

# BOLETÍN DIGITAL PENAL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 29  
Marzo 2019

## Los límites del humor

Álvaro Salvador Prieto.  
Magistrado.  
Juzgado de menores de Melilla

## Aproximación a un instrumento de reconocimiento mutuo: la orden europea de protección

Cristina Cueto Moreno.  
Doctora en derecho.  
Magistrada.  
Juzgado violencia sobre la mujer nº1 Granada

Sentencias del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo referidas a la nueva modalidad de casación basada en interés casacional frente a sentencias dictadas en apelación por las audiencias provinciales, introducida por la ley 41/2015 de reforma de la ley de enjuiciamiento criminal. Año 2018

Manuel Jaén Vallejo.  
Magistrado.  
Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

ISSN: 2605-2773



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín  
Coordinación:  
Juan Javier Pérer Pérez



## Los límites legales al humor

Álvaro Salvador Prieto.

Magistrado

Juzgado de menores de Melilla

---

**RESUMEN:** *El humor y el Derecho a veces parecen antagonistas, al menos esa es la imagen que desde el mundo jurídico quiere darse. Hablamos de cosas muy serias en los Juzgados y Tribunales; mejor dicho, tratamos con cosas muy serias. Se supone que intentamos resolver conflictos, ya entre seres humanos, ya entre los seres humanos y las entidades (públicas o privadas) en las que los seres humanos nos agrupamos y nos organizamos.*

*Sin embargo, a veces, el humor tiene cabida en el mundo del Derecho, pues el Derecho, al final, no es sino la vida misma, la cual muchas veces no deja de ser disparatada. Algunos ejemplos de ello veremos al final de esta exposición. proceso contra ellos porque está por determinar su responsabilidad.*

**VOCES:** *derechos fundamentales; libertad de expresión; límites, humor.*

**COMENTARIO*****1. El animus iocandi, el humor en Derecho:***

El humor, entendido como actitudes jocosas, de broma, burlescas, puede expresarse con palabras, gestos y/o imágenes. Esas actuaciones humanas movidas por el intento de reírse o hacer reír, son las guiadas por lo que en Derecho se llama *animus iocandi*.

Ese ánimo, muchas veces entremezclado con el de crítica, o el de mofa incluso, no es más que una manifestación de la libertad de expresión y, a veces, de la libertad de información, y los límites que tiene no son otros que los restantes derechos fundamentales, y muy especialmente, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen. Así lo dice nuestra propia constitución (art. 20 en relación con el art. 18).

Y es ahí donde encontramos los límites, aún difusos, al humor, es ese el conflicto, el choque de derechos fundamentales, que deberá resolverse para encontrar esos adecuados límites.

Límites que se ven plasmados en dos campos principalmente: el Derecho Penal (los delitos de

injurias y calumnias en general, las injurias y calumnias a la Corona y otras altas instituciones del Estado, e incluso los delitos de enaltecimiento del terrorismo, así como delitos contra la integridad moral, delitos de acoso, y los muy en boga últimamente, el delito de odio – art. 510. [Provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos] y art. 515 asociación ilícita dedicada a fomentar, promover o incitar directa o indirectamente al odio) y el Derecho Civil (la LO 1/82 de Protección del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen).

Ello partiendo de una generalidad: la broma tiene límites, el tono jocosos, burlón, las actitudes inspiradas en el *animus iocandi*, no eximen de responsabilidad para su autor cuando, precisamente, se usan como instrumento de escarnio, como forma de ataque a la libertad del otro.

***2. El conflicto de derechos y la ponderación resultante:***

Sabido es que la libertad de expresión y, más si cabe, la libertad de recibir y transmitir información veraz (respectivamente las letras a y d del número 1 del art. 20 CE), por su propia naturaleza y su intrínseca relación con la libertad

ideológica (art. 16 CE) y el pluralismo político (art. 1.1 CE) cuenta con una preponderancia en nuestro ordenamiento constitucional (al considerarse un pilar fundamental en un Estado Democrático) que podría llevarnos a pensar que, en caso de colisión con otros derechos, su prevalencia es obligada.

Pero ello no es cierto, así surge no solo del propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10), sino del propio texto constitucional (antes referido): su límite es el respeto a los restantes derechos fundamentales, y, especialmente, los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Así lo ha expresado el TC y el TS.

El primero ha sentado reiteradamente que *“Hemos señalado que las libertades del art. 20-1º a) y d) C.E., además de derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado Democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este T.C., en los supuestos de que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor, y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor pre-*

*valente de tales libertades. De otro lado, debe considerarse que el derecho al honor no solo es un límite a las libertades del art. 20-1º a) y d) C.E., expresamente citado como tal en el nº4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el art. 18-1º C.E.”* (STC 8-06-1992). O más concisamente: *“Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva”* (STC 11-12-1995).

