

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 667/2019

Fecha de sentencia: 14/01/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2561/2018

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Fecha de Votación y Fallo: 10/12/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

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

Transcrito por: JLA

Nota:

Resumen

El consentimiento de la persona en cuyo favor se fija una prohibición de acercamiento como pena, no es idóneo para sustentar una atenuante analógica.

El artículo 468.2 tipifica un delito contra la Administración de Justicia, cuyo bien jurídico protegido de forma primordial es 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, cuyo cumplimiento y subsistencia no puede quedar a merced de la víctima (entre otras SSTS 268/2010 de 26 de febrero; 39/2009 de 29 enero; ó 803/2015 de 9 de diciembre).

Cierto es que hemos dicho de este tipo penal, entre otras en la STS 664/2018 , que tiene un carácter dual, pues también «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)»». Lo que, sin embargo, no desnaturaliza su carácter.

En lo que se refiere a la eficacia en relación al mismo del consentimiento de la persona afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP como víctima del hecho generador de su imposición, tras algunas iniciales oscilaciones, nuestra jurisprudencia ha sido unívoca a partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 25 de enero de 2008, en el que se acordó que: «...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código Penal». Tesis acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 61/2010 de 28 de enero; 95/2010 de 12 de febrero 268/2010 de 26 de febrero; 1065/2010 de 26 de noviembre; 126/2011 de 31 de enero; 1010/2012 de 21 de diciembre; 539/2014 de 2 de julio; 803/2015 de 9 de diciembre; o 748/2018 de 14 de febrero de 2019). El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella. La necesidad de proteger de manera efectiva a quienes son víctimas de la violencia de género emerge hoy como un interés colectivo indisponible, que ha desembocado en todo un esquema legal orientado a tal fin, y que desde esta perspectiva ha sido interpretado por esta Sala.

En línea con ello, claudica cualquier posibilidad de anclar en el consentimiento de la persona que, además de la condenada, se ve afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP en su condición de víctimas del delito generador de las mismas, la «análoga significación» que faculta la construcción de una atenuante a través de la vía que abre el artículo 21.7 CP. De esta manera mantiene toda su vigencia el criterio que sobre esta cuestión sustentó la STS 539/2014 de 2 de julio, precisamente por entender que «si el legislador diseña una atenuante exigiendo para su apreciación la concurrencia de ciertos elementos o requisitos, no es lógico que por la puerta del art. 21. 6º (actual 7ª) se introduzcan como atenuante los supuestos en que faltan esos requisitos y que han sido conscientemente desechados por el legislador (STS. 1346/2009 de 29.12)». Todo ello sin perjuicio de que pueda ser un factor a tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena.

RECURSO CASACION núm.: 2561/2018

Ponente: Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García
Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la
Cuesta y de Quero

**TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal**

Sentencia núm. 667/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Julián Sánchez Melgar

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D.^a Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 14 de enero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación num. 2561/2018 por infracción de ley interpuesto por D. Héctor Pablo Suiira Mellado, representado por el procurador D. José Ramón García García, bajo la dirección letrada de D. Roberto Jorge Abelleira Esteban, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 27^a - Apelac. 1295/17) de fecha 18 de junio de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal num. 36 de Madrid en causa seguida por delito de quebrantamiento de condena. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 10 de Madrid incoó DPA num. 780/15, y una vez concluso lo remitió al Juzgado e lo Penal num. 36 de Madrid que con fecha 13 de abril de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**: «UNICO.- Por sentencia de 13 de febrero de 2015, dictada de conformidad por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, en DUD 33/15, se condenó al hoy acusado, Héctor Pablo Saira Hernández, mayor de edad, español, con DNI no ... y sin antecedentes penales computables en esta causa a efectos de reincidencia, como autor de un delito continuado de amenazas en el ámbito de la violencia de género, a penas, entre otras, de 5 meses de prisión, con prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de quien había sido su pareja sentimental, D^a I., mayor de edad y española, a su persona, domicilio o cualquier lugar en el que se encontrase, y prohibición de comunicar con ella, ambas prohibiciones por tiempo de 16 meses.

El mismo 13 de febrero la sentencia se declaró firme y el acusado fue requerido de cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación y de comunicación desde ese mismo día siendo advertido de que, en caso de incumplimiento, podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena castigado con pena privativa de libertad, estableciéndose, al efectuar la liquidación de condena, que estas penas se extinguían por cumplimiento el 6 de junio de 2016.

En la misma fecha de 13 de febrero de 2015, a solicitud de la defensa, se acordó por el mismo Juzgado la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta_ condicionada a que el condenado no delinquiera en la plazo de dos años y a que cumpliera dentro del mismo plazo, entre otras, las obligaciones y deberes de prohibición de aproximarse a D^a I. en un radio de 500 metros o comunicarse con ella, siendo expresamente advertido de que el incumplimiento de tales obligaciones supondría la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, sin posibilidad de nueva prórroga.

Pese a ello, durante el período de cumplimiento de las referidas penas, sobre las 10,15 horas del 26 de diciembre de 2015, con ánimo de menoscabar el principio de autoridad. conociendo la existencia y vigencia de dichas penas, el acusado se encontraba alojado, en compañía de D^a I., en el hotel Exe Central, de Madrid, sito en la calle Mejía Lequerica, de la capital, donde fue detenido».

SEGUNDO.- El Juzgado de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

«FALLO: Que debo condenar y condeno a Héctor Pablo Saira Hernández, como autor responsable de un delito de quebrantamiento de condena, ya definido, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, ya definida, a la pena de siete meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como al pago de las costas procesales.

De conformidad con lo establecido en el apartado 5 del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, remítase al Juzgado instructor testimonio de la presente resolución de forma inmediata, así como de la posterior declaración de firmeza, y efectúense las anotaciones oportunas en el SIRAJ.

Notifíquese a las partes la presente resolución, advirtiéndoles que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que deberá interponerse en este Juzgado en el plazo de diez días desde su notificación.

Una vez firme la presente resolución, remítase testimonio de la misma al Juzgado de Ejecutorias que tramite la ejecución de la sentencia a la que se refiere la hoja histórico penal obrante a los folios 30 y 31, por si procediera revocar el pronunciamiento sobre suspensión de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia que refiere».

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Héctor Pablo Saira Hernández, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Madrid (Sec. 27ª - Apelac. 1295/18), con fecha 18 de junio de 2019, que contiene el siguiente Fallo: «Que DEBEMOS DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Héctor Pablo Saira Hernández contra la sentencia de 13.04.18 de la Juez del Juzgado de lo Penal 36 de Madrid (PA 427/2016), la que se confirma, declarando de oficio las costas devengadas en la presente alzada.

Notifíquese esta nuestra sentencia a las partes personadas, a las que se harán saber las indicaciones que contiene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo llévase a efecto las anotaciones, inscripciones, comunicaciones y/o remisiones, en el modo y/o en los términos normativamente establecidos, a las personas y/o a/en los órganos correspondientes, con arreglo a la normativa vigente.

Esta sentencia no es firme, contra ella cabe interponer recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que habrá de prepararse en la forma prevista en los artículos 854 y 855 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación».

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley por la representación de D. Héctor Pablo Saira Hernández 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 CASACIÓN:**

1º.- Al amparo del artículo 849.1º LECRIM, por vulneración del artículo 21.7ª CP.

2º.- Al amparo del artículo 849. 1º LECRIM., por vulneración del artículo 21.3º CP.

3º.- Al amparo del art. 849.1º LECRIM, por vulneración del art. 21. 6ª CP, en relación con el artículo 66. 2ª CP.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 10 de diciembre de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La defensa del condenado D. Héctor Pablo Saira Mellado recurre contra la sentencia de la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 18 de junio de 2018, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra

la que había sido dictada el 13 de abril del mismo año por el Juzgado de lo Penal nº 36 de Madrid y que le condenó como autor de un delito de quebrantamiento de condena, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas.

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 lo 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 hechos declarados probados por la sentencia sometida a nuestra consideración, en relación al aspecto que ha suscitado

interés casacional. En concreto, la idoneidad del consentimiento de la persona involucrada como sujeto pasivo en un delito de quebrantamiento de la pena de prohibición de acercamiento del artículo 468.2 CP, como base para sustentar una circunstancia analógica de atenuación. Cuestión abordada en el primer motivo de recurso, único respecto a la que apreciamos interés casacional, al existir posturas discrepantes entre las Audiencias Provinciales.

SEGUNDO: El ya citado primer motivo de recurso se canaliza por vía del artículo 849.1 LECRIM para denunciar la indebida inaplicación del artículo 21.7 CP, en relación al delito del artículo 468.2 CP.

Sostiene el recurrente que existen dos líneas de interpretación entre las Audiencias Provinciales. Por una parte las que consideran que el consentimiento en el quebrantamiento de la persona con respecto a la cual se acuerda la prohibición de acercamiento integra una atenuante muy cualificada, entre las que cita las SSAP de Madrid, Sección 17ª de 15 de julio de 2009; Madrid de fecha 10 de marzo de 2011; Madrid, Sección 1ª de 27 de Septiembre de 2012; Sevilla, Sección 4ª de fecha 27 de mayo de 2014; Vizcaya Sección 6ª de 1 de febrero de 2016 y de 13 de febrero de 2018. De otro lado, las que consideran que en tales casos no es apreciable ninguna atenuante por analogía, y cita las SSAP de Madrid, Sección 27ª de 21 de mayo de 2018; y Zaragoza Sección 1ª de 27 de abril de 2018, de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Admite que esta Sala se pronunció en sentencia de 2 de julio de 2014 en contra de la apreciación de una atenuante, si bien considera que la doctrina que la misma contiene no es «categórica, de hecho la polémica sigue existiendo en la actualidad».

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 Juzgado de lo Penal declaró probado, y la Audiencia Provincial validó como tal: «UNICO.- Por sentencia de 13 de febrero de 2015, dictada de conformidad por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Alcalá de Henares, en DUD 33/15, se condenó al hoy acusado, Héctor

Pablo Suiira Hernández, mayor de edad, español, con DNI no ... y sin antecedentes penales computables en esta causa a efectos de reincidencia, como autor de un delito continuado de amenazas en el ámbito de la violencia de género, a penas, entre otras, de 5 meses de prisión, con prohibición de aproximarse a una distancia inferior a 500 metros de quien había sido su pareja sentimental, D^a I., mayor de edad y española, a su persona, domicilio o cualquier lugar en el que se encontrase, y prohibición de comunicar con ella, ambas prohibiciones por tiempo de 16 meses.

El mismo 13 de febrero la sentencia se declaró firme y el acusado fue requerido de cumplimiento de las penas de prohibición de aproximación y de comunicación desde ese mismo día, siendo advertido de que, en caso de incumplimiento, podría incurrir en un delito de quebrantamiento de condena castigado con pena privativa de libertad, estableciéndose, al efectuar la liquidación de condena, que estas penas se extinguían por cumplimiento el 6 de junio de 2016.

En la misma fecha de 13 de febrero de 2015, a solicitud de la defensa, se acordó por el mismo Juzgado la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta, condicionada a que el condenado no delinquiera en la plazo de dos años y a que cumpliera dentro del mismo plazo, entre otras, las obligaciones y deberes de prohibición de aproximarse a D^a I. en un radio de 500 metros o comunicarse con ella, siendo expresamente advertido de que el incumplimiento de tales obligaciones supondría la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena de prisión, sin posibilidad de nueva prórroga.

Pese a ello, durante el período de cumplimiento de las referidas penas, sobre las 10,15 horas del 26 de diciembre de 2015, con ánimo de menoscabar el principio de autoridad, conociendo la existencia y vigencia de dichas penas, el acusado se encontraba alojado, en compañía de D^a I., en el hotel Exe Central, de Madrid, sito en la calle Mejía Lequerica, de la capital, donde fue detenido».

Entiende el recurrente que de los términos de ese relato se deduce que existió consentimiento de la que había sido pareja del acusado, a quien tenía prohibido acercarse, y hace suyos los argumentos de la Audiencia provincial de Vizcaya, Sección 6^a, en la sentencia de 13 de febrero, y los de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 4^a de 27 de mayo de 2014 que aquella invocaba.

Y como parámetros de comparación de cara a sustentar la analogía que el artículo 21.7 CP requiere, señala que los delitos relacionados con la violencia de género de los artículos 153.4, 171.6, 171.2 CP (maltrato sin lesión o con lesión leve, lesiones, amenazas y coacciones) permiten la rebaja de un grado de la pena a la vista de las circunstancias personales del autor y de las

concurrentes en la realización del hecho. También el artículo 155 CP en los delitos de lesiones permite la imposición de la pena inferior en grado en caso de consentimiento de la víctima. A partir de ahí entiende que el consentimiento de quien denomina «perjudicada» no puede considerarse irrelevante y concluye con una especie de cláusula general de cierre en el que, sin desarrollo argumental alguno, alude como término de comparación para establecer la analogía las atenuantes de arrebató u obcecación, y otro estado pasional semejante, o ejercicio de un derecho, o estado de necesidad.

Finalmente aduce que «que existirían las condiciones para aplicar atenuante analógica como muy cualificada dado el consentimiento de la perjudicada, por la escasa duración del quebrantamiento dado que fue meramente puntual, no había sucedido previamente, ni tampoco existió ningún delito concurrente, además de la juventud de los implicados, y del hecho de que la relación posteriormente ha continuado y se ha mantenido hasta el juicio oral tal y como señaló la perjudicada.»

2. El artículo 21.7 CP cierra el catálogo de atenuantes al configurar como tal «cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores». En principio habríamos de considerar como tales las que demuestren una menor culpabilidad o antijuridicidad en la conducta del sujeto, o incluso revele una menor conveniencia de la pena.

Los términos de comparación sobre los que debe pivotar la «análoga significación», según la doctrina de esta Sala, abarcan los que afectan a la estructura y características de las restantes circunstancias que el artículo 21 contempla, y de las descritas en el artículo 20 CP cuando no concurren todos los elementos que permitan su apreciación como eximente incompleta. Pero también los factores de atenuación específicamente descritos en los tipos penales y los que se conecten con algún elemento esencial definidor de los mismos, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el CP, y que supongan la *ratio* de su incriminación o estén directamente relacionados con el bien jurídico protegido. Por último, se ha dado cabida a la analogía directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás

supuestos del artículo 21 CP, lo que ha viabilizado hasta la LO 5/2010 la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas. (SSTS, entre otras ,865/2005 de 24 de junio; 164/2006 de 22 de febrero; 240/2012 de 26 de marzo; 505/2016 de 9 de junio).

La atenuante que nos ocupa, como instrumento de individualización de la pena que es, trata de ajustar ésta a la culpabilidad del sujeto, y exige que la analogía se establezca no sobre una similitud formal, morfológica o descriptiva, sino en una semejanza de sentido intrínseco con la idea genérica que básicamente informan las demás atenuantes (entre otras SSTS 567/1996 de 23 de septiembre; 1125/1998 de 6 de octubre; 164/2006 de 22 de febrero; 1057/2006 de 3 de noviembre; 145/2007 de 28 de febrero; 240/2012 de 26 de marzo o 505/2016 de 9 de junio). Y en concreto la STS 504/2003 de 2 de abril afirmó «Las circunstancias de atenuación del artículo 21, antes del artículo 9 del Código Penal de 1973, responden, como se ha dicho, a una menor imputabilidad del sujeto; a una disminución del injusto y, por lo tanto, menor necesidad de pena; o a requerimientos de política criminal, como la reparación a la víctima o la colaboración con la administración de justicia. Las situaciones que la realidad fáctica puede evidenciar y que no pueden ser integrados en una de las circunstancias del artículo 21 guardando sin embargo, una análoga significación con los fundamentos de las circunstancias de atenuación del artículo 21, en sus números 1 a 5, pueden ser subsumidos en el número 6 atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto.

Se ha sostenido doctrinalmente, y de ello se hace eco la jurisprudencia, que la circunstancia de análoga significación permite acoger en su subsunción situaciones no incluíbles en el tenor literal de otras circunstancias de atenuación pero que aparecen abarcadas por el fundamento de la atenuación o el objetivo político-criminal de las restantes circunstancias. Así, afirmó la Sentencia de 22 de Febrero de 1988, la circunstancia de análoga consideración constituye "una cláusula general de individualización de la pena que permite proporcionar mejor la pena a la culpabilidad del autor, más que por la vía de una estricta analogía formal con los supuestos específicamente contemplados en los diferentes números del art. 9 del Código penal, a través de la analogía con esta idea genérica que informan estos supuestos". En parecidos términos la STS 8.6.88 para la que la atenuación análoga tiene como finalidad posibilitar que se pueden valorar situaciones de entidad, no previstas normalmente, que la realidad humana y comunitaria pueda poner de relieve". Criterio que sigue informando el fundamento de esta circunstancia (Cfr. STS. 4.6.99) pues "lo importante es el significado, no la morfología de la circunstancia".»

Recordaba la STS 1060/2004 de 4 de octubre, con cita de las SSTS 1002/2002 de 27 de mayo y la 1006/2003 de 9 de julio, que la entonces jurisprudencia más moderna entendía que no era preciso que la analogía se refiriera específicamente a alguna de las otras circunstancias descritas en el artículo 21 CP, como se venía exigiendo tradicionalmente «sino que es suficiente para su apreciación que la misma se refiera a la idea básica que inspira el sistema de circunstancias atenuantes, es decir, la menor entidad del injusto, el menor reproche de culpabilidad o la mayor utilidad a los fines de cooperar con la justicia desde una perspectiva de política criminal.» (en el mismo sentido la STS 1421/2005 de 30 de noviembre).

Sin embargo, tan amplio espectro de la atenuante de análoga significación no alcanza al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque ello equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma. Pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante analógica y la que sirve de tipo, «pues ello supondría hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que habla la jurisprudencia de esta Sala» y dejaría sin efecto la analogía. (entre otras, SSTS 1524/1992 de 11 de mayo; 159/95 de 3 de febrero; 567/1996 de 23 de septiembre; 1704/1999 de 5 de enero; STS 2153/2002 de 18 de diciembre; 164/2006 de 22 de febrero; 240/2012 de 26 de marzo; 505/2016 de 9 de junio ó 402/2019 de 12 de septiembre).

3. El Código Penal no prevé el consentimiento de la víctima entre las causas de justificación generales, por lo que ningún parangón analógico puede establecerse con las demás circunstancias incluidas en los artículos 20 y 21.

Se alude en el recurso, sin especial argumentación, al cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo derecho, oficio o cargo. Decíamos en la STS 664/2018 de 17 de diciembre, que 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 exigente 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 cumplimientos 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 un eventual derecho a relacionarse con quien es o ha sido la pareja sentimental, pueda alcanzar la significación que tal circunstancia proyecta, basada en la utilidad social del derecho, deber jurídico o función cuyo cumplimiento se reclama.

Lo mismo ocurre en relación con las circunstancias de arrebató u obcecación, y otro estado pasional semejante, o la de estado de necesidad a las que, sin especial argumentación se refiere el recurso. Pues en ningún caso puede deducirse del relato de hechos que mediatiza nuestro pronunciamiento una situación asimilable a la del peligro de un mal, propio o ajeno, que el acercamiento entre el acusado y quien había sido o era todavía su pareja pretendiera enervar, sobre la que establecer algún paralelismo con la segunda de las circunstancias citadas. Tampoco el consentimiento de la afectada por la pena de alejamiento puede asimilarse al poderoso estímulo capaz de provocar alteración emocional.

4. Ya hemos señalado que el consentimiento del afectado no goza de expreso reconocimiento en el ordenamiento penal como causa de justificación. Sin embargo, la parte especial del Código le reconoce eficacia en algunos supuestos, a través de una atenuación (artículo 155), o incluso de una tipificación con menor penalidad, como ocurre por ejemplo con el auxilio al suicidio (artículo 143) en relación con el homicidio (artículo 138). Ahora bien, en todos los casos se trata de tipos que protegen bienes jurídicos de carácter personal, como la vida o la integridad física.

El tipo previsto en el artículo 468.2 CP por el que el recurrente viene condenado 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».

En el particular supuesto que nos ocupa, se incumplió por el recurrente la pena de prohibición de acercamiento a una distancia inferior a los 500 metros de quien había sido su pareja sentimental; y a mantener comunicación con ella, impuestas por sentencia firme.

Se trata el previsto en el artículo 468.2 de un delito contra la Administración de Justicia, cuyo bien jurídico protegido de forma primordial es 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, cuyo cumplimiento y subsistencia no puede quedar a merced de la víctima (entre otras SSTS 268/2010 de 26 de febrero; 39/2009 de 29 enero; ó 803/2015 de 9 de diciembre).

Cierto es que hemos dicho de este tipo penal, entre otras en la STS 664/2018, que tiene un carácter dual, pues también «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)”». Lo que, sin embargo, no desnaturaliza su carácter.

En lo que se refiere a la eficacia en relación al mismo del consentimiento de la persona afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP como víctima del hecho generador de su imposición, tras algunas iniciales oscilaciones, nuestra jurisprudencia ha sido unívoca a partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TS de 25 de enero de 2008, en el que se acordó que: «...el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del artículo 468.2 del Código Penal». Tesis acogida por sucesivas sentencias (entre otras SSTS 39/2009 de 29 de enero; 172/2009 de 24 de febrero; 61/2010 de 28 de enero; 95/2010 de 12 de febrero 268/2010 de 26 de febrero; 1065/2010 de 26 de noviembre; 126/2011 de 31 de enero; 1010/2012 de 21 de diciembre; 539/2014 de 2 de julio; 803/2015 de 9 de diciembre; ó 748/2018 de 14 de febrero de 2019).El cumplimiento de una pena o medida cautelar impuesta por un Tribunal como consecuencia de la comisión de un delito público no puede quedar al arbitrio del condenado o de la víctima, ni siquiera en los casos en los que las mismas se orienten a la protección de aquella. La necesidad de proteger de manera efectiva a quienes son víctimas de la violencia de género emerge hoy como un interés colectivo indisponible, que ha desembocado en todo un esquema legal orientado a tal fin, y que desde esta perspectiva ha sido interpretado por esta Sala.

En línea con ello, claudica cualquier posibilidad de anclar en el consentimiento de la persona que, además de la condenada, se ve afectada por alguna de las prohibiciones del artículo 48 CP en su condición del víctimas del delito generador de las mismas, la «análoga significación» que faculta la construcción de una atenuante a través de la vía que abre el artículo 21.7 CP. De esta manera mantiene toda su vigencia el criterio que sobre esta cuestión sustentó la STS 539/2014 de 2 de julio, precisamente por entender que «si el legislador diseña una atenuante exigiendo para su apreciación la concurrencia de ciertos elementos o requisitos, no es lógico que por la puerta del art. 21. 6º

(actual 7ª) se introduzcan como atenuante los supuestos en que faltan esos requisitos y que han sido conscientemente desechados por el legislador (STS. 1346/2009 de 29.12).». Todo ello sin perjuicio de que pueda ser un factor a tomar en cuenta a la hora de individualizar la pena.

El motivo se desestima.

SEGUNDO: Los otros dos motivos van a ser rechazados de plano, pues ninguno de ellos reviste interés casacional, interpretado en los términos que hemos expuesto en el primero de los fundamentos de esta sentencia.

1. El que se formuló en segundo lugar, dice que la sentencia recurrida contravino la doctrina de esta Sala al rechazar como alteración emocional idónea para sustentar una circunstancia atenuante de arrebató y/o obcecación del artículo 21.3 CP, al enamoramiento entre la pareja que les llevó a reanudar su relación sentimental tras el encuentro que los hechos probados describen, producido vigente la prohibición judicialmente impuesta como pena. La sentencia recurrida dedica a esta cuestión su fundamento séptimo, que se apoya para delimitar los contornos teóricos de la circunstancia que se invoca en la jurisprudencia de esta Sala, de la que no se apartó. Por el contrario, el rechazo de la atenuación reclamada se basó en la no acreditación de los elementos que con arreglo aquella son de obligada concurrencia. Es decir, la cuestión se reconduce a una discrepancia probatorias que quedan extramuros de un recurso como el que nos ocupa.

En atención a ello el motivo planteado no tiene cabida en un recurso como el que ahora se resuelve, y la causa de inadmisión lo es ahora de desestimación.

2. Lo mismo ocurre con el tercero de los motivos, que simplemente cuestiona que la sentencia de instancia no considerara que la dilación indebida apreciada justificara que la atenuante lo fuera como muy cualificada. Dice que tal pronunciamiento se aparta de la jurisprudencia de esta Sala, pero

ni siquiera cita el recurso alguna sentencia que pudiera ser tomada en referencia a esos efectos.

Pero es que además, tal discrepancia no se incorporó al recurso de apelación, lo que ha privado al Tribunal que conoció del mismo de la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión. No olvidemos que es la sentencia dictada por este último la que constituye el objeto de nuestro recurso.

De tal manera si el recurso de casación tiene por objeto la revisión de la sentencia de apelación, no es posible introducir un motivo *per saltum*, pues lo contrario desnaturalizaría el recurso de casación una vez implantado un sistema de doble instancia.

CUARTO: Por todo lo expuesto el recurso va a ser desestimado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, el recurrente soportará las costas de este recurso.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por D. Héctor Pablo Suiira Mellado, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27^a - Apelac. 1295/17) de fecha 18 de junio de 2018. Comuníquese esta Sentencia a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Condenar al citado recurrente al pago de las costas de esta instancia.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García

Ana María Ferrer García

Pablo Llarena Conde

