

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065967

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 137/2022, de 17 de febrero de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 2661/2021

SUMARIO:**Delito de amenazas. Agravante de reincidencia. Medidas de seguridad privativas de libertad.**

La configuración típica de la amenaza como una infracción de mera actividad en la que no caben fórmulas imperfectas de consumación, toda vez que conceptualmente no es separable acción y resultado, reclama una correlación tempo-espacial concluyente entre la emisión y la recepción de la expresión amenazante por la persona a quien se dirige.

No es lo mismo anunciar o relatar a un tercero una intención de amenazar a otro, sin asegurarse el marco de receptividad, que amenazar de forma directa y recepticia a quien, a consecuencia de ello, ve alterada su percepción de seguridad personal. La primera no es penalmente relevante a salvo que situacionalmente quien la emite se haya asegurado un marco de receptividad eficaz que permita que llegue al destinatario. Insistimos: el delito de amenazas exige una relación de consecuencias necesarias entre emisión y lesión del bien jurídico que resulte previsible, eficaz y abarcada por el dolo del agente.

Respecto a la agravante de reincidencia, el relato de hechos probados de la sentencia debe precisar, como presupuesto de apreciación, la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que se dictó la condena, la pena o penas impuestas y las fechas en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. No será necesario en aquellos supuestos en los que resulte evidente que el plazo de cancelación no ha podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho objeto del enjuiciamiento actual. La no identificación en el hecho declarado probado de la sentencia de instancia de las concretas fechas de extinción de las penas impuestas en las sentencias que dieron lugar a los antecedentes penales tomados en cuenta, genera un espacio significativo de incertidumbre.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 6, 59, 97, 98 y 171.4.

PONENTE:*Don Javier Hernández García.*

Magistrados:

Don JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR

Don ANTONIO DEL MORAL GARCIA

Don CARMEN LAMELA DIAZ

Don LEOPOLDO PUENTE SEGURA

Don JAVIER HERNANDEZ GARCIA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 137/2022

Fecha de sentencia: 17/02/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2661/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección N. 27

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2661/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández 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. 137/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D^a. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 2661/2021, interpuesto por D. Apolonio representado por la procuradora D^a. M^a de los Ángeles Martínez Fernández, bajo la dirección letrada de D. Antonio Carranza Fernández contra la sentencia número 113/2021 de fecha 16 de marzo de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27^a) que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia num. 67/2020 de fecha 4 de marzo de 2020 y aclarada por auto de 5 de mayo, dictada por el Juzgado de lo Penal num. 6 de DIRECCION000 en la causa PA 34/2020.

Interviene el Ministerio Fiscal y como parte recurrida, D^a. Tatiana representada por la Procuradora D^a. Virginia Rosa Lobo Ruíz, bajo la dirección letrada de D. Andrés Arévalo Pérez-Fontán

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de DIRECCION000 incoó Diligencias Previas PA núm. 156/2019 por delito continuado de amenazas, contra Apolonio; una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal número 6 de DIRECCION000, (P.A. 34/2020) quien dictó Sentencia en fecha 4 de marzo de 2020 que contiene los siguientes hechos probados:

"Apreciando en conciencia la prueba practicada en el acto del Juicio Oral, expresa y terminantemente se declara probado:

Primero.

El acusado, Apolonio, mayor de edad, de nacionalidad española, con DNI no NUM000. fue condenado ejecutoriamente mediante sentencia firme de fecha 18 de diciembre de 2014 por el juzgado de lo penal no 2, de DIRECCION000 -J.R. 118/2013-, por un delito de amenazas del Art. 171.4 y 5 del C.P. en el ámbito de la violencia sobre la mujer, a las penas de 9 meses de prisión, 2 años de privación de armas y 2 años de prohibición de aproximación a Tatiana y comunicación con ella por cualquier medio o procedimiento.

Así mismo, en sentencia firme de fecha 2 de julio de 2015 dictada por el juzgado de lo penal no 4 de DIRECCION000 -P.A. 339/2013- se le condenó por un delito de amenazas del Art. 171.4 y 5 del C.P. en el ámbito de la violencia sobre la mujer, a las penas de 68 días de trabajos en beneficio de la comunidad 2 años de privación de armas, y 1 año y 68 días de prohibición de aproximación a Tatiana y comunicación con ella por cualquier medio o procedimiento.

Segundo.

En fecha 9 de febrero de 2019 se dictó auto por el juzgado de instrucción no 2 de DIRECCION000 en el que se acordó como medida cautelar penal, en el seno de las D.P no 249/2019 la prohibición al acusado de acercarse a Tatiana a menos de 1.000 metros, siendo notificado ese auto el mismo día en que se dictó, haciéndole las advertencias y requerimientos pertinentes de las consecuencias de su incumplimiento.

Tercero.

El día 4 de diciembre de 2018, el acusado acudió al Instituto DIRECCION001, sito en la localidad de DIRECCION002, para pedir información sobre uno de sus hijos menores de edad. El profesor con el que se entrevistó, Gabriel, le dijo que necesitaba autorización de la madre para darle esa información a lo que contestó con ánimo de amedrentar a Antonia y de atemorizarla que "habría que darle plomo; que en España mucha gente la mataría" a la vez que hacía gestos con la mano en ese sentido. El profesor se vio en la obligación de comunicarle a Tatiana dichas expresiones, causando un desasosiego en ella ante la posibilidad muy cierta de que cumpliera con lo expuesto.

Cuarto.

El día 5 de febrero de 2019 el acusado acudió al Ayuntamiento de DIRECCION002 para solicitar una ayuda económica. Durante la entrevista con la funcionaria que le atendió, trabajadora social de dicho municipio, dijo que su mujer eras una hija de puta y que a veces le hubiera dado ganas de disparar, haciendo un gesto con la mano; que luego le pidió disculpas y se marchó. Esta trabajadora del ayuntamiento no comunicó a Tatiana dicha expresión ni ésta tuvo conocimiento de ello.

Quinto.

El día 11 de febrero de 2019, sobre las 08'45 horas, cuando el acusado se dirigía a los juzgados de DIRECCION000 vio a su ex mujer Tatiana, quien estaba junto con su hermano en la esquina del edificio, y se acercó a ellos, pese a saber que tenía una orden de alejamiento y prohibición de comunicación con Tatiana. Cuando llegó a la altura donde estaban los dos les dijo "hijos de puta; te voy a meter un tiro en la cabeza" dirigiéndose a Tatiana, marchándose del lugar, causando en Tatiana un gran temor.

Sexto.

El acusado padece un DIRECCION004, como secuela irreversible a un traumatismo craneoencefálico sufrido a los 22 años, que provocó que determinadas neuronas del hemisferio derecho del cerebro quedaran inutilizadas y sin funcionar, afectando a su conducta emocional, a su percepción de las coas y al control de impulsos. Esa secuela es irreversible pero medicable en el sentido de cierta mejoría con el tratamiento. El acusado interrumpió su tratamiento desde agosto de 2018 al día 15 de febrero de 2019, lo que hizo que tuviera mermadas parcialmente sus facultades intelectivas y volitivas pero no anuladas completamente cuando realizó los hechos anteriormente descritos."

Segundo.

Juzgado de lo Penal que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que DEBO CONDENAR Y CONDENO a Apolonio, del delito continuado amenazas en el ámbito de violencia sobre la mujer por el que había sido acusado, con agravante de reincidencia y eximente incompleta de alteración psíquica, a la pena de cuatro meses y dieciséis días de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo durante el tiempo de la condena. A la que hay que añadir la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por dos años y prohibición de acercarse a menos de 500 metros de Tatiana, a su domicilio, residencia, trabajo o cualquier otro lugar que frecuente, así como comunicarse con ella de cualquier forma por un plazo de dos años, con imposición de costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se impone la medida de internamiento al acusado Apolonio, en un centro adecuado a su patología durante el tiempo que se estime adecuado por los profesionales que le traten y en las condiciones que sea más beneficiosa para su tratamiento, sin que en ningún caso la duración de la medida pueda exceder de cuatro meses y dieciséis días, desde la firmeza de la sentencia e inicio de la ejecución. Así mismo se impone la libertad vigilada con sometimiento a un tratamiento externo con los consiguientes controles médicos durante 20 meses, una vez cumplida la medida de internamiento en centro cerrado.

Notifíquese a las partes, y al Ministerio Fiscal, advirtiéndoles que esta resolución no es firme y contra ella cabe RECURSO DE APELACIÓN, que deberá interponerse ante este Juzgado en el plazo de DIEZ DÍAS, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Madrid.

Participéase al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos

Comuníquese esta Sentencia al juzgado de instrucción de la causa si este fuere el juzgado de violencia de género."

Tercero.

En fecha 5 de mayo de 2020, el Juzgado de instancia dictó Auto de Aclaración con la siguiente parte dispositiva:

"La sentencia de 4 de marzo de 2020, debe ser integrada con los siguientes pronunciamientos:

1).- Añadir un nuevo párrafo, al final del fundamento jurídico segundo. Cuyo tenor literal será el siguiente:

"En cuanto a las medidas cautelares adoptadas en fase de instrucción, procede mantener las mismas, conforme lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, el cual dispone que - Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, se acuerda el mantenimiento de tales medidas-, pero solo con respecto a Tatiana dado que es la petición efectuada por las acusaciones".

2).- En el fallo de la sentencia deberá añadirse la siguiente expresión: ".Se mantiene las medidas cautelares adoptadas con respecto a Tatiana, mediante auto de fecha 9 de febrero de 2019, hasta que la presente sentencia sea firme.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no podrá interponerse recurso alguno."

Cuarto.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Apolonio; dictándose sentencia núm. 113/2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 27) en fecha 16 de marzo de 2021, en Apelación Sentencias Violencia sobre la Mujer 2256/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que, con desestimación del recurso interpuesto por la representación procesal de Apolonio contra la sentencia del Ilmo. Sr. Magistrado- Juez del Juzgado de lo Penal no 6 de DIRECCION000, cuyo fallo literalmente se transcribe en los Antecedentes que preceden, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, declarando de oficio las costas de esta instancia.

Esta sentencia no es firme, contra ella cabe interponer recurso de casación únicamente por infracción de ley del motivo previsto en el número 1 0 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."

Quinto.

Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Apolonio que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Sexto.

Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la Sentencia que se recurre infringe lo dispuesto en el artículo 171.4, del Código Penal, en relación con lo dispuesto en el art. 24.2 de la Constitución Española.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la Sentencia que se recurre infringe lo dispuesto en el artículo 20.1 del vigente Código Penal, por inaplicación de la eximente completa prevista en dicho artículo.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por entender que la Sentencia que se recurre infringe lo dispuesto en el artículo 22.8ª del vigente Código Penal, por aplicación indebida de la agravante prevista en dicho artículo, en relación con lo dispuesto en el artículo 136 del Código Penal.

Séptimo.

Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión y subsidiariamente su desestimación. La Sala lo admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Octavo.

Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 16 de febrero de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMER MOTIVO POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM: INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 171.4º CP

1. Pese a que el desarrollo del motivo se aleja sustancialmente del cauce anunciado cabe, no obstante, identificar con suficiente claridad un gravamen específicamente normativo. En efecto, junto a las objeciones probatorias, casacionalmente inatendibles por la vía del recurso intentado, el recurrente cuestiona el juicio de tipicidad con relación al hecho justiciable ocurrido el 4 de diciembre de 2018. A su parecer, la mecánica de producción que se describe en los hechos que se declaran probados "no identifican ni el elemento subjetivo del dolo ni tan siquiera el elemento objetivo del tipo, al no haber tenido la presunta víctima conocimiento del mal". Insistiendo que para que se dé el tipo del artículo 171.4 CP "es necesario que la víctima tenga conocimiento concreto del mal que le amenaza con producirle el autor".

2. El motivo no puede prosperar. Debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso. Lo que impide que por la vía del motivo por infracción de ley penal sustantiva se pretenda la revisión de las bases probatorias de lo declarado probado. Y lo cierto es que los hechos que se delimitan en la sentencia recurrida permiten identificar en el subhecho justiciable cuestionado los elementos del delito de amenaza.

3. En efecto, la configuración típica de la amenaza como una infracción de mera actividad en la que no caben fórmulas imperfectas de consumación, toda vez que conceptualmente no es separable acción y resultado, reclama una correlación tempo-espacial concluyente entre la emisión y la recepción de la expresión amenazante por la persona a quien se dirige o por algunas a las que se refiere el artículo 169 CP.

Relación que puede darse no solo cuando las condiciones recepticias del destinatario son inmediatas sino también cuando por el contexto de producción el emisor abarca que el receptor trasladará la amenaza al destinatario, representándose la eficacia de ese marco recepticio mediato.

No es lo mismo anunciar o relatar a un tercero una intención de amenazar a otro, sin asegurarse el marco de receptividad, que amenazar de forma directa y recepticia a quien, a consecuencia de ello, ve alterada su

percepción de seguridad personal. La tipicidad de la amenaza penalmente relevante exige distinguir entre el relato que se hace a una persona sobre la intención de causar un mal a otra, con la que no tiene vínculos personales - relato sobre la amenaza futura a un tercero, podríamos denominarla- y la propia y genuina amenaza, mediante la que, anunciando un mal, se lesiona directamente el sentimiento de seguridad de la persona receptora de la misma.

La primera no es penalmente relevante a salvo que situacionalmente quien la emite se haya asegurado un marco de receptividad eficaz que permita que llegue al destinatario.

Insistimos: el delito de amenazas exige una relación de consecuencias necesarias entre emisión y lesión del bien jurídico que resulte previsible, eficaz y abarcada por el dolo del agente.

4. En el caso, los hechos declarados probados precisan que cuando el recurrente manifestó al Sr. Gabriel, profesor del Instituto donde acuden los hijos comunes, las expresiones que se recogen en el apartado de hechos probados, lo hizo con la expresa intención de atemorizar y amedrantar a la Sra. Tatiana. Lo que presupone que el Sr. Apolonio se representó finalmente el marco de receptividad, en particular que el profesor Sr. Gabriel, receptor directo, trasladaría las expresiones proferidas a la destinataria indirecta, la Sra. Tatiana. Como, en efecto, aconteció en los términos que se describen en los hechos probados.

SEGUNDO MOTIVO POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 20. 1º CP

5. El recurrente combate la no apreciación de la eximente completa por enfermedad mental. Insiste en que los informes médicos aportados evidencian "la existencia en el recurrente de secuelas a nivel cognitivo y volitivo que impiden al mismo comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión". Lo que le hace merecedor de la exención de responsabilidad penal.

6. El motivo, en los términos pretendidos, no puede prosperar. De nuevo debemos reiterar que el cauce mediante el que se formula obliga a atenerse al hecho que se declara probado. Y lo cierto es que este excluye con claridad el presupuesto de la exención de responsabilidad criminal pretendida.

Tanto el tribunal de instancia como el de apelación descartan que el hoy recurrente actuara con sus facultades anuladas. Y lo hace a partir de una valoración completa y razonable de todas las informaciones probatorias de las que dispuso, incluidas las fuentes documentales aportadas por el propio recurrente.

7. Partiendo de dicha realidad fáctica inamovible, el propio artículo 20.1 CP invocado por el recurrente ofrece las razones del rechazo del motivo al precisar el doble contenido de la culpabilidad: uno, la capacidad del sujeto de comprender la ilicitud de un hecho; y, dos, la capacidad de actuar de acuerdo a esa comprensión. Ambos módulos conforman la imputabilidad entendida como la aptitud psicofísica necesaria para actuar culpablemente.

De tal modo, deberán considerarse inimputables aquellas personas que padecen una enfermedad mental grave o sufren un DIRECCION003 que les impide conocer la trascendencia de su conducta o, aun conociéndola, actuar de acuerdo con esa comprensión. Ello comporta la necesidad de acudir a un criterio mixto psico-biológico para apreciar cuándo una persona, debido a una enfermedad o DIRECCION003, debe ser considerada exenta de responsabilidad.

Para ello, debe acreditarse, por un lado, la existencia de una patología de base biológica. Y, por otro, que esa situación haya tenido una incidencia en la capacidad de comprensión o de actuación del sujeto en el caso concreto. Por tanto, para determinar si alguien es inimputable no solo basta con que tenga una patología grave, sino que debe acreditarse que esta ha influido de forma concreta en su actuación.

Y lo que el tribunal de instancia establece como hecho probado es que el Sr. Apolonio, al momento de comisión del hecho justiciable, y pese a los déficits derivados de la enfermedad mental, conservó, por un lado, una mínima capacidad crítica para evaluar el sentido y alcance antijurídico de aquel y para comportarse de forma ajustada al mandato de prohibición.

8. Ahora bien, aprovechando el cauce impugnativo abierto procede ajustar el reproche de punibilidad en el sentido de rebajar la pena privativa de libertad impuesta y dejar sin efecto la medida de internamiento fijada en la instancia.

En efecto, las circunstancias del caso justifican intensificar el efecto atenuatorio ya reconocido en la instancia -que redujo la pena en dos grados- derivado de la eximente incompleta apreciada en cuanto, además, y por las razones que se precisarán al hilo del tercer motivo de casación, no cabe apreciar reincidencia.

El tiempo transcurrido desde la comisión del hecho -más de tres años- a luz, además, de la enfermedad que sufre el Sr. Apolonio hacen conveniente una pena que, respondiendo a la culpabilidad manifestada, sin embargo, no suponga su pérdida de libertad, ni mediante el ingreso en prisión ni mediante el internamiento como medida de seguridad.

De ahí que proceda fijar, en el límite inferior del segundo grado ya apreciado por el tribunal de instancia, la pena de dos meses y veinte días de prisión que, por disposición legal, se convierte en una pena de cinco meses y diez días de multa con una cuota diaria de cuatro euros, al desconocerse las circunstancias económicas actuales del Sr. Apolonio.

9. Pena pecuniaria que neutraliza, además, la fijación de toda medida de seguridad privativa de libertad.

Sobre esta relevante cuestión de los internamientos adoptados como medida de seguridad en la sentencia penal, debe insistirse, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en que una persona con

trastornos mentales no puede sufrir una privación de libertad por dicha razón a menos que se cumplan tres condiciones cumulativas: en primer lugar, el trastorno debe haber sido demostrado de manera concluyente; en segundo lugar, el trastorno debe ser de una intensidad o alcance tal que justifique como necesario el internamiento; en tercer lugar, el internamiento no puede prolongarse válidamente sin la persistencia de dicho trastorno -vid. por todas, STEDH, caso Ruiz Rivera c. Suiza, de 18 de febrero de 2014-.

Además, el TEDH insiste en la necesaria relación sincrónica entre la decisión privativa de libertad y la elaboración de los informes técnicos-psiquiátricos que la justifican. Así, en la STEDH, caso Herz c. Alemania, de 12 de junio de 2003, se consideró que un informe pericial psiquiátrico de un año y medio de antigüedad no bastaba por sí mismo para justificar una medida de privación de libertad -en el mismo sentido, SSTEDH, caso Magalhães Pereira c. Portugal, de 26 de febrero de 2002; caso H.W. c. Alemania, de 19 de septiembre de 2013-.

De ahí que toda sentencia que ordene la medida de seguridad de internamiento deba justificar, de manera cumplida, si al tiempo concurre una clara, sincrónica y consistente necesidad, en los términos exigidos en el artículo 6 CP.

Debe insistirse, también, en que la no persistencia del trastorno o su muy atenuada intensidad excluye, por la propia funcionalidad preventivo-especial que caracteriza a las medidas de seguridad, establecer fórmulas de internamiento que puedan suponer una interferencia o ruptura del tratamiento médico que no requiere privación de libertad y que la persona afectada pueda estar recibiendo.

El Código Penal responde con claridad a este presupuesto de ajuste sincrónico cuando obliga a realizar una continua reevaluación de los presupuestos que pudieron justificar en su día una medida de seguridad de internamiento -vid. artículos 97 y 98, ambos, CP-. Estándar de estricta funcionalidad que resulta aún más exigente en aquellos supuestos en los que el marco temporal de internamiento fijado es particularmente breve -en el caso, cuatro meses y dieciséis días- en la medida en que pocas veces puede obtenerse el resultado preventivo especial-terapéutico que puede justificarlo.

El principio del "interés superior de la persona con discapacidad" que recoge expresamente nuestro Código Penal en su artículo 48, en lógica plasmación del fundamento al que responde la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos de Personas con Discapacidad -ratificada por España desde el 21 de abril de 2008- y la especial garantía institucional que dispensa al artículo 49 CE, no puede justificar privaciones de libertad basadas en un mero pronóstico de peligrosidad por la gravedad del hecho o en los marcadores de peligro que podía presentar su autor en el momento de comisión.

Pasado el tiempo, para ordenar la privación de libertad de una persona cuya enfermedad mental le ha comprometido significativamente las bases de la imputabilidad, debe constatarse la persistencia de un riesgo vinculado a la propia persistencia del trastorno mental como factor causal.

10. El riesgo hipotético de que por sufrir una enfermedad mental una persona puede volver a cometer un hecho delictivo no justifica por sí solo, y a modo de consecuencia necesaria, el internamiento. El riesgo, como presupuesto de adopción, debe ser, como reclama el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cualificado y actual.

La enfermedad psiquiátrica en un buen número de supuestos puede ser abordada con tratamientos que permiten que la persona que la sufre no tenga graves inconvenientes para el desarrollo de su vida social y personal. Lo contrario supondría privar a las personas con enfermedades psiquiátricas de toda expectativa de disfrute de sus derechos civiles, en particular, el de libertad. No basta que una persona sufra una enfermedad mental para concluir que será siempre, y en todo caso, peligroso.

La persona con una patología psiquiátrica sigue teniendo derecho a la libertad ambulatoria lo que se traduce en la estricta limitación de los motivos por los que puede ser privado del mismo. Y, en todo caso, de ordenarse la privación, tiene derecho a que resulte proporcional a las circunstancias personales y ajustada a las finalidades penales específicas de control y reinserción. Lo anterior debe delimitar siempre el sentido y alcance de la cláusula de peligrosidad prevista en el artículo 95.1. 2º CP.

TERCER MOTIVO POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECrim: INDEBIDA APLICACIÓN DE LA CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

11. También por la vía de la infracción de ley, el recurrente cuestiona la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia. A su parecer, no es suficiente con que se detallen las sentencias por las que fue condenado, sino que es preciso, además, demostrar que dichas condenas no eran cancelables al no haber transcurrido más de tres años desde el cumplimiento de las penas conforme exige el artículo 136 CP. Y para ello, se insiste, debería haberse oficiado a los Juzgados de ejecutorias para que certificaran las fechas en que dichas condenas fueron totalmente cumplidas. Considera el recurrente que no cabe acudir, como se hace en la sentencia recurrida, a contabilizar el plazo de cumplimiento desde que las penas se impusieron en sentencia porque, en particular, respecto a las penas accesorias debe abonarse, para la ejecución, el periodo transcurrido desde que se establecieron como medidas cautelares, lo que puede suponer un adelanto significativo de la fecha de cumplimiento.

12. El motivo debe prosperar. El hecho probado no permite identificar con la claridad exigible los presupuestos aplicativos de la circunstancia de reincidencia apreciada en la instancia.

Como esta Sala ha reiterado en numerosas resoluciones, el relato de hechos probados de la sentencia debe precisar, como presupuesto de apreciación, la fecha de la firmeza de la sentencia condenatoria, el delito por el que

se dictó la condena, la pena o penas impuestas y las fechas en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas -vid. SSTS 4/2013, de 22 de enero; 812/2016, de 28 de octubre; 147/2017, de 8 de marzo-. Si bien y con relación a este último dato también nos hemos pronunciado en que no será necesario en aquellos supuestos en los que resulte evidente que el plazo de cancelación no ha podido transcurrir entre la fecha de la sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho objeto del enjuiciamiento actual -vid. STS 101/2018, de 28 de febrero; 96/2022, de 9 de febrero-.

13. Pero como bien destaca el recurrente, en el caso, la no identificación en el hecho declarado probado de la sentencia de instancia de las concretas fechas de extinción de las penas impuestas en las sentencias que dieron lugar a los antecedentes penales tomados en cuenta, genera un espacio significativo de incertidumbre.

No es absolutamente descartable que, a consecuencia del abono ex artículo 59 CP del tiempo de duración de las medidas cautelares que pudieran haberse establecido, las penas accesorias de igual objeto afflictivo se hubieran extinguido con anterioridad al término presuntivo tomado en cuenta por la sentencia recurrida. Y que, en consecuencia, los antecedentes resultaran cancelables a los efectos del artículo 136 CP. Sobre todo, si se atiende a que las respectivas sentencias de 2014 y 2015 traen causa de procedimientos abreviados abiertos en 2013, sin que se disponga de datos sobre el momento de apertura de la fase de Diligencias Previas.

La incompletitud, en este caso, del hecho probado neutraliza la apreciación de la circunstancia agravatoria de reincidencia.

CLÁUSULA DE COSTAS

14. Tal como dispone el artículo 901 LECrim, las costas de este recurso se declaran de oficio.

FALLO

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

Haber lugar, parcialmente, al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Apolonio contra la sentencia de 16 de marzo de 2021 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 27ª), cuya resolución casamos y anulamos en los términos que se precisan en la segunda sentencia que a continuación se dicta.

Las costas se declaran de oficio.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION NÚM.: 2661/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

Dª. Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 2661/2021, interpuesto por D. Apolonio contra la sentencia núm. 113/2021 de fecha 16 de marzo de 2021 dictada por la Sección 27ª de la Audiencia Provincial de Madrid, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

Por las razones expuestas al hilo del primer y tercer motivo del recurso formulado por la representación del recurrente Sr. Apolonio procede modificar las penas en el sentido que se precisará en el fallo.

FALLO

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

Condenamos al Sr. Apolonio como autor de un delito de amenazas continuadas del artículo 171.4 y 5 CP, concurriendo la eximente incompleta de alteración mental, a la pena de cinco meses y diez días de multa con cuota diaria de cuatro euros, dejando sin efecto la medida de seguridad y de libertad vigilada, manteniendo las penas accesorias fijadas en la sentencia de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.