Y más en concreto, respecto de la libertad de expresión, debe acudir a la lectura de la STC 208/13.

Y el segundo ha sentado que *“el ejercicio de la libertad de expresión-también el derecho a la información-no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones criticar, incluso si se trata de persona con relevancia pública”* (STS 14-02-2001).

Frente a ellos, por tanto, y en lo que aquí interesa (el humor y sus límites) se alzan el derecho

al honor a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE).

Delimitar el honor, conceptuarlo, o definirlo, es difícil. Estamos ante un derecho fundamental cuyo contenido incluso va variando conforme a los usos sociales (STC 185/1989) y que alcanza a la buena reputación, impidiendo el descrédito o menosprecio. Es doctrina reiterada (desde la ya antigua STS 20-7-88), que, el bien jurídico protegido por el delito de injuria no se identifica con el concepto fáctico de honor en el sentido de buena fama. El concepto de honor se debe construir, por el contrario, desde puntos de vista valorativos y, en consecuencia, con relación a la dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva el honor es la pretensión de respeto que corresponde a cada persona como consecuencia del reconocimiento de su dignidad. Y tienen honor tanto las personas físicas (en vida o incluso tras su muerte, al transmitir ese patrimonio moral a sus descendientes) como los grupos humanos (con o sin personalidad jurídica –piénsese en un grupo con una estructura y/o cohesión histórica, sociológica, étnica o religiosa–).

No obstante, el honor es disponible, pues una persona puede no sentirse ofendida por un comentario hiriente (o incluso despectivo), siendo

su titular el que decidirá si dispone de él o no.

Y más la propia imagen (de la que a veces no puede ni disponerse —aún existe el concepto del decoro en Derecho, por ejemplo, en lo relativo a la desnudez—). Nuevamente, se recomienda la lectura de la ya citada STC 208/13.

Así las cosas, y en general, solo añadir, antes de entrar en los casos concretos y en los límites que jurisprudencialmente se han fijado, que *“Aunque la jurisprudencia en la materia es casuística, como recuerda reiterada jurisprudencia (SSTS 5 de junio, 25 de marzo y 10 de diciembre de 2013), tiene declarado con carácter general que el tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla (SSTS 29 de diciembre de 2010; 17 de diciembre de 2012 )”* (STS 19-02-

2015). No obstante, no estará amparado dicho *animus iocandi* cuando la supuesta noticia carezca de valor informativo alguno (STS 26-01-2016) o cuando carezca de la necesaria nota de necesidad (STEDH de 7 de diciembre de 1976, por citar la primera, constatando si usar términos desmesurados o no respecto el legítimo objeto de la crítica perseguida (caso *Rey versus Elefante*), decayendo así la libertad de información, así como la libertad de expresión cuando el ánimo real sea el *inuriandi* (descrédito, menosprecio, lesión a la dignidad de otra persona en su núcleo último e intangible de su dignidad (STC 192/2001).

En fin, para que el ánimo jocoso elimine la responsabilidad de sentirse ofendido el que lo recibe, debe ser el único o el que prima, decayendo en cuanto exista el ánimo de ofender.

### ***3. Broma versus insultos y/o actos denigrantes:***

#### **3.1. La inexistencia del derecho al insulto**

La Constitución, no reconoce el derecho al insulto (SSTC 105/1990, 85/1992, 336/1993, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995 y 204/1997), ya que “*La existencia de esa in-*

*tención o de ese propósito concreto de ofender, cuya intensidad enerva y puede llegar a volatilizar el talante jocoso, desde la sátira al humor, con todas sus gradaciones o matices, es un componente subjetivo del delito de injurias, con el trasfondo del honor como bien jurídico protegido —artículo 18.1 de la Constitución—, fundamento a su vez de la llamada antijuridicidad material”* (STC 176/1995); los derechos y/o libertades de expresión e información no autorizan el empleo de apelativos injuriosos utilizados con fines de menosprecio, puesto que la C.E. no reconoce y no admite el derecho al insulto.

No se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste en la burla, que no está recreada en nuestro caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos (STS 13-07-2016). Se penaliza así la injuria y el delito de enaltecimiento al terrorismo pues “*la humillación o desprecio a las víctimas, por su parte, afecta directamente, a su honor, y, en definitiva, a su dignidad (arts 18.1 CE y 10 CE) perpetuando su victimización, que es como actualizada*



*o renovada a través de dicha conducta*” (STS 30-12-2015) como en el caso de los *tuits* referidos a Irene Villa y Carrero Blanco. También protegido el derecho al honor en casos similares (por ejemplo, la iterada STC 208/13, caso Crónicas Marcianas, al reírse en un programa de televisión de un discapacitado).

