



Roj: **STS 4341/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4341**

Id Cendoj: **28079129912018100007**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **17/12/2018**

Nº de Recurso: **504/2017**

Nº de Resolución: **664/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 664/2018

Fecha de sentencia: 17/12/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 504/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada

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

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 504/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 664/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarda

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre



D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral Garcia
D. Andres Palomo Del Arco
D^a. Ana Maria Ferrer Garcia
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 504/2017 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional interpuesto por D^a Natalia , como acusación particular, representada por la procuradora D^a Celia Fernández Redondo bajo la dirección letrada de D. Ernesto Manzano Luque, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de diciembre de 2016. Han sido partes recurridas el Ministerio Fiscal y D. Carlos Alberto , representado por la procuradora D^a Susana Camarero Prieto bajo la dirección letrada de D. Antonio Angel González Martínez.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer num. 2 de Granada incoó Diligencias Urgentes num. 206/16 que fueron remitidas al Juzgado de lo Penal num. 5 de Granada que con fecha 18 de julio de 2016 (Juicio Rápido num. 428/16) dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: "ÚNICO. El día 26 de febrero del presente año, en las Diligencias Urgentes 60/16 del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 2 de Granada se dictó auto por el que se acordaba la orden de protección solicitada por Doña Natalia acordando el alejamiento de Carlos Alberto , a su domicilio o centro de trabajo y lugar en que se encuentre a menos de 100 metros ni tener ninguna comunicación con ella por cualquier medio directa o indirectamente por escrito, vía telefónica o telemática por termino de seis meses. El auto fue notificada a Carlos Alberto el mismo día que fue dictado siendo requerido expresamente para su cumplimiento y prohibición de comunicación acordada y en los términos previstos con apercibimiento de que la inobservancia o quebrantamiento de la medida cautelar impuesta comportará la modificación de la situación personal del imputado pudiendo ser decretada su prisión provisional sin fianza y además serle exigida responsabilidad penal por delito de desobediencia grave a la autoridad judicial o de quebrantamiento de condena.

Pese a las citadas prohibiciones y siendo conocedor de la misma y de las consecuencias del incumplimiento, el día 6 de junio del presente año Carlos Alberto envió un correo electrónico a través de Gmail a Doña Natalia , correo remitido a las 12:22 y las 12:32 horas con el mismo contenido, en el que se podía leer " Carlos Alberto con DNI NUM000 Informo a Natalia con Dni NUM001 que debido a que en los años pares elijo Yo las vacaciones, según acuerdo estipulado en Convenio de Divorcio, el periodo vacacional que elijo para este año 2016 es la Primera Quincena de Julio y la Primera Quincena de Agosto de 2016".

En fecha no determinada pero en todo caso con posterioridad al 11 de junio del presente año, Carlos Alberto le envió una comunicación a Natalia mediante una nota escrita que dejaba en la mochila del menor tras devolverlo después de disfrutar del régimen de visitas establecido en la que se podía leer "por favor échale bastante crema en las piernas y espalda. Ha venido del crucero con la piel en carne viva y llora de dolor (Exomega-A. Derma). El día 23 de junio del presente año, sobre las 20:30 horas Carlos Alberto se acercó a la esquina de la vivienda de Doña Natalia sita en CALLE000 número NUM002 , piso NUM003 NUM004 de DIRECCION000 (Granada) a apenas 20 o 30 metros de la vivienda de esta, cuando fue a entregar al menor después de haber disfrutado de la compañía del menor".

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva: "FALLO: Que debo condenar y condeno a Carlos Alberto como autor criminalmente responsable de un delito de quebrantamiento de condena, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y condenándole al pago de la mitad de las costas procesales incluida las de la acusación particular. Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal con la advertencia de que la misma no es firme y que contra ella puede interponerse recurso de apelación por ante mi la Audiencia Provincial en el plazo de CINCO días a contar desde la última notificación".



TERCERO.- Por D. Carlos Alberto se interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, dictándose por la Audiencia Provincial de Granada (Sec. Segunda, Rollo Apelación 321/2016) sentencia de fecha 7 de diciembre de 2016, que contiene el siguiente FALLO: "FALLAMOS :Estimar el recurso de apelación interpuesto en nombre de Carlos Alberto , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal N° 5 de Granada en la causa seguida por Juicio Rápido con el N° 428/2016 de Fecha 18 de Julio de 2016, que se revoca íntegramente absolviendo al acusado apelante del delito de quebrantamiento de condena por el que venía acusado declarando de oficio las costas de este recurso.

Esta resolución no es firme y podrá interponerse el recurso de casación previsto en el actual art.790.2 en relación con el 847 de la LECRIM., por haber sido cometidos los hechos dentro de la vigencia de la Reforma de la citada Ley 41/2015 de. 5 de Octubre. El citado recurso se preparará e interpondrá conforme a las formalidades generales para ésta clase de recursos.

Una vez firme, devuélvase al Juzgado de lo Penal número 3 de Granada los autos originales, con testimonio de esta resolución, para su cumplimiento."

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION:**

1º.- Por infracción de ley, de conformidad con lo establecido en el art. 849.1 LECRIM, en relación con el art. 847.2ª B) del mismo texto legal.

2º.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del artículo 852 de la LECRIM y 5.4 de la LO 5/1985.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal y demás partes recurridas del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SEPTIMO.- De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 28 de febrero de 2018. Habiéndose cumplido todos los plazos legales, excepto el de dictar sentencia por indisposición temporal de la ponente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia el 7 de diciembre de 2016 que estimó el recurso de apelación que había sido interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Alberto contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 5 de la misma ciudad el 18 de julio también del año 2016, y le absolvió del delito de quebrantamiento de medida cautelar por el que había resultado inicialmente condenado.

Contra dicha resolución interpuso recurso la acusación particular ejercida por Dª Natalia .

Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015 de 5 de octubre, al introducir la posibilidad de recurso de casación en el artículo 847.1 b) contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema impugnativo que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, si bien limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la "infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849", cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional. Así lo dijo expresamente la Exposición de Motivos de la Ley que lo implantó, y se deduce del artículo 889 LECRIM que en estos casos autoriza la inadmisión a través de una providencia "sucintamente motivada" acordada por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017 de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización.

En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar que debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:



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

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

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

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)".

De conformidad con el mismo, abordamos el presente recurso a partir del respeto al relato de hecho declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, en relación a los aspectos que han suscitado interés casacional.

SEGUNDO: 1. El cauce de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM que da viabilidad al recurso obliga, como hemos anunciado, a partir del escrupuloso respeto al relato de hechos probados. En este caso, el único que se formula como tal es el que incorporó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal, del siguiente tenor: "ÚNICO. El día 26 de febrero del presente año, en las Diligencias Urgentes 60/16 del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 2 de Granada se dictó auto por el que se acordaba la orden de protección solicitada por Doña Natalia acordando el alejamiento de Carlos Alberto , a su domicilio o centro de trabajo y lugar en que se encuentre a menos de 100 metros ni tener ninguna comunicación con ella por cualquier medio directa o indirectamente por escrito, vía telefónica o telemática por termino de seis meses. El auto fue notificada a Carlos Alberto el mismo día que fue dictado siendo requerido expresamente para su cumplimiento y prohibición de comunicación acordada y en los términos previstos con apercibimiento de que la inobservancia o quebrantamiento de la medida cautelar impuesta comportará la modificación de la situación personal del imputado pudiendo ser decretada su prisión provisional sin fianza y además serle exigida responsabilidad penal por delito de desobediencia grave a la autoridad judicial o de quebrantamiento de condena.

Pese a las citadas prohibiciones y siendo concededor de la misma y de las consecuencias del incumplimiento, el día 6 de junio del presente año Carlos Alberto envió un correo electrónico a través de Gmail a Doña Natalia , correo remitido a las 12:22 y las 12:32 horas con el mismo contenido, en el que se podía leer " Carlos Alberto con DNI NUM000 Informo a Natalia con Dni NUM001 que debido a que en los años pares elijo Yo las vacaciones, según acuerdo estipulado en Convenio de Divorcio, el periodo vacacional que elijo para este año 2016 es la Primera Quincena de Julio y la Primera Quincena de Agosto de 2016".

En fecha no determinada pero en todo caso con posterioridad al 11 de junio del presente año, Carlos Alberto le envió una comunicación a Natalia mediante una nota escrita que dejaba en la mochila del menor tras devolverlo después de disfrutar del régimen de visitas establecido en la que se podía leer "por favor échale bastante crema en las piernas y espalda. Ha venido del crucero con la piel en carne viva y llora de dolor (Exomega-A. Derma).

El día 23 de junio del presente año, sobre las 20:30 horas Carlos Alberto se acercó a la esquina de la vivienda de Doña Natalia sita en CALLE000 número NUM002 , piso NUM003 NUM004 de DIRECCION000 (Granada) a apenas 20 o 30 metros de la vivienda de esta, cuando fue a entregar al menor después de haber disfrutado de la compañía del menor".

La sentencia dictada en primera instancia, calificó los hechos descritos como constitutivos de un delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468.2 CP.



La Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la anterior, sin modificar el transcrito relato de hechos, revocó el pronunciamiento de condena. Las razones de su fallo se condensan en el fundamento de derecho tercero, en el que afirmó "lejos de la certeza que se alega por la acusación particular en su escrito de calificación respecto a las intencionales razones en el proceder del acusado para alterar a la víctima y llevar a cabo de nuevo los velados actos de dominio y control sobre ella que dejaba expresados en su declaración en el juicio oral y en las declaraciones sumariales, el Tribunal considera dudoso ese elemento doloso y consciente de infringir las dos medidas de protección acordadas,..". Es decir, el Tribunal sentenciador, sin cuestionar las afirmaciones fácticas alcanzadas por el de instancia en relación a que el acusado era conocedor de las prohibiciones de acercamiento y comunicación con la que había sido su esposa y de las consecuencias de su incumplimiento, parece exigir para colmar la tipicidad un específico ánimo de incumplimiento, que, al confrontar el suceso enjuiciado con los derechos inherentes al ejercicio de la patria potestad, no consideró constatado.

2. El artículo 468.2 CP con arreglo al cual fue condenado el acusado en la instancia, señala "Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuesta en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, así como a aquellos que quebrantaren la medida de libertad vigilada".

El artículo 48 CP, al que se remite el artículo anterior, dispone a su vez, lo siguiente:

"1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos. En los casos en que exista declarada una discapacidad intelectual o una discapacidad que tenga su origen en un trastorno mental, se estudiará el caso concreto a fin de resolver teniendo presentes los bienes jurídicos a proteger y el interés superior de la persona con discapacidad que, en su caso, habrá de contar con los medios de acompañamiento y apoyo precisos para el cumplimiento de la medida.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El juez o tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan".

La asimilación al quebrantamiento de las penas o medidas contempladas en el artículo 48 CP, del que se produce en el ámbito de la libertad vigilada se produjo por efecto de la reforma operada en el Código por la LO 5/2010.

En el particular supuesto que nos ocupa, se trata de las prohibiciones de acercamiento a una distancia inferior a los 100 metros del domicilio y centro de trabajo de la denunciante, o del lugar en que se encuentre; y a mantener comunicación con ella por cualquier medio directa o indirectamente por escrito, vía telefónica o telemática, fijadas en el marco de una orden de protección habilitada por el artículo 544 ter LECRIM.

La posibilidad de imposición con carácter cautelar de este tipo de medidas fue introducida por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por medio de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La Exposición de Motivos de esta norma explicitaba, al tiempo de abordar los motivos que condujeron a la introducción del artículo 544 bis, que este precepto tenía como objetivo "facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima". Esta exposición de motivos destacaba asimismo como el Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, incluía entre sus medidas, determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgaba una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas.

Con posterioridad, y bajo idéntica finalidad de lograr la específica protección de las víctimas de la violencia doméstica, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia



doméstica, incorporó la Orden de protección como estatuto integral de la víctima de la violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género y ello mediante una acción coordinada que aunara tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las orientadas "a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia".

Esta evolución normativa revela un marcado espíritu tendente a procurar la máxima protección de las víctimas ampliamente reconocido, por otro lado, por diversos pronunciamientos de esta Sala (STS 886/2010, de 20 de octubre; STS 511/2012, de 13 de junio; o STS 799/2013, de 5 de noviembre), y que, en lo que ahora nos afecta, incide en una especial configuración de la modalidad que analizamos, la del artículo 468.2 CP, que además de compartir con los quebrantamientos incluidos en el número 1 del artículo 468 CP como bien jurídico objeto de protección la efectividad de determinadas resoluciones de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de penas, medidas de seguridad y medidas cautelares acordadas durante el proceso, persigue como finalidad última la de prevenir situaciones de peligro para las víctimas. En palabras de la STS 846/2017 de 21 de diciembre "se justifica en el aseguramiento de la concordia social y la evitación de futuros males adicionales (SSTS 369/2004, de 11 de marzo, 803/2011 de 15 de julio, 110/2010, de 12 de junio, 48/2007 de 25 de enero)".

3. 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.



4. Aplicando lo señalado al caso que ahora nos ocupa, en la medida que el relato de hechos probados de la sentencia dictada en primera instancia, no modificado por la de apelación, afirma tajantemente, tras exponer las distintas prohibiciones impuestas al acusado, que actuó "pese a las citadas prohibiciones y siendo conocedor de la misma y de las consecuencias del incumplimiento", es incuestionable la concurrencia dolo que el tipo previsto en el artículo 468.2 CP exige, y con él del elemento subjetivo del injusto. Componente que, unido a la concurrencia de los elementos objetivos que el mismo requiere, tales como la vigencia de las distintas prohibiciones impuestas al acusado por resolución judicial, y el incumplimiento de las mismas a través de dos correos electrónicos que directamente le envió, de una nota depositada en la mochila del hijo común, el acercamiento hasta escasos metros de la vivienda vetada, colman la tipicidad de aquél.

TERCERO: Lo hasta ahora expuesto supone, como ya avanzamos y por contra de lo que entendió el Tribunal de apelación en este caso, que las motivaciones del sujeto que consciente y voluntariamente incumple las medidas impuestas resulten irrelevantes para configurar el dolo. Lo que no significa que su responsabilidad penal permanezca inmune a las mismas, en cuanto que cabe hipotéticamente plantear su eficiencia por vía del estado de necesidad del artículo 20.5 CP, catalogada por la jurisprudencia de esta Sala como causa de justificación, y por tanto excluyente de la antijuridicidad del comportamiento, cuando se asiente en un conflicto entre bienes desiguales con sacrificio del menor; y como causa de inculpabilidad cuando se suscita entre bienes equivalentes (STS 836/2010 de 4 de octubre).

1. El estado de necesidad, cualquiera que sea su configuración dogmática, encuentra su fundamento eximente o atenuante en que la acción típica sea el único medio para salvar un bien jurídico, que ha entrado en conflicto con el que ampara el delito cometido. Cuando el conflicto de bienes o deberes admita otra solución, faltara la necesidad, y con ella la justificación o exclusión de la culpabilidad.

Siguiendo la STS 769/2013 de 18 de octubre que condensó la doctrina de esta Sala de casación en relación a tal circunstancia (entre otras, SSTS 924/2003, de 23 de junio; 186/2005, de 10 de febrero; 1146/2009, de 18-11; y 853/2010, de 15 de octubre), la esencia de la eximente de estado de necesidad, completa o incompleta, radica en la existencia de un conflicto entre distintos bienes o intereses jurídicos, de modo que sea necesario llevar a cabo la realización del mal que el delito supone -dañando el bien jurídico protegido por esa figura delictiva- con la finalidad de librarse del mal que amenaza al agente, siendo preciso, además, que no exista otro remedio razonable y asequible para evitar este último, que ha de ser grave, real y actual.

A partir de tal configuración requiere su apreciación la pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo. La necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro. Que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia. Y finalmente, que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación, ni que a razón de su cargo u oficio, esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Si la esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, resulta imprescindible que el necesitado carezca de otro medio de salvaguardar el peligro actual, inminente, grave, injusto e ilegítimo que le amenaza, que no sea infringiendo un mal al bien jurídico ajeno; y que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

La concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna.

En el caso de peligro actual e inminente para la vida o integridad física de un hijo común menor de edad, el progenitor no custodio, sobre el que pesa el alejamiento, podría verse obligado a quebrantar la medida, con la exclusión de su responsabilidad, pero sólo si la situación fuera de la gravedad suficiente como para ello.

2. En el supuesto que ahora nos ocupa no puede hablarse de situación de necesidad. Se enviaron unos correos para tratar de solventar determinadas incidencias respecto al régimen de vacaciones del progenitor no custodio, cuando faltaba más de un mes para el inicio del periodo por el que el acusado se decantaba para tener al menor en su compañía; y una nota recomendando la aplicación de una crema al niño para paliar los efectos del sol. Comunicaciones, que no trataban de enervar un riesgo grave ni para el menor ni para los derechos del acusado en relación a la patria potestad sobre el mismos, en consecuencias innecesarias, y que podían haber sido suplidas por medios lícitos alternativos.



En cuanto a presentarse el acusado a la hora de entregar a su hijo menor a unos 30 o 40 metros de la casa con la que debía guardar una distancia no inferior a 100, tampoco existe base para la aludida eximente, pues bien pudo buscar a un familiar o allegado que realizara la entrega o, en el peor de los casos, de no poder contar que con la ayuda de ninguno de ellos, recabar el auxilio de las fuerzas de seguridad del estado en busca de una solución, pero nunca presentarse en la vivienda por su cuenta.

CUARTO: La operatividad en supuestos como el que ahora nos concierne de la eximente del nº 7 del artículo 20 CP por ejercicio legítimo de un derecho, confrontada con el conjunto de derechos y deberes que conforman la patria potestad, orientado en todo caso, a velar por el interés del menor sujeto a ella, presente perfiles aún más difusos.

