

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 553/2022 de 2 Jun. 2022, Rec. 1808/2020

Ponente: Marchena Gómez, Manuel

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 553/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

- D. Manuel Marchena Gómez, presidente
- D. Andrés Martínez Arrieta
- D. Julián Sánchez Melgar
- D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
- D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
- D. Antonio del Moral García
- D. Andrés Palomo Del Arco
- D^a. Ana María Ferrer García
- D. Pablo Llarena Conde
- D. Vicente Magro Servet
- D^a. Susana Polo García
- D^a. Carmen Lamela Díaz
- D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
- D. Ángel Luis Hurtado Adrián
- D. Leopoldo Puente Segura
- D. Javier Hernández García

En Madrid, a 2 de junio de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación con el nº 1808/2020, interpuesto por la representación procesal de **D. ADOLFO**, contra la sentencia dictada el 6 febrero de 2020 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el Rollo de Sala nº 4448/19, que desestimó el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 25 de junio de 2018 dictada en el procedimiento abreviado nº 434/17 dimanante del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla, por la que fue condenado el recurrente como autor responsable de un delito de quebrantamiento de medida cautelar, habiendo sido parte en el presente procedimiento el condenado recurrente representado por el procurador D. Clemente de la Cruz Rodríguez; y defendido por el letrado D. Juan Antonio Gozalo de Apellaniz, interviniendo asimismo el Excmo. Sr. Fiscal como parte recurrida.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer, nº 3 de Sevilla, tramitó procedimiento abreviado núm. 52/2017 por delito de quebrantamiento de medida cautelar, contra D. Adolfo; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla, (proc. abreviado nº 434/2017) y dictó Sentencia en fecha 25 de junio de 2018 que contiene los siguientes hechos probados: «I. Por auto de 18 de septiembre de 2014 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Sevilla, dictado en sus Diligencias Previas 933/14, se impuso a Adolfo la medida cautelar, entre otras, de prohibición de comunicarse con su expareja Sonia por cualquier medio, incluido internet; siéndole notificado dicho auto a Adolfo el 22 de septiembre de 2014, con los requerimientos correspondientes.

2. Estando vigente dicha prohibición, y entre los días 7 de enero de 2016 y 19 de abril de 2016, Adolfo escribió, en su página de la red social Google, los siguientes textos: «si Dios quiere este año si abrá Navidad... una mierda pa mi el final sin nochebuena ni Navidad ni fin de año ni reyes con mis hijos... Ya todo me da igual sin ellos»; «Me ha costado muchísimo pero esta hecho... Conseguí reunirlo. Ahora no se como pasare el mes porque no me queda nada... nada nada. Solo la esperanza me mueve... Aun mantengo mucha esperanza»; «mañana 589 días...«Ya nada de nada eh... muy bien»; «Espero tu llamada por favor»;

«Me puedo morir de asco para saber que tiene mi hijo. Ya esta bien no? Llevo desde el jueves asi sin saber nada»; «Por favor!».

3. Adolfo escribió dicho textos en su página de la red social Google+ a sabiendas de que Sonia también estaba unida a dicha red social, de que en dicha red no resulta posible bloquear a ningún usuario, y de que a Sonia le llegarían notificaciones de dichos textos.» (sic)

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4ª modificó el apartado 3 de los Hechos Probados de la sentencia recurrida en los siguientes términos:

«3. Adolfo escribió dicho textos en su página de la red social Google+ a sabiendas de que Sonia también estaba unida a dicha red social y de que los mismos le llegarían». (sic)

TERCERO.- En la citada sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla se dictó el siguiente pronunciamiento: «Se condena a don Adolfo, como autor de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468.2 CP, a una pena de 9 meses de prisión, con la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas.

2. Se acuerda remitir la presente sentencia al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 3 de Sevilla, indicando que la misma no es firme.

3. La presente sentencia no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación, que deberá interponerse ante este mismo Juzgado en el plazo de diez días desde su notificación.» (sic)

CUARTO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado D. Adolfo, dictándose sentencia núm. 60/20 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha 6 de febrero de 2020, en el rollo de apelación núm. 4448/19, cuyo Fallo es el siguiente: «Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Adolfo contra la sentencia de fecha 25/06/2018,

dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla en los autos del Asunto Penal nº 434/17, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, declarando de oficio las costas procesales de esta segunda instancia.

Notifíquese esta sentencia a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer en el plazo de 5 días recurso de casación ante el Tribunal Supremo en los supuestos previstos en el art. 847 de la LECr.» (sic)

QUINTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación del acusado 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.

SEXTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por Infracción de ley del art. 849.1º LECRIM, por aplicación indebida del art. 468.2 del CP.

Motivo segundo.- Por infracción de ley del art. 849.1º LECRIM, por aplicación indebida del art. 468.2 y de los arts. 27 y 28 del CP.

SÉPTIMO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal por escrito de fecha 16 de octubre de 2020, interesó la desestimación de los motivos, y por ende, la inadmisión del recurso; la Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

OCTAVO.- De conformidad con el art. 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, lo que se llevó a efecto el día 31 de mayo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia núm. 294/2018, 25 de junio, dictada por el Juzgado de lo penal núm. 1 de Sevilla, condenó al acusado Adolfo como autor de un *delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar* del art. 468.2 CP, a una pena de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación que fue resuelto por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla mediante la sentencia núm. 60/2020, 6 de febrero.

La representación legal de Adolfo promueve ahora recurso de casación y formaliza dos motivos. La Sala ya anticipa que el segundo de los motivos, en la medida en que cuestiona las bases probatorias de la autoría declarada en la instancia incumple lo previsto en el art. 847.1.b) de la LECrim y va a ser rechazado.

2.- La primera de las quejas, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia la indebida aplicación del art. 468.2 del CP.

El argumento central que anima el motivo está relacionado con la propia configuración de la interfaz de la red *Google+* que, conforme describe la defensa, no permita bloquear a ningún usuario, de suerte que cuando se «... desarrolla cualquier pensamiento, o cualquier dibujo, o felicitación generalizada

por cualquier evento, no se dirige personalmente a sujeto concreto alguno, sino que lo hace dentro de la generalidad de lo que es el desarrollo de la configuración del menú donde desarrolla los contenidos».

Conforme a esta idea, sigue razonando la defensa, «... que el usuario de la red social pueda tener conocimiento de que en la misma "voluntariamente" pueda estar incluida una persona con la que le es vedado comunicar directamente por una orden judicial, resulta materialmente imposible acreditar que dicho sujeto, en este caso el recurrente cuando generaliza pensamientos propios o ajenos o emite comentarios sobre asuntos o sobre temas generales ajenos a él, sin perjuicio de que puedan ser leídos por todos los usuarios de la red social, no quiere esto decir que dicho sujeto tenga intención directa y a sabiendas de comunicar con la persona hacia la que se le ha prohibido dirigirse personalmente por cualquier medio electrónico».

Quiere esto decir que aun cuando alguno de estos «*pensamientos sobre la existencia de sus hijos y de la propia madre de ellos*» (*sic*), llegaron a ser conocidos por ella, en ningún caso reflejaban una intención de comunicarse directamente con la afectada. Esa comunicación directa habría hecho necesario invadir la intimidad de la denunciante, cosa que no llegó a suceder. Habría bastado -sigue razonando la defensa- que la denunciante se hubiera dado de baja de la red social para obviar cualquier acontecimiento que Adolfo hubiera incorporado a la red social de la que ambos participaban. Es más, sólo el seguimiento exhaustivo del perfil de Adolfo por parte de su expareja podría dar como resultado que dichos textos llegaran a ser conocidos por ella.

2.1.- Una puntualización metódica previa resulta obligada. Como es sabido, la reforma operada por la LO 41/2015, 5 de octubre, modificó la estructura histórica del recurso de casación, generalizando la doble instancia y permitiendo ahora su formalización contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales al resolver la impugnación de las sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal (cfr. art. 847.1.b LECrim).

Esta nueva configuración del recurso de casación, limitada su viabilidad a que el recurso se haga ver por la vía que ofrece el art. 849.1 de la LECrim, esto es, cuando se denuncia el error de derecho en el juicio de subsunción, obliga a activar un estricto criterio de inadmisión, que fue hecho explícito por esta Sala en el acuerdo de Pleno no jurisdiccional de 9 de junio de 2016.

Es evidente que esta modificación va más allá de una simple redefinición del objeto del recurso. Cuando el objeto del recurso no está constituido por una sentencia dictada en primera y única instancia, sino por una resolución de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. Todo indica que la generalización de la doble instancia en el proceso penal debe exigir poner término a la progresiva desnaturalización del recurso de casación. No se trata de iniciar un viaje que resucite el modelo casacional decimonónico, pero sí de intentar despojarle de todos los aditamentos que la pereza del legislador ha obligado a añadir a su diseño.