Cuidado pues, de todas formas, y aun cuando existen expresiones formalmente injuriosas (por ejemplo “puta” o “cabrón”), dependiendo del contexto, tono y situación, pueden no serlo (sabido es que el castellano es muy rico, por ejemplo “cabroncete” o “putilla”, en determinados foros y contextos sociales, puede ser aceptable). No obstante, parece que a día de hoy la piel la tenemos más fina, la sátira se torna quizá, intolerable (triste, y en mi opinión desacertada y desproporcionada, condena a la Asociación Judicial Francisco de Vitoria), y la sociedad muta y avanza (por ejemplo, existe una corriente de opinión que considera que todo piropo atenta contra la libertad sexual de la persona que lo recibe, y que debería ser por ello prohibido).

### 3.2. El “discurso del odio”

Las manifestaciones más toscas del denominado “discurso del odio” son las que se proyectan

sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. No obstante, lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes. Así lo ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009 caso Feret c. Bélgica).

Es más, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que “la tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se pueda considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia” (STEDH de 16 de julio de 2009, caso Féret c. Bélgica).

Como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico

utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio (STC 177/15).

Un ejemplo de ello es el cómic *Hitler=SS* (tratado en la STS 176/1995), donde se presenta al pueblo judío, durante el exterminio, con una bajeza absoluta, y supuestamente amparado por la broma y jocosidad, se hace escarnio del mismo y se le representa, frente al alemán ario, como un ser inferior y bajo, pues: *“En tal contexto, en lo que se dice y en lo que se calla, entre líneas, late un concepto peyorativo de todo un pueblo, el judío, por sus rasgos étnicos y sus creencias. Una actitud racista contraria al conjunto de valores protegidos constitucionalmente. Ahora bien, en este caso convergen además dos circunstancias que le hacen cobrar trascendencia, una de ellas el medio utilizado, una publicación unitaria —un tebeo—, con un tratamiento predominantemente gráfico servido por un texto literario, cuyos destinatarios habrán de ser en su mayoría niños y adolescentes. Por esta condición del público lector al cual se diri-*

*ge el mensaje, hay que ponderar su influencia sobre personalidades en agraz, aun no formadas por completo en temas que, además, puedan depravarles, corromperles y, en definitiva, deformarles (Sentencia del TEDH de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside)”*.

Y un caso muy reciente, y muy polémico (aun *sub iudice*) es el sketch de Dani Mateo soplándose la nariz con la enseña nacional.

### **3.3. Las caricaturas y los fotomontajes o memes**

Mención aparte merecen las caricaturas (ya objeto incluso de regulación por la LO 1/82), que refería que la caricatura (incluyéndose en este término el fotomontaje) será legítima cuando se adecue al uso social (por ejemplo, ¿quién no es hijo de Julio Iglesias?).

Ya advertía Castán en el año 2006 (STS 7-03-2006) que en la actualidad, la facilidad técnica para dañar los derechos recogidos en el art.18 CE y su uso indiscriminado (a través, por ejemplo, de su rápida propagación por las redes sociales) y frecuente no elimina su ilicitud.



Lo anterior aplicable también a publicaciones aún hoy existentes (véase “El Jueves”) “*aunque a un semanario como el editado por la sociedad recurrente no le sea exigible el requisito de la veracidad, ya que claramente su finalidad no era informar sino divertir mediante contenidos tan disparatados que a nadie escapa la falta de veracidad de lo publicado, asemejándose así a lo que en el ámbito de la representación teatral se conocería como astracanada, tampoco cabe sostener, como en este motivo se pretende en definitiva, que en el género humorístico, jocoso o burlón quede legitimado cualquier contenido al amparo de la libertad de expresión. Que los límites en el ejercicio de este derecho son más amplios que en el de la libertad de información está claro, y así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en infinidad de ocasiones. Pero que esos límites existen, también está claro según la doctrina del mismo Tribunal; según, incluso, el planteamiento de la propia recurrente cuando defiende la legitimidad de la imagen de la demandante publicada en su revista por tratarse de una caricatura, pues el artículo 8.2.b) de la LO 1/82 condiciona precisamente la legitimidad de la caricatura a su adecuación al uso social; y en fin, desde luego, según el criterio de esta Sala en su sentencia de 14 de abril de*

*2000 (recurso nº 2039/95), que tras tomar en consideración la mayor permisividad en el humor gráfico declarada por la sentencia de 17 de mayo de 1990, razonó sin embargo que “por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado “animus iocandi” se utiliza “precisamente como instrumento del escarnio”.*” (La Sentencia del Supremo antes referida), considerándose que vulneraba el derecho al honor y a la propia imagen la “caricatura” de una famosa consistente en un fotomontaje de la cabeza (con rostro de la misma) y el cuerpo desnudo de otra mujer.

Expresado de otra forma se pronuncia también el alto Tribunal en la STS 14-09-2016.

### 3.4. La problemática de las redes sociales

A día de hoy, también amparado por un supuesto humor, se usan las redes sociales (Facebook, Tuenti, Twiter, Whatsapp, Skype, etc.) muchas veces para denigrar y atacar a otros.

Muy extendido entre menores y jóvenes (más adelante se hará un breve apunte al *moobing*) que facilitan muchas veces el anonimato o la coautoría. Las bromas pueden ser divertidas una vez, pero los motes, ataques, etc., no pueden ampararse en la broma.

Ha llegado incluso a haber casos de suicidios por estos motivos.

### 3.5. El *moobing* en las aulas (y fuera de ellas)

El acoso en el trabajo, en clase, normalmente se extiende fuera de él. Muchas veces se colabora o no se impide por sentirse integrado en un grupo, o no sentirse excluido. Una cosa es el mote de toda la vida (“gordito” “gafo-tas”) y otra el escarnio constante como se ha

dicho anteriormente preñado en el art. 172 ter CPe.

Y hay cosas que no son una broma, o que siéndole para el que las hace, el común de los mortales lo rechaza (ejemplo hace un año aproximadamente en Melilla se puso de moda, en los institutos, meter a los más pequeños en los cubos de basura, en los contenedores... para reírse (lo cual no es de risa y se castiga en el art. 173 CPe)

## 4. ¿Derecho al humor?:

### 4.1. Propuesta de inclusión en las Carta Universal de Derechos Humanos

Hoy que Cataluña está muy en boga, decirles que Amnistía Internacional Cataluña propone la inclusión de un art. 31 en la Declaración Universal de Derechos Humanos que recoja el derecho al humor.

### 4.2. El derecho al juego en la Convención de Derechos del Niño

Quizá no es tan descabellado incluir tal derecho formalmente, pues la Declaración de De-

rechos del Niño del año 1959 ya disponía que *“El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho”* (art. 7 párrafo 3º), y la Convención de Derechos del Niño establece, en su art. 31.1. *“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.”*

### 5. Casos reales:

Dos, a mi juicio, muy característicos.

El primero, la venta del sol (o como analizar en serio el disparate), en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25ª) núm. 469/2016 de 22 de diciembre (Roj: SAP M 17336/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17336).

Y el segundo, el ataque del Rey Mago (o como analizar con ironía el disparate), en el Auto de 26 de junio de 2010 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Huelva (Roj: AJI 10/2010 - ECLI: ES:-

Jl:2010:10A) (extraordinario D. Javier Pérez Minaya).

Ambos son fácilmente localizables en cualquier base de datos, y se recomienda su amena lectura.

### 6. Conclusiones:

La difícil convivencia y los difusos límites entre el humor, el honor, la dignidad, la propia imagen, la intimidad, son evidentes. Pero es claro que es sano reírse (sobre todo de uno mismo), pero, cuidado, pues la risa también puede ser un arma.

No obstante, sí creo que tenemos que tener derecho al humor, pues es parte integrante de nuestra dignidad y de la búsqueda de la felicidad. Y ese sí es un derecho reconocido formalmente *“Sostenemos como evidentes estas verdades: que los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad”* (Preámbulo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América).

Y no dejen de ver el anuncio de Navidad de 2018 de Campofrío.

## Aproximación a un instrumento de reconocimiento mutuo: la orden europea de protección

Cristina Cueto Moreno.

Doctora en Derecho

Magistrada.

Juzgado Violencia sobre la mujer N° 1, Granada

---

*La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección, supuso un paso más en la materialización del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales penales. Traspuesta a nuestro Ordenamiento jurídico en la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, entra-*

*ña un gran avance en la tutela de las víctimas de delito, por cuanto permite que las medidas de protección acordadas en un Estado en relación a las mismas puedan extender su eficacia a otro u otros Estados miembros, contribuyendo a la constitución efectiva de un espacio de libertad, seguridad y justicia en los términos establecidos tras la aprobación del Tratado de Lisboa.*

## COMENTARIO

### 1.- Concepto de orden europea de protección

#### 1.1.- Concepto de Orden Europea de Protección

Como indica el art. 130 de la citada Ley, la Orden Europea de Protección (en adelante OEP) es una resolución en materia penal dictada por una autoridad judicial o equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección que faculta a la autoridad competente de otro Estado miembro para adoptar las medidas oportunas a favor de las víctimas o posibles víctimas de delitos que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica, su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual, cuando se encuentren en su territorio. Por tanto, a través de este instrumento se posibilita que dichas medidas de protección extiendan su eficacia a aquel o aquellos Estados de la Unión Europea (exclusión hecha de Irlanda y Dinamarca, que no suscribieron la Directiva) en los que la víctima o posible víctima de alguno de los citados ilícitos resida,

permanezca o tenga intención de residir o permanecer.

#### 1.2.- Diferencias con la Orden de Protección del art. 544 ter LECrim

Como primera aproximación a la OEP, ha de indicarse que la misma, en sentido estricto, no equivale a una Orden de Protección de las reguladas en el art. 544 ter de la LECrim. Y ello por los motivos siguientes:

a) La OEP solo cabe en el caso de delitos, no de las antiguas faltas, a diferencia de la orden de protección del art. 544 ter, cuya adopción era posible también en el caso de las faltas, hoy en día despenalizadas o convertidas en delitos leves. Además, su ámbito objetivo de aplicación es distinto, puesto que, como establece el art. 130 de la Ley 23/14, la OEP solo puede adoptarse en relación a delitos contra la vida (artículos 138 a 143 CP), contra la integridad física y psicológica (147 a 156 bis CP), contra la dignidad (art. 173 CP), contra la libertad individual (163 a 172), y contra la integridad sexual (178 y siguientes CP).

b) La OEP no puede adoptarse de oficio ni a instancia del Ministerio Fiscal, siendo preceptiva su solicitud por la víctima o por su representante legal.

c) La OEP es aplicable a todo tipo de víctimas, no circunscribiéndose su ámbito subjetivo de aplicación a las de violencia doméstica y de género contempladas en el art. 173.2 del CP.

d) La OEP no contempla medidas de naturaleza civil, sino únicamente medidas penales de alejamiento y no comunicación.

e) La OEP puede adoptarse tanto en relación a medidas cautelares impuestas en un proceso penal como respecto de penas privativas de derechos.

### **1.3.- Contenido de la OEP**

La medida de protección que fundamenta una OEP, ya se trate de una pena o de una medida cautelar, ha de consistir en alguna o algunas de las siguientes prohibiciones:

(I) Prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o que frecuenta.

(II) Prohibición o reglamentación de

cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.

(III) O prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida.

La relación de la OEP con la resolución penal (sentencia o auto) que establece la medida de protección es de subsidiariedad y dependencia: de un lado, la existencia de dicha resolución judicial imponiendo una pena o una medida cautelar con alguna de las prohibiciones indicadas constituye presupuesto jurídico indispensable para que por el Estado de emisión se acuerde una OEP; y, de otro, la extinción o revocación de dicha resolución judicial entrañará la pérdida de vigencia de la OEP.

### **1.4.- Ámbito de aplicación**

En cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, conviene también señalar que la Ley 23/2014 no recoge la previsión, contemplada en el Considerando 12 de la Directiva, de que la OEP pueda adoptarse también para tutelar a un familiar de la principal persona protegida, al que además se habilita para solicitar y quedar amparado por



dicho instrumento. En nuestra opinión, dicho familiar podría invocar la aplicabilidad directa de aquella, por cuanto el olvido del legislador a la hora de transponer dicho extremo no puede entrañar la desprotección de personas que se encuentran incluidas en el ámbito subjetivo de la OEP. Además, si se tratara de hijos de la víctima o posible víctima, dicha solución resultaría además acorde con las previsiones contenidas en los arts. 26 y 56.2 del Convenio de Estambul.

Por otra parte, y en cuanto al obligado por la OEP, al que la Ley se refiere como “persona causante del peligro”, podrá ser toda persona investigada o condenada por alguno de los delitos a los que refiere el art. 130 de la Ley 23/14 y a la que se haya impuesto, como pena o como medida cautelar, alguna de las prohibiciones contenidas en dicho precepto.

## **2.- Emisión y transmisión de una OEP**

### **2.1.- Juez competente**

Para la emisión y transmisión de una OEP son competentes “los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección” (art. 131). En su

virtud, y pudiendo venir constituida dicha resolución tanto por una sentencia de condena como por una medida cautelar, podrán ser competentes el Juez de Instrucción, el de Violencia sobre la Mujer, el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, y la competencia corresponderá, en nuestra opinión, al que esté conociendo del asunto en el momento en el que se deduzca la solicitud, aunque no sea el que haya dictado la resolución acordando la medida de protección, habida cuenta de que, aparte de que esta interpretación es conforme con el tenor literal del precepto y garantiza la inmediatez en la resolución, dicho órgano judicial será el que se encuentre en mejor situación para valorar las circunstancias concurrentes en el caso concreto en el momento de resolver sobre la emisión del instrumento de reconocimiento mutuo.

