículo 171.5 en relación con el artículo 48, ambos preceptos del Código **penal** .*

No puede admitirse la pretensión de quedar impune la continuidad delictiva de quebrantamientos, ni de integrar la amenaza en el art. 468.2 CP. No puede aplicarse la especialidad del art. 8.1 CP.

b) Principio de subsidiariedad: (art. 8.2) El precepto subsidiario se aplica en defecto del principal. La doctrina apunta que la relación de subsidiariedad se establece entre dos preceptos **penales**, uno de los cuales -el subsidiario- solo resultará aplicable en caso de que no entre en juego otro -el principal-.



En este caso, no puede reclamarse que se retire el subtipo agravado del delito de amenaza con un quebrantamiento de medida, o que se suprima de la condena el delito continuado de quebrantamiento de medida por estar ya incluido en el subtipo agravado, por cuanto no es posible contemplarlo así, ya que ninguno de los dos preceptos contemplados, el art. 171.5 CP, ni el art. 468 CP en relación con el art. 74 CP son subsidiarios uno del otro.

c) Principio de consunción: (art. 8.3) El precepto más complejo absorbe a los que vienen comprendidos en él. Así, cuando hay una conducta **penal** compleja, a veces queda absorbida una **infracción** en otra más grave que abarca la totalidad del comportamiento ilícito. Tal absorción se produce cuando, pese a su complejidad, todo el significado antijurídico del comportamiento correspondiente queda cubierto con la aplicación de una sola norma, mientras que en el caso contrario estaríamos ante un concurso de delitos. Es decir, el que mejor delimita la conducta prima sobre el que la designa en términos más amplios o vagos.

En este caso, el precepto **penal** más amplio o complejo absorbe a los preceptos que tipifiquen **infracciones** consumidas en aquel, pero el quebrantamiento verificado en la amenaza es el que constituye aquí el subtipo agravado, pero el resto de quebrantamientos y su pluralidad de actos no pueden hacerlo en vía consuntiva, porque quedarían impunes.

Se aprecia consunción o absorción cuando el ataque lo es a un mismo bien jurídico, y en este caso los bienes jurídicos del art. 171 y 468 CP son distintos y concurso de delitos cuando la lesión es de bienes jurídicos distintos, como aquí ocurre.

d) Principio de gravedad: (art. 8.4) El precepto más grave excluye al de menos gravedad. Aquí un mismo hecho aparece recogido, con todas sus características, en dos preceptos distintos, de suerte que el precepto **penal** más grave excluye el precepto que castiga el hecho con una pena menor

Ninguno de estos principios puede, tras lo expuesto, y tras el hecho probado, aplicarse en este caso. Hay concurso real.

f.- *El principio de especialidad no puede aplicarse cuando se abarcan varias conductas que no pueden quedar absorbidas en un solo delito.*

Los hechos probados son de amenazas sobre la mujer realizadas quebrantando una medida de las contempladas en el art. 48 CP y, además, delito continuado de quebrantamiento de medida por múltiples conductas de quebrantamiento de la prohibición comunicativa.

En la especialidad que patrocina el art. 468.2 en relación con el art. 74 CP queda fuera el hecho vulnerador del bien jurídico consistente en la libertad o seguridad de la víctima que se comete con la amenaza + quebrantamiento, en este caso, en el art. 171.5 CP.

El art. 468.2 CP como delito final no absorbe todo el desvalor de las conductas descritas, al dejar fuera el ataque al bien jurídico protegido en el art. 171 CP y el subtipo agravado del apartado 5º y ésta no puede, tampoco, absorber toda la continuidad delictiva del quebrantamiento que debe quedar al margen de la aislada amenaza "con su quebrantamiento".

Por ejemplo, también en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo **Penal**, Sentencia 444/2007 de 16 May. 2007, Rec. 10946/2006 señalamos en la misma línea que:

"No cupo apreciar un concurso de normas incluíble en el art. 8 CP, sino un concurso de delitos, por cuanto *constan en el factum hechos diferenciados* cuya estimación como delitos distintos no supone vulneración del *non bis in idem*".

Un sector de la doctrina especializada denomina a los supuestos en los que se debe aplicar el principio de especialidad como la *Aparente concurrencia de Tipos Penales*. Así, suele decirse que cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya se encuentra contemplado en otro tipo **penal**, el autor comete solamente una lesión a la ley **penal**. Estas situaciones ocurren cuando en el caso concreto hay una relación de especialidad, o de subsidiariedad o de consunción, o de alternatividad como se ha expuesto. Y se añade que al tiempo de resolver el concurso de tipos **penales**, en cuanto a su practicidad, solo se aplicará la pena del delito que mueve a los otros, desplazando, también, todo cómputo de penas de los otros delitos, ya que solo se infringe una de las normas aparentemente concurrentes.

Otros autores denominan al concurso aparente de normas como "punibilidad subsidiaria", y dicen que estos casos se dilucidan simplemente por la interpretación del contenido de la ley **penal**.

Como estamos destacando, la doctrina **penal** apunta que el concurso de normas, o concurso aparente de leyes **penales**, hace referencia a situaciones en las que la conducta de un sujeto integra los requisitos típicos de varias figuras delictivas, de las que finalmente se aplica solo una, que es suficiente para captar el desvalor de



la conducta. Esta característica permite su distinción de los casos de concurso de delitos, donde es preciso estimar cada uno de los delitos concurrentes para captar plenamente la realidad grupal del íntegro contenido del hecho probado.

Destaca, así, esta Sala del Tribunal Supremo en su STS núm. 615/2016, de 8 de julio (STS 430/2009, de 29 de abril), señalando que "La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos".

Por esta razón, se apunta que la doctrina denomina al concurso de leyes *concurso aparente o inauténtico*, mientras que se refiere al concurso ideal y real de delitos como concurso auténtico. El hecho delictivo es subsumible a priori en más de un tipo **penal**, pero basta con uno solo de ellos para valorar la total gravedad de lo acontecido, por lo que, en el caso de aplicar más de uno de los preceptos en principio concurrentes, se estaría vulnerando el principio *non bis in idem*.

Pero no podemos acometer esta apariencia de concurrencia de tipos cuando los hechos probados no permiten esa "apariencia", sino que la realidad del *factum* es que no hay unidad de acción, ni cabe absorber uno de ellos el resto de las conductas producidas, porque ello provocaría un denominado "*ahorro de la respuesta penal*" a la realidad típica y punible de la totalidad de los hechos cometidos por el autor.

Actuar aplicando el principio de especialidad ante una pluralidad de hechos separables entre sí supondría implantar la teoría que, podríamos denominar, del *descuento punitivo*, ante hechos separables en el tiempo y en el tipo **penal**, y sin opción de acumularlos en uno solo de ellos.

En este caso, no hay una doble incriminación por un mismo hecho, ya que son varios hechos que no pueden integrarse ni aplicar la absorción por especialidad, ni la progresión delictiva.

Distinto sería el caso de un supuesto de maltrato habitual con quebrantamiento de orden de alejamiento y/o prohibición de comunicación, ya que si se sancionaran esos hechos por la vía del art. 173.2 con el subtipo agravado del párrafo 2º de imponer la pena en su mitad superior por el quebrantamiento de las penas del art. 48 CP y, además, se condenara por delito continuado de quebrantamiento de la orden del art. 468.2 CP en relación con el art. 74 CP sí que habría doble incriminación derivada de la condena por el delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, y la estimación del subtipo agravado en los delitos de maltrato en el ámbito familiar, y violencia doméstica, ya que se recuerda el criterio mantenido por la mayor parte de la doctrina, y el sustentado por la Circular 4/2003, de la Fiscalía General del Estado, y el más acorde con el principio citado, rector del proceso **penal**, por virtud del cual, es el que determina que debemos entender que nos encontramos ante un concurso de normas, a resolver a favor del subtipo agravado del art. 173.2 del Código **Penal**, en virtud del principio de especialidad que establece el art. 8.1 del Código **Penal**, rechazando la condena por el delito de quebrantamiento de medida cautelar, ya que si se condenara por el segundo sí que habría doble incriminación, pero porque, a diferencia del presente caso, los mismos hechos del quebrantamiento están ya subsumidos e integrados en el párrafo 2º del art. 173.2 CP.

También concurriría vulneración del principio *non bis in idem* en el caso de que se condenara al autor de unas amenazas verbales cometidas en su domicilio, también, por un delito de allanamiento de morada, por lo que habría un solapamiento entre los tipos **penales** del art. 171.5, párrafo segundo, y del art. 202 del C. **Penal**, ya que el desvalor de la acción propio del delito de allanamiento de morada comprende ya de forma sustancial el desvalor del injusto específico del subtipo agravado de realizar las amenazas en el domicilio de la víctima. Así, si se condenara en este caso por el delito de allanamiento de morada y por el subtipo agravado de amenazas en la morada de la víctima se vulnera el referido principio, por castigar dos veces el supuesto fáctico consistente en ejecutar el hecho en el domicilio de la víctima, hecho cuya ilicitud resulta ya comprendida en el delito de allanamiento de morada sin que resulte una desvaloración subsumible en el subtipo del art. 171.5, párrafo segundo, del C. **Penal**.

A diferencia de los casos anteriores, otra posibilidad que, como en el caso actual, sí permitiría la aplicación del concurso de delitos y que no vulneraría la prohibición de vulneración del principio del *non bis in idem* sería el caso de un supuesto del art. 153.1 CP donde concurre la vulneración de la prohibición de comunicación, o la orden de alejamiento, y, además, otra circunstancia del subtipo agravado del apartado 3º del art. 153 CP, como la de perpetrarlo en presencia de menores, con armas o en el domicilio común o de la víctima, por lo que teniendo en cuenta que el quebrantamiento de una medida cautelar impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 está tipificada como delito autónomo -y agravado respecto de su tipo básico, en el artículo 468.2 del Código **Penal**- lo que surge es que cuando en la conducta subsumible en el artículo 153.1 del Código **Penal** se aprecia, además de un quebrantamiento de una medida cautelar del artículo 48 del mismo texto legal, una o más de las restantes tres



circunstancias previstas en el artículo 153.3 del Código Penal antes citadas, cualquiera de las cuales, dada su enumeración alternativa, permitirían la aplicación del subtipo agravado en art. 153.3 CP en el apartado 1º, y ello permite la vía de la posibilidad de configurar dicho subtipo agravado con alguna o más de ellas y proceder a la punición por separado del delito de quebrantamiento de medida cautelar, lo que no conllevaría vulneración del principio *non bis in idem*.

g.- La progresión delictiva y la absorción.

La progresión delictiva permite la absorción de una conducta instantánea que en el caso de la amenaza podría darse con un tipo penal mayor como el asesinato, pero no entre amenaza y quebrantamiento, absorbiendo éste a aquél. Ni tampoco la amenaza al quebrantamiento cuando hay una sola amenaza y muchos quebrantamientos.

En la progresión delictiva se trata de comportamientos delictivos que constituyen generalmente estadios intermedios de hechos típicos ulteriores, que se ven consumidos por estos.

Así, en la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 520/2009 de 14 May. 2009, se señala que: *las amenazas vertidas en coincidencia con el inicio de la ejecución del mal amenazado, siendo éste punible, dan lugar a un concurso aparente de leyes a resolver con el criterio de la consunción, de manera que deben considerarse absorbidas por éste. Las proferidas inmediatamente antes de un ataque contra la vida o la integridad física pueden considerarse incluidas en éste a través de un fenómeno de progresión delictiva, de modo que serán conjuntamente sancionadas con la pena del delito más grave. E igualmente, en algunos casos, puede considerarse un acto copenado las amenazas proferidas contra la víctima inmediatamente después de finalizar la comisión del delito contra la vida o la integridad física.*

Sin embargo, deben pensarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas, cada una de ellas con su propio contenido de injusto independiente de la otra.

La absorción que provoca y exige el delito más grave en algunos casos hemos señalado que se lleva a cabo porque el desvalor de la conducta se integra en el delito final que consume, en **consecuencia**, toda la antijuridicidad de la acción. Y ello, porque no es preciso en una secuencia de progresión de delito penar los diversos pasajes de tal progresión delictiva, si el resultado final, por su gravedad, consume toda la antijuridicidad de la acción. Pero no es este el caso, porque el quebrantamiento continuado no absorbe la amenaza, ni ésta sola al delito continuado de quebrantamiento de medida o condena.

h.- Las unidades típicas en sentido amplio.

También suele referirse la doctrina a las denominadas "unidades típicas en sentido amplio", donde se destaca que se realiza de forma sucesiva un mismo tipo penal, no multiplicándose el número de delitos, sino dándose simplemente una intensificación cuantitativa del injusto del hecho, persistiendo la misma motivación o culpabilidad. Pero no es este el caso, porque hay sucesión de un mismo tipo penal en torno a los quebrantamientos de medida, pero, además, existe un delito de amenaza con su quebrantamiento que no se puede integrar en la unidad típica y debe ser penado aisladamente en situación de concurso real.

Cabe distinguir dos grupos de casos, dependiendo de la mayor o menor contextualidad de las acciones singulares:

- a. Supuestos de "unidad natural de acción", como en el caso de un sujeto que vierte una multitud de expresiones injuriosas, o amenazas constituyendo un único delito de injurias, o amenazas.
- b. El delito continuado, que es el caso aquí citado, pero contextualizado en el quebrantamiento tan solo, porque amenazas solo hay una, aunque con el subtipo agravado del art. 171.5 CP.

i.- Tampoco se trata este caso de un acto posterior copenado.

Se trata de hechos que por sí solos realizarían un delito, pero que se consumen en otro al que siguen, ya que constituyen formas de asegurar lo conseguido en ese delito principal, y no comportan un desvalor adicional. Tampoco se da en este caso porque no pueden consumirse los sucesivos quebrantamientos en la amenaza del art. 171.5 CP, ni ésta en aquellos.

No puede, por ello, estimarse ninguna de las teorías alternativas expuestas como proceso de subsunción jurídica a los hechos probados. Es correcta la calificación jurídica llevada a cabo por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, lo que motiva la desestimación del recurso, por cuanto existe un concurso real heterogéneo por concurrir una amenaza con **infracción** de prohibición de comunicación, más una pluralidad de quebrantamientos de la citada prohibición en continuidad delictiva.



TERCERO.- Desestimándose el recurso, las costas se imponen al recurrente (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

DEBEMOS DECLARAR NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación del acusado **Evaristo** , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera, de fecha 22 de junio de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por indicado acusado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo **Penal** nº 5 de Almería de fecha 15 de enero de 2018. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas procesales ocasionadas en su recurso. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo del Arco

Vicente Magro Servet Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz

FONDO DOCUMENTAL CENDO