La vía abierta por la reforma, al autorizar el recurso de casación por infracción de ley del art. 849.1 respecto de las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, da al Tribunal Supremo la posibilidad de unificar criterios en la interpretación de tipos penales que nunca han llegado a la casación penal. Si bien se mira, ese positivo paso hacia el futuro encierra, en el fondo, una vuelta atrás en el papel histórico reservado a este recurso extraordinario. La tantas veces invocada función

nomofiláctica del recurso de casación ha sido progresivamente arrinconada. La reforma de 1949 -que suprimió el acceso a la casación de las sentencias recaídas en juicios de faltas- y la creación en 1988 de los Juzgados de lo Penal, apartaron el recurso de casación de su anclaje histórico. Se ha dicho con razón que la historia de la casación penal es la historia de un constante alejamiento de sus bases fundacionales. Dicho con otras palabras, aquellas reformas han potenciado el carácter judicialista del recurso, apartándolo de un modelo de casación puro. Sea como fuere, justificado o no ese desapoderamiento histórico de la labor integradora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reforma abre un espacio que debe contribuir a mejorar la seguridad jurídica como valor constitucional (art. 9.3 CE).

Son muchas las resoluciones que han aplicado estos criterios. Las SSTS 328/2021,22 de abril; 284/2021, 30 de marzo; 377/2020, 18 de junio; 357/2020, 30 de junio; 392/2017, 31 de mayo; 664/2018, 17 de diciembre; 519/2019, 29 de octubre; 217/2019, 25 de abril; 748/2018, 14 de febrero y los AATS 12 marzo 2018; 18 julio 2018 y 1693/2016, 24 de noviembre, son sólo elocuentes ejemplos.

2.2.- En el presente caso, el desarrollo del motivo, en determinados pasajes, se desliza indebidamente en el vetado *terreno probatorio acerca de si existió o no voluntad de vulnerar la intimidad de la denunciante mediante un mensaje que en realidad no estaba a ella dirigido*. Sin embargo, el eje argumental de la queja se centra en *si los hechos declarados probados -uso compartido de una red social en la que no es posible, según se alega, dar de baja a la persona a la que no se quiere convertir en destinataria de reflexiones o pensamientos que se lanzan en ese espacio digital compartido- pueden o no ser subsumidos en el delito de quebrantamiento de medida cautelar a que se refiere el art. 468.2 del CP*. De hecho, la defensa invoca como precepto de cobertura para su impugnación el art. 849.1 de la LECrim, que es el que autoriza expresamente el art. 847.1.b). También se alude en el motivo a la intimidad como bien jurídico protegido mediante la incriminación de aquel delito.

En consecuencia, *la Sala va a abordar la queja del recurrente desde la excluyente perspectiva de la corrección del juicio de tipicidad proclamado en la instancia, sin dar respuesta a ninguna crítica sobre el sostén probatorio del relato de hechos probados*. Esta tarea se ve, por otra parte, facilitada en virtud de la estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la defensa, que llevó a la Audiencia Provincial a sustituir el último apartado del juicio histórico y a añadir un fragmento que descarta cualquier duda acerca de la concurrencia de una actuación dolosa por parte del acusado que, en el momento de redactarlo, era conocedor de que el mensaje estaba destinado a su antigua pareja y de que ésta iba a acceder a su contenido.

2.3.- La aceptación del relato fáctico -venimos insistiendo- constituye una premisa metodológica que condiciona las alegaciones del recurrente y nuestra capacidad para dar respuesta a las cuestiones suscitadas.

Desde esta perspectiva, el factum proclamado por el Juzgado de lo Penal declara que *«...1.- Por auto de 18 de septiembre de 2014 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 2 de Sevilla, dictado en sus Diligencias Previas 933/14, se impuso a Adolfo la medida cautelar, entre otras, de prohibición de comunicarse con su expareja Sonia por cualquier medio, incluido internet; siéndole notificado dicho auto a Adolfo el 22 de septiembre de 2014, con los requerimientos correspondientes*.

2.- Estando vigente dicha prohibición, y entre los días 7 de enero de 2016 y 19 de abril de 2016, Adolfo escribió, en su página de la red social Google+, los

siguientes textos: «si Dios quiere este año si abrá Navidad... una mierda pa mi el final sin nochebuena ni Navidad ni fin de año ni reyes con mis hijos... Ya todo me da igual sin ellos»; «me ha costado muchísimo pero está hecho... Conseguí reunirlo. Ahora no sé como pasare el mes porque no me queda nada... nada nada. Solo la esperanza me mueve... Aun mantengo mucha esperanza»; «mañana 589 días... «Ya nada de nada eh... muy bien»; «Espero tu llamada por favor»;

«Me puedo morir de asco para saber que tiene mi hijo. Ya está bien no? Llevo desde el jueves así sin saber nada»; «Por favor!».

3. Adolfo escribió dichos textos en su página de la red social Google+ a sabiendas de que Sonia también estaba unida a dicha red social, de que en dicha red no resulta posible bloquear a ningún usuario, y de que a Sonia le llegarían notificaciones de dichos textos».

La Audiencia Provincial de Sevilla, al resolver el recurso de apelación entablado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1, suprimió el apartado 3º de este relato fáctico y lo sustituyó por otro en el que se decía lo siguiente: «Adolfo escribió dichos textos en su página de la red social Google+ a sabiendas de que Sonia también estaba unida a dicha red social y de que los mismos le llegarían».

Esta adición estaba justificada -según razonó el órgano de apelación- por el hecho de que no existía la más mínima duda acerca de la autoría del acusado respecto del mensaje y de la condición de Sonia como destinataria única de su contenido.

La sentencia se extiende en unas consideraciones críticas ligadas al funcionamiento técnico de la red social Google+ y a la posibilidad de que cada usuario bloquee a terceras personas con las que no quiera compartir contenidos. A ese añadido incorpora la resolución recurrida un reproche que, pese a todo, no altera el contenido desestimatorio del recurso de apelación: «...aunque es cierto que la denunciante podría haber bloqueado la comunicación con el acusado y que mal se compadece que no lo hiciera cuando ya había recibido y denunciado anteriormente otras comunicaciones, en ningún caso afecta, altera ni elimina la responsabilidad del acusado, que era quien debía respetar la prohibición impuesta».

2.4.- En estrictos términos de tipicidad, frente a las alegaciones del recurrente que sostiene que nunca tuvo intención de violentar la intimidad de su expareja, la Sala quiere dejar constancia de que el delito de quebrantamiento de medida cautelar castigado en el art. 468.2 del CP no incorpora en el tipo subjetivo una voluntad encaminada a erosionar la intimidad de la persona para cuya defensa ha sido dictada la prohibición de comunicarse con su agresor. Así lo hemos proclamado en numerosos precedentes: «...el tipo objetivo de este delito, como dice la STS 778/2010, 1 de diciembre, sólo requiere que el autor sepa que era el destinatario de un mandato judicial por el que le es impuesta la prohibición de acercarse a la víctima. Otra interpretación del tipo objetivo contenido en el artículo 468.2 del Código Penal sería claramente contraria a la finalidad de la norma, cuya función es proteger a la víctima del peligro que el posible autor representa para su integridad física y su vida. El tipo subjetivo implica el conocimiento del mandato judicial que le incumbe y que el autor sepa que con su conducta no incumple» (STS 675/2013, 21 de junio).

La estructura típica, pues, no incluye ningún añadido vinculado al propósito de menoscabar la intimidad de la persona favorecida por la medida de protección dictada con carácter cautelar. Pero tampoco se resiente el juicio de tipicidad por

el hecho de que el mensaje que quebranta la prohibición de comunicarse con la expareja se incorpore a una red social que desborda la comunicación bidireccional entre el denunciado y la víctima. Las redes sociales -Google+ o cualquiera otra más activa y extendida- no pueden servir de escudo para incorporar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, escondan un recordatorio a una persona protegida por decisión jurisdiccional. Lo verdaderamente determinante no es -frente a lo que alega la defensa- que los «pensamientos o reflexiones» deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento. Es evidente que ese destinatario ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional. Y para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario. El carácter multitudinario del uso de las redes sociales y la multiplicación exponencial de su difusión, lejos de ser un obstáculo que debilite el tipo subjetivo -esto es, el conocimiento de que esas palabras van a llegar a la persona protegida- refuerza la concurrencia del dolo. El autor sabe o se representa que ese mensaje que quebranta la prohibición puede alcanzar, por una u otra vía, a su destinatario. De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no «...haber bloqueado la comunicación con el acusado». La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

Conforme a esta idea, parece indudable que las afirmaciones «...espero tu llamada por favor» «...me puedo morir de asco para saber qué tiene mi hijo. Ya está bien no? Llevo desde el jueves así sin saber nada, ¡por favor!» son algo más que reflexiones compartidas sobre la soledad en fechas navideñas. Encierran un mensaje que cobra pleno sentido si se conecta su literalidad con el conflicto familiar que une a la pareja y en cuyo seno el acusado ejecutó actos que justificaron la medida de protección.

Por consiguiente, el motivo ha de ser desestimado.

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

FALLO

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

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de **D. ADOLFO** contra la sentencia 60/2020, 6 de febrero, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla al resolver en grado de apelación el recurso contra la dictada con el

núm. 294/2018, 25 de junio, por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de la misma capital.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

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