### **2.2.- Solicitud**

La solicitud, como se ha indicado, deberá deducirse únicamente por la propia víctima o presunta víctima, bien personalmente o en su caso a través de su tutor o representante legal. En consecuencia, como se ha indicado anteriormente, una OEP no puede adoptarse

de oficio, y tampoco está legitimado ni el Ministerio Fiscal ni ninguna otra persona ni órgano para solicitarla, aunque se aprecie la concurrencia de los requisitos necesarios para su emisión. Lo anterior puede entrañar una falta de protección a la víctima que solo parcialmente suple el art. 134.1 de la Ley, al establecer un deber judicial de información en el sentido de exigir que, desde el momento en que se dicte una medida de protección (cautelar o de condena) de las que pueden dar lugar a la adopción de una OEP, se informe a la persona protegida o a su representante legal de la posibilidad de solicitar que se dicte una OEP en caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro, así como de las condiciones básicas para presentar dicha solicitud.

### **2.3.- Tramitación**

En cuanto a la tramitación, únicamente será necesario oír a la persona causante del peligro antes de resolver sobre la emisión de una OEP si el investigado o condenado no hubiera sido oído en el proceso en el que se adoptó la resolución (auto o sentencia) acordando la medida de protección. En tal caso, el Juez o Tribunal, como dispone el art. 134, deberá con-

vocarle a una comparecencia en la que deberá estar asistido de Letrado y a la que habrán de ser citados también el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas; comparecencia que deberá celebrarse en el plazo de 72 horas desde la recepción de la solicitud, sobre la cual se resolverá por Auto, que deberá valorar “entre otros criterios, la duración del período o períodos en que la persona protegida tiene intención de permanecer en el Estado de ejecución, así como la importancia de la necesidad de protección” (art. 133), y que será recurrible en reforma y/o apelación, en virtud de la remisión que realizan los arts. 13 y 4 de la Ley.

Si el Auto estima la solicitud de OEP, la misma se documentará en el certificado previsto en el Anexo VIII de la Ley (art. 135), debiendo rellenarse los datos que obran en dicho formulario, que se remitirá al Estado de ejecución junto a la resolución judicial en la que se adoptó la medida de protección.

### **2.4.- Actuaciones posteriores**

En base a la relación de subsidiariedad y dependencia que, como anteriormente se ha señalado, mantiene la OEP con la medida de protección en la que se fundamenta, la autori-

dad judicial española tendrá competencia exclusiva para resolver acerca de la “prórroga, revisión, modificación, revocación y anulación de la medida de protección”, y, por ende, acerca del mantenimiento de la vigencia de la OEP (art. 137.1.a). Si la resolución acordando la medida de protección queda por cualquier causa sin efecto, deberá informarse inmediatamente a la autoridad competente del Estado de ejecución (art. 11), a fin de que esta revoque las medidas de ejecución que hubiera podido acordar al reconocer la OEP. Si la autoridad de ejecución estimara que por cualquier causa deben dejarse sin efecto las medidas acordadas al reconocer una OEP y en ejecución de la misma, deberá solicitar información previa a la autoridad española de emisión indicando los motivos por los que en su opinión han de revocarse dichas medidas e instando un pronunciamiento sobre la necesidad de mantener la protección otorgada.

## **2.5.- Incumplimiento de medidas adoptadas al amparo de una OEP**

Si en el Estado de ejecución se incumplen las medidas adoptadas al amparo de una OEP emitida por una autoridad judicial española, enten-

demos que, recibida la comunicación que la autoridad de ejecución deberá efectuar utilizando el modelo normalizado que figura en el Anexo II de la Directiva, deberá remitir testimonio de dicha comunicación y de la resolución presuntamente vulnerada al Juzgado competente para conocer del presunto delito de quebrantamiento y proceder en su caso conforme dispone el art. 544 bis, in fine, de la LECrim. No obstante, y habida cuenta de que el art. 11 de la Directiva faculta al Estado de ejecución en esos casos para “imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento de esa medida, cuando el incumplimiento constituya una infracción penal con arreglo al Derecho del Estado de ejecución”, habrá que analizar cada caso concreto en relación con la normativa de dicho Estado, coordinándose con el mismo a fin de evitar la vulneración del principio non bis in idem.

## **3.- Reconocimiento y ejecución de una OEP**

### **3.1.- Juez competente**

Para el reconocimiento y ejecución de una OEP acordada por otro Estado miembro serán competentes, conforme dispone el art. 131.2 de la Ley, “los Jueces de Instrucción o los Jueces de

Violencia sobre la Mujer del lugar donde la víctima resida o tenga intención de hacerlo”. No obstante, si se hubieran emitido previamente resoluciones de libertad vigilada o de medidas alternativas a la prisión provisional, será competente en esos casos para reconocer y ejecutar la OEP, “el mismo Juez o Tribunal que ya hubiera reconocido y ejecutado aquellas resoluciones”.

### 3.2.- Tramitación

Recibido por el Juez competente el certificado y la resolución en que se fundamenta, deberá conferir un trámite previo de audiencia al Ministerio Fiscal por tres días (art. 138), transcurrido el cual, y salvo que concurra alguna de las causas de denegación legalmente previstas, reconocerá la OEP “sin dilación” dictando un Auto en el que se impondrán a la persona causante del peligro “cualquiera de las medidas previstas en el Derecho español para un caso análogo a fin de garantizar la protección de la persona protegida” y que mejor se ajusten a la medida de protección acordada por el Estado de emisión. Dicho Auto deberá también contener “las instrucciones oportunas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para que velen por el cumplimiento de las medidas recogidas en la or-

den de protección, así como para su inscripción en los registros que correspondan”, y se notificará “sin dilación” al órgano emisor (art. 22.2).

En cuanto al plazo de reconocimiento de la OEP, el art. 138.1 establece que la misma se reconocerá “con la misma prioridad que corresponda a estas medidas en el Derecho español, teniendo en cuenta:

1. las circunstancias particulares del caso, incluida su urgencia;
2. la fecha prevista de llegada de la persona protegida al territorio del Estado de ejecución;
3. en la medida de lo posible, la gravedad del riesgo que corre la persona protegida”.

### 3.3.- Causas de denegación del reconocimiento de una OEP

La denegación del reconocimiento de una OEP solo podrá ampararse en alguna de las causas legalmente previstas en los arts. 32, 33 y 140 de la Ley, y que, en síntesis, son las siguientes:

- 1ª.- Defectos formales en el formulario o certificado, o en la resolución, si bien previamente habrá de haberse conferido un “plazo ra-

zable” para su subsanación.

2<sup>a</sup>.- Doble tipificación. Cuando “la medida de protección se refiera a un hecho que no constituya infracción penal en el derecho español”.

3<sup>a</sup>.- Indulto. Cuando “la protección derive de la ejecución de una pena o medida que, conforme al Derecho español, haya sido objeto de indulto y corresponda a un hecho o conducta sobre el que tenga competencia”.

4<sup>a</sup>.- Inmunidad de la persona causante del peligro.

5<sup>a</sup>.- Prescripción. “Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, el delito o la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español”.

6<sup>a</sup>.- Principio non bis in idem. “Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio non bis in idem en los términos previstos en las leyes y en los convenios y tratados internacionales en que España sea parte y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado”.

7<sup>a</sup>.- Edad de la persona causante del peligro. Cuando conforme al Derecho español la misma no puede considerarse penalmente responsable del hecho o conducta que haya dado lugar a la adopción de la medida de protección.

8<sup>a</sup>.- Territorialidad o jurisdicción propia. Cuando la OEP “se refiera a hechos que el Derecho español considere cometidos en su totalidad o en una parte importante o fundamental en territorio español”.

9<sup>a</sup>.- Juicio en ausencia. Que la persona causante del peligro no hubiera comparecido en el juicio del que derive la OEP, salvo que en el certificado conste alguna de las circunstancias siguientes: (I) Que fue citado en persona e informado de la fecha y lugar previstos para el juicio del que deriva la resolución e informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia; (II) Que, teniendo conocimiento de la fecha y lugar previstos para el juicio, designó abogado para su defensa y fue efectivamente defendido por éste en el juicio; (III) Que, tras serle notificada la resolución y ser informado de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso, declarara expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitara la apertura de un nuevo juicio ni interpusiera recurso dentro del plazo previsto para ello.

### 3.4.- Actuaciones posteriores

Contra el Auto resolviendo sobre el reconocimiento de una OEP cabe interponer recurso de reforma y/o de apelación (art. 24). Recurso que carece de efectos suspensivos y que en ningún caso podrá versar sobre los motivos de fondo por los que se adoptó por la autoridad de emisión la medida de protección, sino exclusivamente sobre la concurrencia o no de alguna de las causas legales de denegación del reconocimiento indicadas.

