

Jurisprudencia: Tribunal Supremo Sala II de lo Penal. Sentencia 1156/2005, de 26 de septiembre

Ponente: JOAQUIN GIMENEZ GARCIA

Voces:

► Penal: Delitos: Delitos contra la Administración de Justicia: Delito de Quebrantamiento de Condena: Quebrantamiento de Medida Cautelar

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil cinco.

En el recurso de casación por Infracción de Ley y Quebrantamiento de Forma que ante Nos pende, interpuesto por la representación de Santiago, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección III, por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y faltas contra las personas, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan se han constituido para la Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr. Alonso Cartier; siendo parte recurrida Esther, representada por la Procuradora Sra. Esteban Guadalix.

ANTECEDENTES

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, instruyó Sumario nº 11/02, seguido por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y faltas contra las personas, contra Santiago, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección III, que con fecha 11 de Junio de 2004 dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOS PROBADOS:

"El acusado Santiago, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad marroquí, que se encontraba en España a finales del año 2000 careciendo de permiso de residencia y de trabajo, inició una relación sentimental con Yolanda en esas fechas, viviendo juntos en el piso que ésta había alquilado sito en la CALLE000 nº NUM000NUM001, NUM002NUM003, del barrio de Vicalvaro de esta ciudad.- La expresada relación se fué deteriorando, a pesar de que Yolanda se quedó embarazada teniendo a finales del mes de septiembre de 2001 un aborto espontáneo, negándose el acusado a darla por finalizada, haciendo caso omiso a los requerimientos de Yolanda en tal sentido, acudiendo reiteradamente al expresado domicilio.- En el curso de la relación sentimental mantenida, particularmente desde finales del mes de Julio de 2001, el acusado vejó e insultó a Yolanda, acosándola continuamente, produciendo en ésta una situación de angustia al negarse a acabarla y permitir que Yolanda le dejara, por lo que, en varias ocasiones, la abuela de ésta, Esther, fue a la vivienda donde habitaba Yolanda para dormir con ella.- En concreto se produjeron las situaciones fácticas que se relatan a continuación: A).- El día 30 de Julio de 2001 dos policías nacionales destinados en la comisaría de San Blas-Vicalvaro se personaron sobre las 8,45 horas en el expresado domicilio de la CALLE000, tras avisar Yolanda telefónicamente a la policía, encontrándose con ésta en la puerta de entrada y al penetrar e la vivienda encontraron al acusado durmiendo en el suelo del comedor, en calzoncillos, procediendo a su detención, tras intentar éste darse a la fuga.- En el citado centro policial, fué informado de sus derechos como detenido por allanamiento de morada, daños y amenazas y, tras prestar declaración Yolanda, por agresión sexual, poniéndolo a disposición judicial, acordando el magistrado juez instructor de la causa, tras oírle en declaración y celebrar la preceptiva comparecencia, su libertad provisional y acordar como medida cautelar, la prohibición de aproximarse a menos de 700 metros de Yolanda, en resolución de 31-7-01, que fue debidamente notificada al acusado.- Al ser reconocida Yolanda ese día por dos médicos forenses y el día anterior en el hospital de La Paz, los facultativos que la reconocieron no observaron que presentara lesión alguna externa sin ginecológica, procediendo a la recogida de muestras vaginales, detectando que se encontraba en estado de gestación.- B).- A pesar de la medida de alejamiento acordada, el acusado en las fechas siguientes procedió a seguir a Yolanda en varias ocasiones, accediendo, de forma reiterada, al domicilio de ésta en la CALLE000.- C).- Sin que se haya esclarecido si Yolanda y el acusado reanudaron en el mes de Agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de Septiembre de 2001 el acusado, en la vivienda de la CALLE000, al discutir una vez más, por los mismos motivos, con Yolanda, la escupió y amenazó de muerte con un cuchillo que le puso en el cuello.- D).- En la madrugada del día 6 de octubre de 2001 el acusado penetró en el piso mencionado por una ventana, tras forzar los barrotes de protección en ella instalados, como había realizado en otra ocasión en que dormía en él la abuela

de Yolanda con ésta, saliendo apresuradamente de la vivienda al encontrarse con ella, y permaneció en él varias horas, a pesar de que Yolanda le requirió insistentemente para que lo abandonara, aprovechando para comer, ducharse y dormir.- E).- El día 15 de Abril de 2002, como quiera que el acusado, en su actitud de acoso a Yolanda, no encontrara a ésta, dado que por la persecución a la que se veía sometida había ido a alojarse al domicilio de una amiga, se dirigió, ya en la madrugada del día siguiente, al domicilio de la abuela de Yolanda, Esther, sito en la CALLE001 nº NUM004NUM004. NUM003. del mismo barrio de Vicálvaro, en donde había estado en otra ocasión, procediendo, sobre las 2,30 horas, a llamar repetidamente al telefonillo del portal.- Ante tal situación, a esa hora intempestiva, Esther se asomó a la terraza de la vivienda, diciéndole al acusado que se marchase dado que Yolanda no estaba en su casa, persistiendo éste en su actitud, de llamar por el telefonillo.- Como quiera que el hijo de Esther, Jesús Manuel, se encontraba durmiendo en el piso, ocasionalmente, junto a su mujer Silvia, y a un menor, nieto de Esther, se despertó ante las llamadas efectuadas por el acusado, bajando al portal junto con su madre, ante la persistencia del acusado.- Cuando llegaron al portal el acusado no se encontraba allí, al haber procedido tras encaramarse a una farola de alumbrado público que había sido instalada en fechas inmediatas anteriores junto a la terraza de la citada vivienda, a acceder a ésta, oyendo Esther y su hijo un ruido en la terraza, y retornando al piso al sospechar que había subido el mismo el acusado, en la forma relatada.- Ante los ruidos producidos también se despertó Silvia, observando como el acusado salía de la cocina de la vivienda, que da a la terraza, para introducirse en el cuarto de baño cuando retornaban su marido y su suegra, procediendo estos a impedir que el acusado saliera del mismo, y a avisar a la policía.- Al intentar el acusado salir por la ventana del cuarto de baño, de reducidas dimensiones, a la terraza, e impedirselo los anteriores con el palo de una fregona, se fracturó uno de los cristales de aquella, procediendo una dotación de la policía municipal, que se personó en la vivienda instantes después, a la detención del acusado.- Esther no reclama por los daños causados en su vivienda, como tampoco reclama Yolanda nada por los daños, en los barrotes de la ventana, de la que era arrendataria, ni por lo padecido". (sic)

Segundo.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"FALLAMOS: Condenamos a Santiago, como autor criminalmente responsable de los delitos que se recogen a continuación, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las siguientes penas: -de un delito de maltrato familiar, a la pena de DOS años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante la condena.- de un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, a la pena de DIECIOCHO meses de multa, con una cuota diaria de dos euros.- de un delito de amenazas, a la pena de UN año y TRES meses de prisión, con la misma pena accesoria.- de un delito de allanamiento de morada, a la pena de UN AÑO y tres meses de prisión, con igual accesoria.- de otro delito de allanamiento de morada, a la pena de UN año y TRES meses de prisión, con la misma accesoria.- Le absolvemos del delito de agresión sexual que le es imputado por la mencionada acusación particular, de los otros delitos de allanamiento de morada y de amenazas, y de las faltas contra las personas de los que es acusado por el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares.- Le condenamos al pago de las cinco novenas partes de las costas procesales, incluidas las de las acusaciones particulares personadas en la causa, en igual proporción, declarando de oficio las cuatro novenas partes restantes.- El acusado no podrá acercarse o comunicarse con Yolanda, ni acudir al domicilio donde esta resida, en un plazo de CINCO años.- Se sustituyen las penas privativas de libertad impuestas, que sumadas, ascienden a cinco años y nueve meses de prisión, por la expulsión del condenado del territorio español, al que no podrá regresar en diez años, y si regresare cumplirá las penas sustituidas.- Para el cómputo de las penas privativas de libertad impuestas se abonará el tiempo de prisión preventiva sufrido por el procesado en la causa.- Se ratifica el auto de insolvencia del procesado decretado por la Instructora en la causa". (sic)

Tercero.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por la representación de Santiago, que se tuvo por anunciado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO: Por la vía del art. 849.1 de la LECriminal se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 C.E.

SEGUNDO: Por la vía del art. 849.1 de la LECriminal se invoca Infracción de Ley por indebida aplicación de los arts. 153, 468, 74, 169.2, 202.1, 66 y 57 del C.P.

TERCERO: Por la vía del art. 849.2 de la LECriminal se invoca error en la apreciación de la prueba.

CUARTO: Por la vía del art. 850.1 de la LECriminal. QUINTO: Por la vía del art. 850.1 de la LECriminal.

Quinto.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró la votación el día 19 de Septiembre de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia de 11 de Junio de 2004 de la Sección III de la Audiencia Provincial de Madrid condenó a Santiago como autor de un delito de maltrato familiar, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y dos delitos de allanamiento de morada a las penas fijadas en el fallo.

Los hechos se refieren a diversos episodios violentos de los que fue protagonista el recurrente y víctima su compañera sentimental Yolanda y su abuela Esther en lo referente a uno de los delitos de allanamiento de morada.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado quien lo desarrolla a través de cinco motivos cuyo estudio efectuamos seguidamente, si bien reordenando los motivos por razones de lógica y sistemática jurídicas. Comenzaremos por los motivos encauzados por la vía del Quebrantamiento de Forma, para seguir por los de vulneración de derechos fundamentales y terminar por los de error iuris y error facti.

Segundo.- El motivo cuarto, por la vía del art. 850-1º LECriminal denuncia indebida denegación de diligencias de prueba a la defensa.

La prueba denegada durante la instrucción fue la de solicitar al Centro Penitenciario donde se encontraba recluido el recurrente que enviaran al Juzgado unas llaves que se encontraban entre sus efectos y que correspondían a las de la vivienda que compartía con su compañera y que acreditarían la reanudación de la vida de pareja al tiempo de su detención --16 de Abril de 2002-- con lo que desaparecerían los delitos de quebrantamiento de medida y uno de los de allanamiento de morada.

Dicha prueba fue denegada durante la instrucción.

De entrada, debemos recordar, que, en principio, el momento de la proposición de prueba y por tanto de su posible denegación debe ser, a los efectos tanto de este cauce casacional como desde el derecho constitucional a proponer prueba --art. 24-2º--, el de la calificación provisional para su práctica en el Plenario pues el Sumario sólo tiene un valor preliminar y preparatorio del juicio oral.

El propio recurrente reconoce que dicha llave, la portaba en el Plenario pero en ese momento ya no era procedente porque, a la sazón, su compañera ya no ocupaba la vivienda. Aún admitiendo esa situación, que no acredita, y que hubiera situado el momento hábil para tal verificación el del Sumario, es lo cierto que tal comprobación nada hubiera acreditado de forma clara e indubitada. Existieron muchas posibilidades de que el recurrente tuviera una llave del piso --o la conservara de la convivencia anterior-- y que les hubiese seguido poseyendo durante la ruptura de dicha convivencia, por lo que, aún admitiendo la pertinencia de la prueba, en modo alguno era prueba necesaria o imprescindible, y no lo era porque cualquiera que fuera su resultado carecía de incidencia para la resolución final del caso, en relación al delito de allanamiento.

El motivo debe ser desestimado.

Tercero.- El motivo quinto, por la vía del art. 851-1º de la LECriminal denuncia contradicción en los hechos probados.

Concreta tal contradicción que en los hechos probados se afirma que a pesar de la medida de alejamiento, el recurrente se presentó reiteradas veces en el domicilio de su ex-compañera, accediendo al mismo, en la fundamentación, con valor fáctico se afirma que "...después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia, no recordando las fechas en que supuestamente dejaron su relación con lo relatado por Yolanda sobre el bar que explotaron juntos durante dos meses, desde Junio de 2001....".

Igualmente se cita la página 13 de la sentencia --realmente es el 12-- en el sentido de que con posterioridad al 30 de Julio de 2001 reanudara la convivencia.

Efectivamente, en este control casacional se verifica la existencia de esos juicios dudosos sobre si se llegó o no a reanudar la convivencia, e incluso en el factum se afirma que no se ha esclarecido si en el mes de Agosto de 2001 se reanudó la convivencia cuando el auto de alejamiento fue dictado y notificado al recurrente el 31 de Julio de 2001.

Esta contradicción, por afectar a la solidez de la existencia de un elemento esencial del tipo de quebrantamiento de la medida, cual es la aceptación, por la propia víctima solicitante de su contenido, va a tener una importancia decisiva en relación al delito de quebrantamiento del que ha sido condenada, lo que ahora sólo se indica y será estudiado con más detalle en el motivo segundo.

En todo caso, procede el éxito del motivo aunque con un alcance distinto del de la devolución de la causa al Tribunal de procedencia.

Cuarto.- Pasamos al estudio del motivo primero que denuncia vulneración del principio de presunción de inocencia en relación a los delitos por los que ha sido condenado.

Toda su argumentación se centra en cuestionar la solidez y consistencia de la declaración de su ex-compañera sentimental.

No existe tal vacío probatorio.

Las declaraciones de Yolanda fueron analizadas con minuciosidad por el Tribunal sentenciador, como se comprueba con la lectura del F.J. tercero A). No es preciso reiterar la aptitud que tiene la sola declaración de la víctima para integrar la prueba de cargo suficiente capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia --SSTS nº 801/99 de 12 de Mayo, 1845/2000, 104/2002 de 29 de Enero y 519/2005 de 25 de Abril, entre otras--. De su examen en este control casacional, verificamos que dicha declaración reviste su solidez desde la triple perspectiva de ausencia de credibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia. El Tribunal verificó su congruencia y contundencia en manifestar "...la pertinaz actitud del acusado de continuar en su relación no querida ya por ella..." --página 9 de la sentencia--, y ello aún reconociendo algunas imprecisiones que no afectan a la esencia de su relato, pero es que, además, no se está en presencia de la sola declaración de la víctima, se contó también con la declaración de la abuela de Yolanda, siendo ella misma víctima de la violencia del recurrente cuando en la madrugada del día 16 de Abril de 2002 se personó el recurrente en él, e intentó asaltando en los términos descritos en el factum, que son muy elocuentes del carácter violento y obcecado del recurrente, que llegó a encaramarse a una farola de la calle para desde allá acceder a la terraza del piso ante la negativa de la abuela -- Esther-- de abrirle el portal.

En el mismo sentido se contó con las declaraciones de los testigos --tres-- que presenciaron los hechos y a los que se refiere el Tribunal en el último párrafo del F.J. III A), y finalmente se cuenta con la realidad de los daños causados en los barrotos de la vivienda de Yolanda, que fueron forzados por el recurrente para penetrar --el día 6 de Octubre-- en el piso de ella, y que habían sido puestos precisamente como seguridad y protección ante la actitud de aquél, con el resultado de que al penetrar él, ella huyó del piso, quedándose el recurrente unas horas que aprovechó para ducharse, comer y dormir. Además de la declaración de la víctima, se contó con suficientes corroboraciones que reforzaron la credibilidad de aquélla.

No hubo vacío probatorio, sino prueba válida, legalmente introducida en el proceso, suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y que ha sido debidamente motivada por lo que su decisión se sitúa extramuros de toda decisión sospechosa de arbitrariedad.

Procede la desestimación del motivo.

Quinto.- Pasamos al motivo segundo.

Encauzado por la vía del error iuris del art. 849-1º de la LECriminal en el mismo, se denuncia la indebida aplicación de los artículos que justificaron en la instancia todos los delitos por los que ha sido condenado el recurrente, maltrato familiar, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y dos delitos de amenazas.

En la argumentación cuestiona tales delitos porque:

- a) El delito de maltrato por no existir parte médico alguno acreditativo de lesión o secuela psicológica.
- b) El de quebrantamiento de medida porque después de imponerle el alejamiento convivieron juntos.
- c) El de amenazas porque se fundamentó en la exclusiva declaración de la víctima.
- d) Los dos delitos de allanamiento de morada porque no consta que existiera oposición del morador de la vivienda.

El recurrente olvida que presupuesto de admisibilidad del motivo es el respeto a los hechos probados, lo que no cumple ya que no sólo los ignora sino que trata de sustituirlos por otros. Por ello ya sólo incurre en motivo de inadmisión que opera en este momento como causa de desestimación en relación a los delitos a), c) y d) de la enumeración anterior.

Además de ello puede decirse que la existencia de tales delitos está acreditada de forma cumplida por las declaraciones de las víctimas, singularmente su ex-compañera, siendo irrelevante para la existencia del delito de maltrato que no exista parte médico, y lo mismo cabe decir en relación al delito de amenazas que se comete en la soledad generalmente buscada de amenazador y amenazado.

En lo referente a los dos delitos de allanamiento de morada --la de su ex-compañera, y la de su abuela--, la prueba ha sido contundente tanto en el asalto de que fue objeto la vivienda de Yolanda --forzando los barrotes de protección de una ventana puestos, precisamente, para impedirle su acceso--, como a la vivienda de la abuela --Esther-- en la que el recurrente tras encaramarse a la farola del alumbrado público, alcanzó la terraza del piso y desde ella pasó al interior de la vivienda como ya se ha dicho. La declaración de los testigos es contundente, sobre todo ante las sorprendentes explicaciones justificadoras de su proceder dadas por el recurrente.

Mención aparte requiere el delito de quebrantamiento de medida.

El recurrente fue condenado por haber quebrantado la medida de alejamiento dada por el Juez el día 31 de Julio de 2001 y que le fue oportunamente notificada al recurrente.

Al respecto se afirma en el propio hecho probado que "...sin que se haya esclarecido si Yolanda y el acusado reanudaron el mes de Agosto su relación sentimental, en la madrugada del día 10 de Septiembre....".

En idéntico sentido se hace consta en el F.J. III A) Motivación sobre los hechos, en la página 8 de la sentencia "...Es más de lo manifestado por ella al deponer como testigo el juicio (folio 7 del acta) se infiere que después de la denuncia, el acusado y ella habían reanudado su convivencia, no concordando las fechas en las que supuestamente dejaron su relación con lo relatado por Yolanda sobre el bar que exploraron juntos, durante dos meses, desde Junio de 2001....".

Es decir, la secuencia de los hechos sería: a) ruptura de la relación y auto de alejamiento dado el 31 de Julio de 2001; b) reanudación de la vida en común con explotación de un bar, ya como hecho cierto o, al menos probable durante el mes de Agosto y c) nueva secuencia de ruptura de la convivencia con las amenazas efectuadas por el recurrente a su ex-compañera con amenazas de muerte colocándole un cuchillo en el cuello, hecho ocurrido el 10 de Septiembre y asalto a la vivienda de ella el 6 de Octubre de 2001.

No cabe duda de la naturaleza de pena --pena privativa de derechos-- que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 del Código Penal, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la L.O. 14/99, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento, según el art. 468 del Código Penal. Tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar. En concreto, la medida que se le impuso al recurrente el 31 de Julio tuvo esa naturaleza y la impuesta en el fallo de la sentencia sometida al presente control casacional tiene naturaleza de pena.

No obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación.

En uno y otro caso, la efectividad de la medida depende --y esto es lo característico-- de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima --en cuya protección se acuerda-- de mantener su vigencia siempre y en todo momento.

¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex-conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla?

Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a "vivir juntos", como recuerda las SSTEDH de 24 de Marzo de 1988 y 9 de Junio de 1998, entre otras.

Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida.

En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que esta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener --en su caso-- otra medida de alejamiento.

Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante.

Esta es la especificidad de esta medida/pena dado el específico escenario en el que desarrolla su eficacia.

Una aplicación de lo expuesto al caso de autos lleva a la conclusión de que en el presente caso se ha objetado una duda en la propia sentencia acerca de si con posterioridad al otorgamiento del auto de prohibición de aproximación, se volvió o no a convivir, lo que proyecta al menos una duda seria y razonable sobre el núcleo del tipo penal: el mantenimiento de la voluntad de la ex-compañera de que el recurrente no se le acercara, basta y sobra esta situación para estimar que no ha existido quebrantamiento de medida ni por tanto delito del art. 468 del Código Penal.

Procede estimar esta parte del motivo y absolver al recurrente del delito de quebrantamiento, lo que se acordará en la segunda sentencia.

Procede la admisión parcial del motivo.

Sexto.- Pasamos, finalmente al motivo tercero, último que estudiamos según el orden que hemos efectuado.

Por la vía del error facti se denuncia el error en el que, se dice, ha incurrido el Tribunal, el que pretende justificar analizando una serie de declaraciones de testigos.

La sola alegación de que la prueba testifical no es prueba documental, y que esta es la única que permite la apertura de este cauce casacional, basta y sobra para rechazar el motivo.

El motivo debe ser desestimado.

Séptimo.- La admisión parcial de dos de los motivos justifica la declaración de oficio de las costas causadas por el recurso del recurrente.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos HABER LUGAR al recurso de casación formalizado por la representación de Santiago, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección III, de fecha 11 de Junio de 2004, la que casamos y anulamos siendo sustituida por la que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución y la que seguidamente se va a dictar a las partes, y póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección III, con devolución de la causa a esta última e interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García, Joaquín Giménez García, Gregorio García Ancos.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Septiembre de dos mil cinco.

En la causa instruida por el Juzgado de Instrucción nº 38 de Madrid, Sumario nº 11/02, seguida por delitos de agresión sexual, allanamiento de morada, quebrantamiento de medida cautelar, amenazas y faltas contra las personas, contra Santiago, de 25 años de edad, nacido el 19 de Abril de 1979, hijo de Omar y de Amina, natural de Almociema (Marruecos) y vecino de Madrid, con domicilio no acreditado en la causa, sin antecedentes penales, y en prisión provisional por esta causa desde el 16-4-2002; se ha dictado sentencia que HA SIDO CASADA Y ANULADA PARCIALMENTE por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA, se hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES DE HECHO

Unico.- Se mantienen los de la sentencia recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico.- Por los razonamientos contenidos en el F.J. quinto de la sentencia casacional, debemos absolver al recurrente Santiago del delito de quebrantamiento de medida del que fue condenado en la instancia.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos a Santiago del delito de quebrantamiento de medida del que fue condenado en la instancia, con declaración de oficio de una quinta parte de las costas de la instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia casada.

Notifíquese esta sentencia en los mismos términos que la anterior.

Joaquín Delgado García, Joaquín Giménez García, Gregorio García Ancos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leidas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.