La jurisprudencia de esta Sala ha condicionado la operatividad de la circunstancia prevista en el nº 7 del artículo 20 CP a que la actuación del sujeto se encuentre en la órbita de la debida expresión, uso y alcance del derecho concernido, y ante la necesidad de evitar un mal grave para el mismo que no pudiera excluirse por otros medios (STS 1054/2004 de 4 de octubre y 1218/2004 de 2 de noviembre).

Y así ha afirmado, que la eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS 46/2014, de 11 de febrero; STS 543/2010, de 2 de junio).

Estas consideraciones excluyen que el ejercicio de la patria potestad pueda operar como causa de justificación respecto al delito de quebrantamiento con base en la circunstancia que analizamos. Más allá de los pronunciamientos que puedan afectar directamente a su contenido en el marco de la orden de protección del artículo 544 ter de la LECRIM, las prohibiciones de comunicación y acercamiento, tanto operen como medias cautelares o como penas, son limitativas de la libertad de deambulación y de otros derechos que a consecuencia de las mismas se ven restringidos. De ahí que su imposición conlleve la ponderación de los derechos y deberes en conflicto. Si la resolución que fija las mismas en relación a parejas con descendencia se decanta por otorgar primacía a la protección de la víctima, que es su principal fundamento, la afectación que ello pueda implicar respecto del contenido que integra la patria potestad, no ofrece una órbita de ejercicio capaz de justificar el incumplimiento en relación a un tipo cuyo bien jurídico protegido es fundamentalmente la efectividad de las resoluciones judiciales.

QUINTO: En atención a lo expuesto, el recurso va a prosperar, dejando sin efecto la sentencia dictada en apelación, y recuperando en sus pronunciamientos la dictada por el Juez que percibió personalmente la prueba y resolvió en primera instancia.

Las posibilidades de revisión en casación de sentencias absolutorias, dadas las características de este recurso, cada vez discurre por senderos más angostos. Especialmente porque de manera unánime ha afirmado esta Sala que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo. Audiencia que como garantía del derecho de defensa, se viene exigiendo por el Tribunal Constitucional, en línea con la doctrina que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aun cuando, a partir del mismo relato de hechos, solo se cuestione el juicio de inferencia respecto a los elementos subjetivos, salvo la revisión respecto a estos basada en erróneas consideraciones jurídicas sobre su necesaria concurrencia. Es decir, cuando la revisión se concreta en la corrección de errores de subsunción jurídica, a partir de los elementos fácticos reflejados en la resolución impugnada, supuestos en los que bastará la intervención de la defensa técnica. Por todas nos remitimos a la STS, plena. 88/2013 de o a la más reciente STC 125/2017 de 13 de noviembre

Y este último es precisamente nuestro caso, por lo que el pronunciamiento revocatorio del absolutorio que acordó el Tribunal de apelación, no se enfrenta a obstáculo alguno. Nuestra decisión se asienta en una cuestión de carácter exclusivamente jurídica, a partir del relato de hechos probados en el que confluía la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia, y que además coinciden en el aspecto jurídico con el criterio de aquel.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, la estimación del recurso conlleva la declaración de oficio de las costas de esta instancia.

**FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido ESTIMAR el recurso de casación interpuesto D^a Natalia , como acusación particular, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Granada de 7 de diciembre de 2016, en causa seguida por quebrantamiento de condena, que casamos y anulamos.

DECLARAR de oficio las costas de esta instancia. Y remítase certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dicta a la mencionada Audiencia a los efectos procesales oportunos.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet

RECURSO CASACION núm.: 504/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia

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

TRIBUNAL SUPREMO**Sala de lo Penal****PLENO****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Manuel Marchena Gomez, presidente

D. Andres Martinez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menendez de Luarca

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

D.^a. Ana Maria Ferrer Garcia

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

En Madrid, a 17 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto las Diligencias Urgentes num. 206/16 incoadas por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer num. 2 de Granada que fueron remitidas al Juzgado de lo Penal num. 5 de Granada que con fecha 18 de julio del 2016 dictó sentencia que fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Granada por un delito de quebrantamiento de condena y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 7 de diciembre de 2016, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana Maria Ferrer Garcia.

ANTECEDENTES DE HECHO



UNICO.- Se aceptan y reproducen los antecedentes de hecho de la sentencia de instancia en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- De acuerdo con la sentencia que antecede, procede condenar al acusado como autor del delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP por el que fue condenado en la instancia en la sentencia dictada por el Juez de lo Penal nº 5 de Granada, recuperando la individualización penológica que el mismo realizó.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Condenar a D. Carlos Alberto como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena del artículo 468.2 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 meses de prisión con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y condenándole al pago de la mitad de las costas procesales incluida las de la acusación particular.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gomez Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco

Ana Maria Ferrer Garcia Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet