

VIOLENCIA DE GENERO. ORDEN DE ALEJAMIENTO. MEDICION DE LA DISTANCIA. TS, 21_12_2018

<http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAA AAAAEAMtMSbH1CjUwMDAzMjM1MTFQK0stKs7Mz7MNy0xPzStJBfEz0ypd8pNDKgtSbdMSc4pT1ZJzUhOLXBJLU0Tc1LzUhKLbEOKSIMByN8iwEsAAA A=WKE>

Tribunal Supremo, Sala Segunda, de lo Penal, Sección Pleno, Sentencia 691/2018 de 21 Dic. 2018, Rec. 2357/2017

Ponente: Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel.

Nº de Sentencia: 691/2018

Nº de Recurso: 2357/2017

Jurisdicción: PENAL

Diario La Ley, Nº 9341, Sección La Sentencia del día, 21 de Enero de 2019,

Editorial **Wolters Kluwer**

ECLI: *ES:TS:2018:4361*

La distancia establecida en la orden de alejamiento debe medirse en la forma que determine la resolución judicial y, en su defecto, en línea recta

QUEBRANTAMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR. No consta un incumplimiento de la medida de alejamiento de la víctima. Existencia de dudas sobre la intención dolosa de no haberse respetado la distancia de 200 metros que le fue marcada al acusado como límite de acercamiento respecto al domicilio de la persona protegida. El Tribunal considera que la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta. Las características concretas de la medida podrán depender de las peculiaridades de cada caso, de forma que el Juez que la acuerde deberá determinar las condiciones en que deberá cumplirse.

El TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la AP Álava y confirma la absolución del delito de quebrantamiento de la medida de alejamiento.

TEXTO

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 691/2018

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. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

D. Alberto Jorge Barreiro

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 Diaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación núm. 2357/2017 por infracción de Ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, Sección Segunda, de 8 de septiembre de 2017 (LA LEY 168578/2017), resolutoria de recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia del Juzgado de lo penal número 2 de Vitoria de fecha 7 de abril de 2017, seguida por delito de quebrantamiento de condena; siendo parte el Ministerio Fiscal; en calidad de parte recurrida, la acusación particular D. Alfredo, representado por la procuradora D^a. M^a Isabel Torres Coello, bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Monge Cabaco.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 3 de Vitoria-Gasteiz, instruyó diligencias previas de procedimiento Abreviado con el nº 678/2016 (rollo de sala nº 243/2016), contra D. Alfredo, por delito de quebrantamiento de condena, y una vez decretada la apertura del juicio oral, lo remitió al Juzgado de lo Penal número 2 de Vitoria, que con fecha 7 de Abril de 2017, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

«PRIMERO- Con fecha 4 de septiembre de 2014 se dictó por el Juzgado de Instrucción nº1 de Vitoria-Gasteiz, en las Diligencias Previas nº 2894/14, auto en el que se acordaba imponer a D. ALFREDO, como medida cautelar durante la tramitación de la causa, la prohibición de acercarse a menos de 200 metros de Dña. Ana, su domicilio (sito en la calle CALLE001 de Vitoria-Gasteiz), su lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella.

Dicho auto fue notificado personalmente a D. ALFREDO el mismo día 4 de septiembre de 2014.

SEGUNDO.- Sobre las 18:35 horas aproximadamente del día 30 de abril de 2016, agentes de la Ertzaintza localizaron a D. ALFREDO, nacido el 1 de enero de 00, con NIE número NUM001, en situación administrativa regular en España y con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, cuando el mismo se encontraba a la altura CALLE002 de Vitoria-Gasteiz.

La distancia existente entre el lugar donde fue localizado el acusado y el domicilio de Dña. Ana (sito en la calle CALLE001), medida en línea recta, es de 112,96 metros.

Dicha distancia es superior a 200 metros en el caso de que se tenga en cuenta el trayecto o recorrido que puede realizarse materialmente por un viandante andando o transitando por la vía pública.

TERCERO.- D. ALFREDO ha sido ejecutoriamente condenado por: sentencia firme de 16/03/2016 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Vitoria en las Diligencias Urgentes 107/2016 por un delito de Quebrantamiento de condena o medida cautelar, por sentencia firme de fecha 09/03/16 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Vitoria en las Diligencias Urgentes 435/16 por un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar, por sentencia firme de 31/01/2016 y de fecha 28/01/2016 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Vitoria en las Diligencias Urgentes 167/16 y 152/16 por un delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar.

D. ALFREDO está diagnosticado de esquizofrenia paranoide, encontrándose sus facultades volitivas y cognitivas (capacidades de entender y querer) afectadas pero no anuladas en el momento de la comisión de los hechos(sic)».

SEGUNDO.- El Juzgado Penal de instancia dictó la siguiente parte dispositiva:

«Que **debo ABSOLVER Y ABSUELVO a D. ALFREDO** del *delito de quebrantamiento de medida cautelar* del que era acusado en el presente procedimiento; así como declarar de oficio las costas causadas(sic)».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal; y dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª, con fecha 8 de septiembre de 2017 (LA LEY 168578/2017), cuya parte dispositiva es la siguiente:

«DESESTIMAR INTEGRAMENTE el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia 122/17 de fecha 7/04/2017 dictada por el juzgado de lo Penal número 2 de Vitoria, confirmando la citada resolución en todo su contenido y no efectuando especial pronunciamiento en las costas devengadas en la tramitación del presente recurso de apelación(sic)».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley, por el **Ministerio Fiscal**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto por la representación del recurrente **Ministerio Fiscal**, se basó en los siguientes motivos de casación:

Único.- Al amparo de lo previsto en el artículo 847.1º.b) de la LECrim (LA LEY 1/1882) se denuncia infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 468.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995), al entender que el recurso reviste interés casacional, vista la disparidad de criterios existentes entre distintas Audiencias Provinciales.

QUINTO (sic).- Instruida la parte recurrida del recurso presentado de contrario, interesa la inadmisión a trámite del recurso interpuesto, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos y subsidiariamente su desestimación; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Hecho el señalamiento para Fallo, se llevó a Pleno Jurisdiccional, celebrándose el mismo el día 28 de noviembre de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 2 de Vitoria-Gasteiz absolvió al acusado Alfredo del delito de quebrantamiento de medida cautelar del que era acusado. El Juez entendió probado que se le había notificado personalmente un Auto en el que se acordaba

imponerle, como medida cautelar durante la tramitación de la causa, una prohibición de acercarse a menos de 200 metros de la denunciante, de su domicilio, su lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella. Declaró probado igualmente que el día 30 de abril de 2016, estando en vigor tal medida, el citado se encontraba en una calle determinada, a una distancia de 112,96 metros, medidos en línea recta, del domicilio de la denunciante. Tal lugar se encontraba, sin embargo, a una distancia superior a 200 metros si se tiene en cuenta el trayecto o recorrido que puede realizarse materialmente por un viandante andando o transitando por la vía pública.

En la fundamentación jurídica, el Juez argumenta, de un lado, que "existen dudas en relación a si en el acusado concurría el elemento subjetivo del tipo, es decir, el dolo de infringir la medida cautelar o la prohibición que pesaba sobre él". Añade que de los datos disponibles "no puede inferirse o concluirse de forma categórica que su intención era dirigirse al domicilio de ella para molestarla, realizar hacia ella algún acto ilícito o, en definitiva, infringir o quebrantar la medida cautelar de alejamiento existente situándose, de forma presunta, a una distancia inferior a los 200 metros".

De otro lado, se inclina por entender que la distancia que no debe ser rebasada debe medirse en relación al trayecto o recorrido posibles para un viandante y no en línea recta desde el domicilio o desde el lugar al que no debe realizarse el acercamiento.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación. Y la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Señala en la sentencia de apelación que aunque el Magistrado de instancia alegó la duda sobre la existencia del elemento subjetivo requerido por el tipo, respecto de esta duda nada se dice en el recurso interpuesto, por lo que la acusación pública se aquieta a tal decisión del Magistrado, añadiendo "decisión además que para modificarse implica una nueva valoración de las pruebas personales practicadas en inmediación por la Sala, revisión difícil de efectuar a la vista de que tal carencia de elemento subjetivo lo ha deducido el Magistrado a tenor de las pruebas celebradas en su presencia".

En cuanto a la segunda cuestión, a la que el recurso se refiere de modo expreso, acerca del elemento objetivo del tipo, la Audiencia Provincial, después de reconocer la existencia de dos corrientes al efecto, entiende que, dado que en el requerimiento no se especificó el tipo de medición, la solución más favorable al acusado es "una medición física compatible con la posibilidad real que tiene una persona viandante de acercarse al domicilio de la víctima".

Contra esta sentencia interpone el Ministerio Fiscal recurso de casación. En un único motivo, al amparo del artículo 847.1º.b) de la LECrim (LA LEY 1/1882), denuncia

infracción de ley por inaplicación indebida del artículo 468.1 del Código Penal (LA LEY 3996/1995). Después de consignar, con cita de sentencias, las distintas posiciones adoptadas por diversas Audiencias Provinciales, el recurrente entiende que debe acogerse el criterio según el cual la medición debe efectuarse en línea recta. Alude el Fiscal a la naturaleza y finalidad de la medida de prohibición de aproximación, como orientada a la protección de las víctimas de determinados delitos mediante "el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima", recordando que en cuanto a la específica protección a las víctimas de violencia doméstica, se configura una medida restrictiva de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como medida orientada a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia. Y concluye que la finalidad perseguida es conseguir la máxima protección de las víctimas, en concreto en relación a la violencia doméstica y de género. Se refiere al funcionamiento de los dispositivos telemáticos de control, que utilizan medidas en línea recta; a la falta de seguridad y tranquilidad de la víctima por la posibilidad de establecer contacto visual en determinados casos aun sin superar la distancia medida en trayecto posible. Entiende, finalmente, que la alusión a dudas respecto del elemento subjetivo no son determinantes de la absolución.

1. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP (LA LEY 3996/1995) requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone.

Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple.

2. En el caso, el Juez de lo Penal consideró que existían dudas acerca de la concurrencia del elemento subjetivo. Aunque se refiere a la intención del sujeto, al decir que no puede inferirse que su intención, en definitiva, fuera "infringir o quebrantar la medida cautelar de alejamiento existente situándose, de forma presunta, a una distancia inferior a los 200 metros indicados", parece que, en realidad, lo que no considera acreditado es que el acusado supiera que estaba cerca de la calle donde está el domicilio de ella. En realidad, lo que no se puede inferir es que supiera que estaba quebrantando la prohibición de aproximación.

Estas dudas, de forma correcta, no fueron disipadas por la Audiencia Provincial. Por una parte, porque el recurso del Ministerio Fiscal no pretendió tal cosa, según se dice en la sentencia de apelación. Y, por otra parte, porque, según doctrina consolidada de esta Sala, del tribunal Constitucional y del TEDH, no es posible en vía de recurso modificar los hechos en contra del acusado sin darle la oportunidad de ser oído y sin presenciar directamente la práctica de las pruebas personales que fueran necesarias para resolver.

Por lo tanto, *en la medida en que los hechos probados, completados en favor del reo por la valoración que de los mismos hace la sentencia de instancia, contienen dudas acerca de la concurrencia de los elementos fácticos que operan como base del dolo, el motivo no puede ser estimado, ya que las dudas expresadas no pueden, en ningún caso y además de lo ya dicho, ser resueltas en contra del reo.*

Por lo tanto, el único motivo del recurso se desestima.

SEGUNDO.- A pesar de ello, conviene satisfacer el interés casacional, en lo que se refiere al *criterio correcto para determinar en cada caso si el sujeto se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la prohibición de aproximación.*

Como hemos dicho, a través de esta prohibición se pretende *evitar que el obligado por ella se acerque a la víctima o a las personas determinadas en la resolución, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos.* La finalidad de la medida es garantizar la seguridad y la tranquilidad de esas personas, evitando la coincidencia física con el autor de los hechos que dan lugar a su adopción. Se trata de preservar a la víctima de los hechos de los daños que la presencia del autor puede ocasionar a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su seguridad (STS nº 840/2014, de 11 de diciembre (LA LEY 181631/2014)).

Dadas las innumerables posibilidades que presenta la realidad, *las características concretas de la medida podrán depender de las peculiaridades de cada caso, de forma que el Juez o Tribunal que la acuerde deberá, en lo posible, determinar las condiciones en las que la misma deberá cumplirse, de modo que se obtenga la seguridad de la víctima, sin desconocer las exigencias de proporcionalidad de la reacción penal frente a unos determinados hechos.*

Con la adopción de la prohibición se configura un espacio físico en el que se pretende garantizar que la víctima pueda circular y moverse con libertad sin la posibilidad de encontrarse físicamente con el autor de los hechos; un espacio donde, evitando la presencia de aquel, se garantice la seguridad de la víctima y su tranquilidad, al objeto

de desarrollar una actividad vital normalizada. Desde esta perspectiva, la medida en línea recta se presenta como más segura, y no solo para la víctima, que puede establecer con facilidad los lugares a los que puede acudir sin aquel riesgo sin necesidad de calcular la distancia a la que se encuentran los distintos puntos de diversos recorridos posibles. Sino incluso para el autor de los hechos, que podrá establecer con la misma facilidad, sobre plano, los lugares a los que no podrá dirigirse al quedar afectados por la prohibición. Lo cual le permite incluso someter a la consideración del Juez o Tribunal que ha acordado la prohibición la existencia de detalles que pudieran hacer desproporcionada la prohibición en algunos aspectos, haciendo aconsejables algunas precisiones.

También ha de tenerse en cuenta que *los avances de la técnica permiten en la actualidad que el control acerca del cumplimiento de la medida se efectúe mediante aparatos telemáticos que miden en línea recta la distancia entre dos puntos.* Es cierto que se trata de un aspecto más bien práctico, pero no es irrelevante en cuanto a la garantía de obtener la seguridad que se pretende con la prohibición. En este sentido, resulta más seguro acudir al criterio de la medición en línea recta.

La corrección de los supuestos límite, será posible, en general, acudiendo a dos vías. En primer lugar, mediante el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo. Y, en segundo lugar, incluso del objetivo, especialmente en los casos en los que, aunque la distancia prohibida haya sido rebasada, las características del lugar excluyen de forma absoluta la posibilidad de que la presencia en el mismo del sujeto obligado pueda perturbar de forma alguna la seguridad o la tranquilidad actuales o futuras de la víctima.

En consecuencia, esta Sala entiende que *la distancia establecida en la prohibición de aproximación debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta.*

FALLO

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

1º. Desestimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria, Sección Segunda, de fecha 8 de Septiembre de 2017 (LA LEY 168578/2017), por delito de quebrantamiento de medida cautelar.

2º. Declarar de oficio las costas del presente recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez

Andrés Martínez Arrieta

Julián Sánchez Melgar

Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Luciano Varela Castro

Alberto Jorge Barreiro

Antonio del Moral García

Andrés Palomo del Arco

Ana María Ferrer Garcí

Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet

Susana Polo García

Carmen Lamela Díaz

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina