

Roj: **STS 864/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:864**Id Cendoj: **28079120012014100160**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **14/02/2014**Nº de Recurso: **1599/2013**Nº de Resolución: **146/2014**Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 7183/2013,**
STS 864/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley y precepto constitucional que ante Nos pende, interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra Sentencia dictada por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió a Miguel Ángel de los delitos de violación y quebrantamiento de medida cautelar, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Siendo parte recurrida Miguel Ángel, representado por el Procurador Sr. González Fernández.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 3 de Barcelona incoó Diligencias Previas 2/2012, contra Miguel Ángel, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Vigésimo Segunda) que, con fecha dieciocho de junio de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<<El Juzgado de menores nº 1 de Barcelona dictó auto de 13 de febrero de 2009, en pieza separada de medidas cautelares del expediente nº 66/2009, decretando la medida cautelar de prohibición de aproximarse y comunicarse el entonces menor Miguel Ángel "a la víctima Agustina, a su domicilio, lugar de trabajo o aquellos otros donde desenvuelve su vida cotidiana, bajo la que quedará sometido hasta la celebración de Audiencia". Esta resolución fue notificada personalmente a Miguel Ángel el día 26 del mes que en que se dictó.

La tarde-noche del día 8 de mayo de 2011, Miguel Ángel, entonces mayor de edad y sin antecedentes penales, estuvo con Agustina, con la que había mantenido hasta meses antes relación de pareja, y con otras dos personas en el parque "el nen de la rutlla", de Barcelona, donde los cuatro estuvieron consumiendo bebidas alcohólicas, y en su momento en que Miguel Ángel y Agustina quedaron solo mantuvieron relaciones sexuales completas>>.

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

<< Fallo.- 1º.-Absolvemos libremente a Miguel Ángel de los delitos de violación y de quebrantamiento de medida cautelar, así como de la falta de hurto, de los que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal.

2º.- Declaramos de oficio las costas procesales causadas en esta instancia.

Esta sentencia no es firme y contra ella pueden interponerse recurso de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, preparándolos mediante escrito, presentado en este Tribunal dentro del plazo de cinco días siguientes al de la última notificación>>.



3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por el Ministerio Fiscal, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero .- Por infracción de ley al amparo del art. 849.2 LECrim por error en la valoración de la prueba.

Motivo segundo .- Por infracción de ley, al amparo del art. 849. 1º LECrim por infracción de ley ocasionada por la indebida inaplicación del tipo penal relativo al delito de quebrantamiento de medida cautelar previsto en el art. 468.2 CP .

4.- La representación legal de D. Miguel Ángel se instruyó del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, **impugnando los dos motivos** ; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día cuatro de febrero de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con impecable técnica casacional el Fiscal articula dos motivos estrechamente vinculados. El *error facti* del art. 849.2º LECrim es un motivo meramente instrumental: siempre habría de estar al servicio de una modificación de la subsunción jurídica (*error iuris*). En el primer motivo se pide la modificación fáctica basada en un documento. En el segundo se extraen las pertinentes consecuencias jurídicas. Los hechos modificados en la forma que se interesa en el primer motivo (constatación de la vigencia de la orden de alejamiento impuesta como medida cautelar en el Juzgado de Menores) arrastrarían la condena por un delito del art. 468 (quebrantamiento de medida cautelar).

Este planteamiento que se ajusta fielmente a las pautas tradicionales, a raíz de la recentísima evolución jurisprudencial ha de ser objeto de modulaciones y correctivos de fuste. Se verán.

SEGUNDO.- El motivo de casación previsto en el art. 849.2º- *error facti* -, permite casar la sentencia de instancia " *cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios* ". En su formulación legal es indiferente que la sentencia de instancia sea absolutoria o condenatoria. La filosofía es que el Tribunal de casación se encuentra respecto de tal prueba -un documento- en condiciones idénticas a las del Tribunal de instancia. Si existe prueba personal contradictoria con la documental la situación varía: los jueces de casación carecen de intermediación frente a tal prueba y por tanto no pueden sopesar los resultados de la documental en contraposición, por ejemplo, a una testifical.

Aquí no existen elementos contradictorios. Se blande un oficio expedido por el Secretario del Juzgado de Menores expresando de forma clara y rotunda que la medida cautelar estaba vigente en la fecha que figura en la comunicación y por tanto también en la fecha en que se produjeron los hechos denunciados.

Pese a ello el Tribunal de instancia aflora unas dudas sobre la vigencia de la orden. Alude a una posible prescripción interna y muestra su perplejidad por el hecho de que no se hubiese celebrado ya la audiencia en el proceso a la vista de la agilidad que (en un *desideratum* legal que no siempre tiene reflejo en la práctica por causas variadas) imprime al procedimiento de menores su ley especial.

El Tribunal se equivoca. Se patentiza con la lectura del oficio rubricado por el secretario judicial que reza literalmente: " *En virtud de lo dispuesto en el procedimiento anotado al margen, incoado al menor Miguel Ángel dirijo el presente a fin de comunicarle que en el día de la fecha la medida de Alejamiento impuesta al menor por auto de 13 de febrero de 2009 continúa vigente*". El oficio está fechado el día 12 de mayo de 2011.

Así las cosas, pareciera que el recurso está predestinado al éxito integral. Sin embargo, no es así. Primeramente por una razón de orden procesal que limitaría sus posibilidades a una estimación parcial. En segundo lugar, por cuestiones sustantivas que han sido puestas de relieve por la parte recurrida y que nos llevarán a la desestimación del recurso.

Analicemos unas y otras.

TERCERO.- La doctrina constitucional limitando las posibilidades de revisión de sentencias absolutorias por vía de recurso arrancó con la STC 167/2002, de 18 de septiembre . Se ha reiterado en numerosas Sentencias posteriores (entre muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero , o 24/2009, de 26 de enero , hasta las 80/2013 o 120/2013 : más de un centenar). El eje de la argumentación, vertida habitualmente al hilo de sentencias que



en apelación dictaban una condena *ex novo*, estriba en el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, integrados en el contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Toda condena si se guarda plena fidelidad a esos principios debe fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que dicta la resolución de condena en un debate público en el que se dé ocasión para la contradicción sobre la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho suscitadas por la valoración de pruebas personales de las que depende la condena o absolución del acusado, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, intermediación y contradicción exigen que el Tribunal de apelación oiga personalmente a los testigos, peritos y acusados que hayan prestado testimonio y declaración en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y corregir la efectuada por el órgano de instancia. El órgano de apelación no puede operar una modificación de los hechos probados que conduzca a la condena del acusado si tal mutación no viene precedida del examen directo y personal de los acusados o testigos en un debate público con posibilidad de contradicción. Y el derecho de defensa aconseja conferir también al acusado la posibilidad de dirigirse personal y directamente al Tribunal.

Sería posible la revocación -en los términos originarios, ya abandonados, de la doctrina constitucional- cuando estamos ante una nueva valoración basada solo en prueba documental (art. 849.2 en casación); o cuando, partiendo de los mismos hechos, se realiza una nueva deducción relativa a inferencias (STC 60/2008, de 26 de mayo).

Estas pautas se elaboraron inicialmente en tomo a la apelación. Pero no escapa a ellas la casación.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia mucho más antigua del TEDH. La primera resolución que abordó esta materia fue el caso *Ekbatani contra Suecia* (STEDH de 26 de mayo de 1988). Luego vendrían tres SS TEDH con la misma fecha: 29 de octubre de 1991 (caso *Helmers contra Suecia* , caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). Dicha doctrina fue consolidada en pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); STEDH 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumania*) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción considerada punible.

El TEDH va más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal *ad quem* antes de resolver aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por derrumbarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es valoración estricta de cuestiones jurídicas.

CUARTO.- Contrastemos ahora estas premisas con el camino casacional que ha intentado el Ministerio Público, el art. 849.2º LECrim , en un momento ciertamente en que la penumbra en esta materia era densa, lo que no significa que ya el panorama aparezca despejado. Todavía son necesarios reajustes.

Se acoge el Fiscal a la más clara y nítida vía de revisión en casación de la valoración probatoria que, por principio, opera tanto frente a sentencias condenatorias como frente a sentencias absolutorias. Exige la invocación de un documento del que se deduzca inequívocamente el error de la Audiencia y que no esté contradicho por otros elementos probatorios. Es necesario que el documento sea literosuficiente, tenga perseidad probatoria y haya sido creado fuera del proceso (se excluyen las declaraciones personales documentadas en actas judiciales). La excepción viene representada en ciertas condiciones por los informes periciales documentados únicos o unánimes.

¿Es posible en casación a través del art. 849.2º transmutar una absolución en una condena?

Hasta fechas muy recientes no se había suscitado duda alguna al respecto cuando concurrían los requisitos legales y jurisprudenciales que se han esbozado. Pero si se quiere guardar fidelidad a la doctrina de Estrasburgo hay que modular mucho esas facultades que permiten a la Sala de casación, sin intermediación, reconstruir la base fáctica provocando una condena sin oír al acusado que niega su culpabilidad. Habitualmente el examen de los documentos invocados no es inequívoco y exige algo más como unas inferencias o deducciones en las que no sobran las explicaciones que pueda ofrecer el acusado. En ese aspecto este caso es singular pues el documento no es contradicho por el recurrente.



Una serie de pronunciamientos de los últimos años del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim. Particularmente significativa es la sentencia de 16 de noviembre de 2010 (asunto *García Hernández c. España*). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial en un supuesto de mala praxis médica, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional rechazó el recurso de amparo. Para el Tribunal Europeo existió violación del artículo 6.1 del Convenio.

En nuestra práctica judicial no se había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º de actuar como palanca para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012. Se consagra en él la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia no es compatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional, solo cabe implantarlo en apelación; pero no en la casación. Con esa decisión esta Sala Segunda ha reducido drásticamente la viabilidad del art. 849.2º contra sentencias absolutorias. La doctrina del TEDH no deja ninguna otra puerta abierta. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos.

Así lo recuerda la STS 976/2013, 30 diciembre :

"El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim, tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio.

Bien es cierto que esa misma jurisprudencia -decíamos en nuestra STS 91/2013, 1 de febrero - no ha contado con la uniformidad que habría sido deseable, sobre todo, en una materia de tanta repercusión e importancia en el desenlace de cualquier proceso penal. Inicialmente fueron las exigencias derivadas del principio de inmediación las que llevaron a rechazar la posibilidad de que el órgano jurisdiccional ante el que no se habían desarrollado las pruebas personales pudiera valorar éstas para neutralizar el fallo absolutorio, sustituyéndolo por un pronunciamiento de condena (STC 142/2011, de 26 de septiembre ; 167/2002, de 18 de septiembre ; 213/2007, de 8 de octubre ; 64/2008, de 26 de mayo ; 115/2008, de 29 de septiembre ; 49/2009, de 23 de febrero ; 120/2009, de 18 de mayo ; 184/2009, de 7 de septiembre ; 215/2009, de 30 de noviembre y 127/2010, de 29 de noviembre). Otras resoluciones han completado esa línea argumental, acentuando la necesidad de excluir cualquier quiebra de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24 de la CE), que podrían verse afectados si quien ha resultado absuelto en la instancia es luego condenado en virtud de un recurso que no prevé su audiencia o si los medios de prueba personales valorados en la instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamenta la condena (SSTC 90/2006, de 27 de marzo, FJ 3 ; 95/2006, de 27 de marzo, FJ 1 ; 217/2006, de 3 de julio, FJ 1 ; 309/2006, de 23 de octubre, FJ 2 ; 360/2006, de 18 de diciembre, FFJJ 3 y 4). Y la jurisprudencia del TEDH añade en su análisis -como recuerda la STC 45/2011, de 11 de abril - que cuando el Tribunal de apelación ha de conocer de cuestiones de hecho y de derecho, estudiando en general la cuestión de la culpabilidad o la inocencia, no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolver sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa (entre otras, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, § 55 ; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, § 39 ; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, § 64 ; 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 27 y 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España (§ 31), entre otras).

*Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. **La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre ; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero, entre otras).** Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim.*



En efecto, en aquellas ocasiones en las que por la vía que ofrece el apartado 1º de ese precepto se postule la rectificación de un erróneo juicio de subsunción que haya llevado en la instancia a la absolución del imputado, ningún obstáculo existirá para que, sin alterar la resultancia fáctica, los hechos encajables en un tipo penal indebidamente inaplicado, den pie a una sentencia condenatoria, casando y anulando aquella que erróneamente absuelva en la instancia al acusado. El debate jurídico sobre el que convergen líneas argumentales que se construyen a partir de la observancia del *factum* permite un desenlace condenatorio en casación sin que se resienta ninguno de los principios que presiden la valoración probatoria.

Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim, esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obren en la causa y que "...demuestren la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim. En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario. **Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales - aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio".**

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

QUINTO.- Es patente, en una primera aproximación, el apartamiento de la sentencia de instancia frente a lo que se deriva del documento: si la medida cautelar estaba vigente es que no había sido revocada, ni se había celebrado la audiencia, ni existía resolución firme y el procedimiento no podía estar archivado ni por prescripción ni por causa alguna distinta. Las dudas exteriorizadas por la Sala de instancia se diluían si hubiese atendido a tal documento.

¿Hay que concluir según el excurso hecho que ese tipo de error no es susceptible de control por vía de recurso de casación?

No puede ser esa la respuesta. Así se infiere de la STS 976/2013 de la que acabamos de transcribir un largo pasaje. Lo que no será normalmente posible ante una discrepancia fáctica con la valoración probatoria de la instancia es dictar una sentencia condenatoria *ex novo*. Eso supondría violentar la doctrina que se ha tratado de sintetizar. Desde ese punto de vista el art. 849.2º ha de entenderse ya muy matizado cuando se utiliza *contra reo*; salvo que reinterpretemos el art. 902 LECrim considerándolo inoperante en esos casos. No cabe habitualmente dictar segunda sentencia condenatoria o agravatoria tras la estimación de un motivo apoyado en el art. 849.2º LECrim. La petición que formula el Fiscal en el segundo de los motivos, instrumental del primero, sería inatendible desde ese punto de vista.

Pero como se recoge en la citada STS 976/2013 cabe reenfocar esa petición hacia metas diferentes. No puede esta Sala *ex novo* dictar una segunda sentencia condenatoria; pero sí está facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, para anular la sentencia y devolver el examen al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento que puede haber pasado inadvertido. Todo sugiere que es eso lo que ha sucedido en este caso.

Ese tipo de salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim, amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero en el estado actual de esta cuestión, de asentamiento todavía incierto y sujeto a avances y vaivenes continuos y avatares y matizaciones, sería irritantemente formalista aducir razones de "etiquetaje" casacional para no entrar en el fondo, cuando el recurso se ajusta a lo que es la exégesis natural y lógica de la ley, que ha imperado en la jurisprudencia nacional, hasta que ha llegado desde fuera de nuestras fronteras esa necesidad de acomodación todavía no culminada. Pero estamos en condiciones ya de proclamar que un recurso basado en el art. 849.2º LECrim *contra reo* solo normalmente podrá llevar a la anulación de la sentencia y no al dictado de segunda sentencia. Debería prosperar tal motivo cuando el error en la valoración del documento constituya algo más que una mera discrepancia. Ha de ser una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración



del derecho a la tutela judicial efectiva. De esa forma los motivos *contra reo* canalizables por la vía del art. 849.2º vienen en cierta medida a confundirse con un motivo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva y cobijado en el art 852. Es aventurado generalizar absolutamente cerrando el paso a toda excepción (v.gr., el error en la percepción de la hoja penal). Pero como premisa general sí pueden sentarse tales conclusiones.

En una u otra vía (art. 849.2º ó art. 852) la respuesta habrá de ser la misma: anulación de la sentencia y reenvío al Tribunal de instancia; no pronunciar una segunda sentencia como hasta ahora imponía (con alguna excepción) la estimación de cualquier motivo por infracción de ley.

SEXTO.- El Fiscal en su recurso no ha solicitado la anulación de la sentencia. Como impone la técnica casacional clásica, reclama el dictado de una sentencia condenatoria por este Tribunal. Ya hemos explicado por qué no es factible ese desenlace.

¿Podríamos reconducir su petición a la anulación y reenvío al Tribunal *a quo* en los términos que se han expuesto? Eso en un primer acercamiento supone desconocer el mandato legal recogido en el art. 240.2 LOPJ, que introdujo el legislador para minimizar respuestas dilatorias que no hayan sido solicitadas expresamente por una parte: " *En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciarse falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal*".

La anulación de unas actuaciones procesales en fase de recurso solo puede decretarse a instancia del recurrente (principal o, en su caso, adhesivo), salvo que se aprecie falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o vicio grave de la voluntad de los integrantes del órgano judicial causado por violencia o intimidación. Fuera de esos supuestos las partes mantienen en su poder las llaves de esa salida procesal. Si no las facilitan, la puerta permanecerá cerrada. No podrá accederse a la anulación, el Tribunal no puede acudir al expediente de la nulidad por iniciativa propia.

Ahora bien, esa disposición ha de entenderse no en un sentido estrictamente formal o ritual. Cabe introducir dosis de flexibilidad. Será factible la nulidad cuando esa sea la consecuencia natural o inevitablemente anudada a la pretensión impugnativa elevada, por más que el recurrente no acierte a expresar con claridad y formalmente los términos de la nulidad que materialmente sí solicita, aunque sea de manera implícita (STS 299/2013, de 27 de febrero). Por eso, pese a la carencia de una solicitud formalizada del Fiscal en esa dirección, lo que viene explicado y justificado por los novedosos criterios que han variado los términos claros de la ley, no habría obstáculo en llegar a esa solución: tras el planteamiento del único recurrente late implícitamente esa petición: es necesario valorar esa prueba documental para un pronunciamiento acertado. Si no puede dictar éste el Tribunal de casación, deberá hacerlo el de instancia.

En tanto se asienta, rueda y consolida esa novedosa panorámica en materia de recursos contra sentencias absolutorias se impone cierta holgura en la aplicación del art. 240.2º LOPJ .

SÉPTIMO.- Será viable, así pues, (lo que supone en este ámbito reconducir esas situaciones al art. 852 y el derecho a la tutela judicial efectiva) el reenvío de la causa al Tribunal de origen cuando exista una vulneración de tal derecho fundamental: bien por haber pasado inadvertido el documento al Tribunal de instancia que no se percató de su presencia (hipótesis que no deja de ser plausible en este caso) y entonces deberá dictar nueva sentencia valorando esa prueba documental que no consideró; bien por haber resuelto de forma arbitraria, contradiciendo sin racionalidad lo que dice el documento; bien cuando haya omitido toda explicación sobre las razones por las que no confiere valor acreditativo al documento. Pero está vedado *contra reo* y sin una audiencia personal imponer nuestra valoración de la prueba documental por encima de la que haya efectuado el Tribunal de instancia. Si no la ha valorado, o no ha razonado su discrepancia, la única solución procesal posible es el reenvío como se hace en la mayor parte de los motivos por quebrantamiento de forma y en algunos de los motivos por infracción de precepto constitucional.

Desde esa óptica aquí, constatada la contradicción entre lo que se desprende de forma inequívoca e indubitada del documento literosuficiente, y las dudas manifestadas por la Audiencia que en principio debieran haber sido disipadas por el examen reflexivo de ese documento que no es mencionado en la resolución, pareciera que la respuesta ajustada sería, anular la sentencia y devolver la causa a los jueces *a quibus* para dictar nueva resolución valorando tal documento extrayendo las consecuencias jurídicas procedentes; o, en su caso, para negarle capacidad para modificar su percepción probatoria, pero en ese caso razonándolo cumplidamente.

OCTAVO.- No puede detenerse ahí el examen del recurso. La parte recurrida de forma tan explícita como fundada ha introducido en el debate una cuestión netamente jurídica a tenor de la cual aunque se estimase formalmente vigente la medida, habría que considerarla expirada materialmente.

Pese a la literalidad del oficio del Secretario judicial que expresa paladinamente que la medida está vigente, eso ha de entenderse en el sentido formal o externo. Es decir, viene a expresarse que no se ha dejado sin



efecto, ni por resolución expresa ni por archivo del expediente, ni porque se haya producido ya la audiencia. Pero no puede implicar esa expresión la valoración jurídica que también en principio parece encerrar esa contundente aseveración. Un ejemplo: el secretario puede dar fe de que no ha sido declarada prescrita una pena concreta; también de los avatares cronológicos de una ejecutoria. Pero no puede dar fe de que la pena no está materialmente prescrita. Por eso no es improcedente el debate que propone el recurrido y que se resume en este interrogante: ¿estaba materialmente vigente la medida de alejamiento o había de considerarse "caducada" *ope legis* como consecuencia del transcurso de su plazo máximo legal?

NOVENO .- La secuencia argumental que podría alentar esa conclusión se puede desbrozar en varios eslabones:

a) Ni la medida de alejamiento ni la de libertad vigilada impuestas con carácter cautelar en el procedimiento de menores tienen señalado un plazo legal máximo. La prohibición de acercamiento y de comunicación fueron introducidas en el elenco del art. 28.1 LORPM en una de las últimas reformas de la legislación de menores (LO 8/2006). Antes, ese alejamiento podía integrarse en una medida de libertad vigilada cautelar como regla de conducta (Consulta 3/2004 de 26 de noviembre de la Fiscalía General del Estado que sugería esa vía: art. 7.1 h) LORPM). Tras esa reforma ha cobrado la medida autonomía y sustantividad. Ya no es una regla embebida en la genérica libertad vigilada. Puede ser impuesta autónomamente. Así se ha hecho aquí. El Juzgado de Menores acordó dos medidas cautelares independientes: libertad vigilada y "alejamiento". A diferencia del internamiento cautelar que tiene unos periodos máximos establecidos en la Ley, para otras medidas cautelares no existen esas previsiones garantistas. Tan solo se dice que pueden prolongarse hasta que recaiga sentencia firme (art. 28.1 LORPM). Se explica esa anomalía por su menor contenido aflictivo y restrictivo. La Medida Cautelar de Internamiento, tiene un plazo máximo de 6 meses, prorrogables otros 3 -art. 28.3 LORPM-. Igual sucede en la legislación procesal penal común: hay plazos máximos para la prisión preventiva, pero no para otras medidas cautelares.

b) Sin embargo la duración máxima de esas medidas impuestas ya con carácter definitivo es de dos años como proclama el art. 9.3 LORPM. Las medidas de Libertad Vigilada y de Prohibición de aproximación o comunicación no pueden exceder de 2 años. En la práctica, esas medidas cautelares no privativas de libertad ex art. 28 LORPM suelen establecerse para el tiempo de tramitación del expediente. Posiblemente en la mentalidad del legislador no se manejaba la posibilidad de que un expediente pudiese alargarse más de esos dos años en el tiempo, lo que explica la ausencia de toda previsión sobre un tiempo máximo. De hecho, aunque la LORPM no establece un período máximo de duración del expediente como se ha reclamado por algunos (vid. art. 40.1 b) III de la Convención de Derecho del Niño y 20.1 Reglas de Beijing), desde la doctrina se ha llegado a sugerir que el proceso penal de menores no puede prolongarse más allá del tiempo previsto para el internamiento cautelar. Esto no deja de ser una voluntarista y bienintencionada exégesis que sobrepasa la dicción de la Ley; pero ilumina y es elocuente en cuanto a la necesidad de que esa deseable celeridad de todo procedimiento cobre más intensidad en el destinado a menores.

c) Es de lógica aplastante estimar que una medida cautelar no puede tener una duración superior al tope máximo legal de la medida definitiva. Esta conclusión del recurrido puede ser compartida. Incluso puede extenderse al procedimiento penal de mayores: aunque no existan limitaciones temporales específicas, las medidas cautelares personales diferentes a la prisión (con plazos propios legalmente fijados) han de tener como duración irrebasable el máximo de la pena de igual naturaleza anudada al delito. Una medida cautelar de privación del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim), no solo por un básico sentido común, sino también en virtud de una interpretación sistemática de la ley, no puede prolongarse nunca más allá de ocho años (art. 33.3.d) CP); ni en concreto más allá del máximo previsto para el delito que se imputa (v.gr. cuatro años si es un delito del art. 152 CP). Si el legislador no ha establecido explícitamente esos límites temporales es porque da por supuesto que un procedimiento nunca se va a prolongar tanto tiempo (en previsión tan idílica y desmentida por la praxis como la contenida en el art. 324.1 LECrim). La clausura temporal de un establecimiento en el caso de personas jurídicas imputadas adoptada como medida cautelar (art. 33 párrafo final CP en relación con el art. 544 ter LECrim) tampoco puede rebasar el tiempo máximo previsto para esa pena como ha hecho notar la doctrina. No existe un bloqueo temporal explícito, pero sí uno inmanente a la propia provisionalidad de la medida y a su relación con las penas ("medidas" en el caso del procedimiento de menores), con las que se relacionan (arts. 58 y 59 CP y art. 28.5 LORPM). Si esas penas y/o medidas definitivas atienden a criterios de proporcionalidad y legalidad, quedarían pulverizados ambos principios de rango constitucional si admitiésemos duraciones superiores de una medida, cuyo contenido es idéntico, por la puerta falsa y paradójica de establecerlas con carácter "provisional". Constituiría una burla. El principio de legalidad se vulneraría por la imposición de una pena que sobrepase en un solo día la duración prevista en el Código Penal; pero no habría obstáculo alguno para una duración mayor cuando la medida, sustancial y materialmente idéntica, es cautelar. Es contradictoria la razón de que como en este caso es "cautelar", su



duración puede rebasar todos los máximos legales. Como es "provisional" puede prolongarse mucho más tiempo que la "definitiva". No es asumible esa tesis.

d) Si el máximo de una medida de libertad vigilada o de "alejamiento" es de dos años, como medidas cautelares ese es también el tope que no puede ser rebasado por imperativo de la ley y sin necesidad de declaración expresa. Eso es especialmente predicable de la medida de prohibición de aproximación o comunicación que no comparte con otras medidas el contenido educativo presente en toda la legislación de menores y que podría alentar otras interpretaciones más flexibles. Por eso precisamente la Circular 1/2007 de la Fiscalía General del Estado, de 23 de noviembre, (ap. VI.2), recomienda la combinación del "alejamiento" con la libertad vigilada para dotar a aquél de contenido "educativo".

e) La consecuencia es que como en este caso habían transcurrido más de dos años desde la imposición de la medida cautelar, ésta había caducado; había quedado sin efecto *ope legis*. El Auto lleva fecha 13 de febrero de 2009 y los hechos suceden el 8 de mayo de 2011. Esa expiración no requeriría una decisión judicial expresa dejando sin efecto la medida (cuya ausencia es lo que constata el secretario), a diferencia de lo que sucede con la prisión (que exige un acto positivo de puesta en libertad) y a semejanza de lo que sucede en otros casos (vencimiento del plazo máximo de detención; prescripción de la pena; llegada del término de cumplimiento de una pena privativa de derechos; o del plazo que explícitamente se fijó para una medida de alejamiento).

f) Se distingue el "alejamiento" de la libertad vigilada en un punto importante. Esta podría prolongarse cronológicamente aunque no materialmente, cuando hayan existido incumplimientos (el máximo se refiere al tiempo de efectiva aplicación y no al puro transcurso del tiempo). El alejamiento en cambio no es susceptible en principio de esas "prórrogas" por incumplimiento (Circular 1/2009 de 27 de abril de la Fiscalía General del Estado). Existirá, en su caso, un delito de quebrantamiento de condena; cabrá su sustitución por otra medida (art. 50 LORPM) pero no cabe la prórroga de la medida (cautelar o definitiva). Precisamente por ello el cómputo de la medida cautelar de libertad vigilada para la medida definitiva no siempre obedece al automatismo o a una ecuación exacta. Pero eso carece de toda operatividad en el alejamiento. No cabe elucubrar con incidencias de ese género que no tendrían traducción en el plazo temporal.

La secuela de esta escalonada argumentación es cristalina: la medida cautelar de alejamiento en el momento en que sucedieron los hechos objeto de enjuiciamiento no estaba vigente; no por haber sido formalmente revocada, ni por haber llegado la audiencia, ni por haberse declarado la prescripción del delito (todas esas vicisitudes vienen desmentidas por el oficio del Secretario Judicial), sino por haberse producido su expiración por llegada de un plazo máximo que le es inherente; apreciación que es compatible con ese oficio en un recto entendimiento de la aseveración del Secretario.

El acusado habría cometido un delito putativo. Pensaba que estaba violando una prohibición impuesta judicialmente, pero esa prohibición realmente había perdido eficacia jurídica. Estamos ante lo que se ha llamado un "error al revés".

Una medida "caducada", aunque formalmente no haya cesado, no es presupuesto legítimo del delito de quebrantamiento de condena. No basta la vigencia "formal" de la medida. Ni siquiera cuando el acusado cree que lo está. Es inherente a toda medida cautelar de menores distinta al internamiento su cese automático a los dos años aunque no se haya establecido así expresamente y se haya indicado tan sólo que su vigencia se mantiene hasta la audiencia o hasta la sentencia como permite el art. 28 de la Legislación especial.

DÉCIMO.- Ahora bien, esconde la defensa otra cuestión que no puede soslayarse: el art. 10 de la ley especial autoriza en determinados casos la imposición de medidas con duraciones por encima de los dos años. El tope general de los dos años del art. 9.3 tiene excepciones (art. 10 LORPM) que dependen, de la edad del menor al tiempo de cometer los hechos y del delito reprochado. Antes de la reforma propiciada por la LO 8/2006 de 4 de diciembre era requisito para la ampliación del límite máximo un informe favorable del Equipo Técnico orientando esa duración más prolongada. Desde entonces no lo es. La prolongación es facultativa (aunque imposible si no la reclama el Fiscal: art. 8.1 LORPM). No es preceptiva (Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2007 -ap. III.4-). Debe atender al interés del menor.

Para que sea legítima esa duración de la medida definitiva por encima de los dos años es necesario que se trate de uno de los supuestos previstos en el art. 10 LORPM que se remite al art. 9.2. Se contemplan tres posibilidades alternativas: que se trate de un delito grave; que siendo menos grave se haya empleado violencia o intimidación o haya generado grave riesgo para la vida o integridad física de las personas; o que se trate de delincuencia "grupal" o ligada a bandas u organizaciones. Aquí concurre el segundo de esos supuestos: la imputación versaba sobre un delito del art. 173 CP en el que uno de los requisitos típicos es la existencia de "violencia". No puede excluirse la violencia "psíquica" del ámbito de aplicación del precepto de la ley especial, por más que su dicción evoque otros tipos del Código Penal donde se utiliza idéntica locución presentado como hermanadas violencia e intimidación (el robo es el ejemplo más característico).



Además de ese requisito formal, hacen falta unos presupuestos procesales: se hace preciso que se produzca una audiencia del Equipo Técnico y del Ministerio Fiscal y partes personadas.

No se piensa en la genérica audiencia que se ha de producir siempre, sino una específica sobre la conveniencia de esa ampliación de los plazos máximos. Solo de esa forma cobra sentido esa previsión singularizada (vid. art 35 LORPM)

Esa eventual mayor duración solo está prevista para la medida definitiva: la que llega después de la audiencia. Por tanto, no puede condicionar el plazo máximo natural de la medida cautelar. Podría admitirse en los supuestos en que cabe una duración mayor de la medida definitiva una prórroga de la cautelar por encima de los dos años, pero siempre mediante resolución expresa y cubriendo también los presupuestos procesales nucleares de la medida definitiva (petición del fiscal y audiencia del equipo técnico). Pero nunca es admisible esa prórroga como mera inercia de la medida adoptada dos años antes y no revocada, a la que se señala un plazo rutinario, el habitual de "hasta que se produzca la audiencia" o "hasta la sentencia".

Por tanto aún pudiendo admitir que la legislación de menores habilita para medidas cautelares distintas al internamiento por duración superior a dos años, habrá que puntualizar que eso precisará una decisión *ad hoc*, específica, del órgano jurisdiccional. De no hacerse así el examen y exégesis combinada de los distintos preceptos lleva a entender que por ministerio de la ley la medida cautelar cesa cuando su duración alcanza los dos años establecidos como límite máximo ordinario de las medidas que pueden acordar los jueces de menores.

Que la medida definitiva pueda ser la de internamiento, más gravosa que el alejamiento, no puede servir de falaz argumento para la prolongación *sine die* de esas medidas no privativas de libertad aduciéndose que luego podrán servir para reducir el tiempo efectivo de posible internamiento (art. 28.5 LORPM). La abonabilidad *a posteriori*, no implica la intercambiabilidad o fungibilidad *a priori*. Es derivación del principio de legalidad en materia procesal que el que puede lo más (un internamiento cautelar de hasta nueve meses) no puede necesariamente lo menos (una libertad vigilada cautelar por más de tres años).

En consecuencia **procede desestimar** el recurso del Ministerio Fiscal declarándose de oficio las costas procesales.

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL** contra Sentencia dictada por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona, que absolvió a Miguel Ángel de los delitos de violación y quebrantamiento de medida cautelar.

Comuníquese esta resolución al Tribunal sentenciador con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andres Martinez Arrieta Julian Sanchez Melgar Francisco Monterde Ferrer Manuel Marchena Gomez Antonio del Moral Garcia

PUBLICACION .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.