Reconocida en España una OEP, deberán ejecutarse las medidas de protección que se hayan adoptado con fundamento en la misma con arreglo a lo previsto en la legislación española (art. 21), siendo por tanto ley aplicable el Derecho español, y llevándose a cabo “del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española”.

### 3.5.- Incumplimiento de medidas adoptadas al amparo de una OEP

Si alguna de las referidas medidas adoptadas en ejecución de una OEP se incumpliera,

el art. 139 confiere a la autoridad judicial española facultades para imponer sanciones penales y adoptar cualquier otra medida como consecuencia del incumplimiento, cuando el mismo constituya una infracción penal con arreglo al Derecho español; asimismo, deberá notificarse a la autoridad judicial del Estado de emisión, utilizando a tal efecto el certificado que se recoge en el Anexo IX de la Ley (art. 139.2).

En nuestra opinión, esta vulneración de las medidas de protección acordadas será constitutiva de un delito de quebrantamiento del art. 468.2 del Código Penal si la persona protegida es alguna de las contempladas en el art. 173.2 del referido texto legal. En otro caso (puesto que, como hemos visto, el elenco de posibles sujetos pasivos amparados por este instrumento no se circunscribe a las víctimas de violencia doméstica y de género), la conducta podrá subsumirse en el art. 468.1 del Código Penal. En todo caso, no se ha de olvidar el debido respeto al principio non bis in idem, lo que exigirá una constante coordinación con la autoridad competente del Estado de emisión a fin de evitar que el incumplimiento se sancione penalmente en ambos Estados.



# RESUMEN VOCES

Sentencias del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo referidas a la nueva modalidad de casación basada en interés casacional frente a sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales, introducida por la Ley 41/2015 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal  
Año 2018

Manuel Jaén Vallejo  
Magistrado.

Juzgado de lo Penal número 4 de Getafe

---

**1. SENTENCIA NÚM. 794/2017, de 11-12. ROJ: STS 4536/2017. ECLI: ES: TS: 2017:4536. Recurso de casación 725/2017. Ponente: Magistrada Dña. Ana María Ferrer García. Desestima el recurso**

*DELITO DE CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS (art. 379.2 CP): naturaleza y distin-*

*ción de las hipótesis delictivas contenidas en los dos incisos del apartado 2 del precepto; alcance de la acción típica de conducir; conductor ebrio sorprendido dormido en un vehículo detenido en un semáforo.*

Esta sentencia del Pleno de la Sala Segunda del TS se dictó en el marco de la vía impugnativa introducida por la Ley 41/2015 de reforma de la LECrim., rei-

terando la misma lo declarado en la sentencia 210/2017, que resolvió la primera impugnación en sede de casación contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a las dictadas por el Juzgado de lo Penal, en el sentido de que “estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9.3 CE (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 CE (tutela judicial efectiva), orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogenizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización”.

La primera cuestión que aborda la STS es la relativa al alcance de la acción típica de conducir, realizando una exhaustiva descripción de la evolución normativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y recordando cómo la STC 2/2003 señaló que el delito del art. 379 no constituye una infracción meramente formal, como lo es la que tiene lugar en el ámbito sancionador administrativo, no bastando con comprobar a través de la prueba de alcoholemia que el conductor ha ingerido alcohol o alguna de las sustancias estupefacientes que menciona el tipo penal, sino que es necesario que se acredite que dicha ingestión ha afec-

tado a la capacidad psicofísica del conductor y, en consecuencia, a la seguridad del tráfico, que es el bien jurídico protegido por dicho delito. Recuerda entonces que la jurisprudencia de la Sala ha declarado que se trata de un delito de peligro abstracto, que ha de ser real, y no meramente presunto, de ahí la necesidad de verificar la influencia de la ingestión en la conducción, sin perjuicio de que el juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

En cambio, el inciso segundo del art. 379.2 CP, tras la reforma de 2007, contiene una modalidad objetiva de delito, reconocida, *obiter dictum*, en la STS 706/2012, de 24-9, cuando en ella se decía, en un supuesto en el que las tasas de alcohol en aire espirado eran inferiores a las prevenida en aquel inciso segundo, que el hecho de que la tasa sea insuficiente para generar de forma automática responsabilidad penal según el texto del art. 379 vigente desde la LO 15/2007 es una aseveración compartible: se fija la tasa objetivada en 0'60”, lo que no excluye que “con tasas inferiores se pueda llegar a una condena por el delito del art. 379, si se demuestra la repercusión en la conducción”. Es decir, en esta

hipótesis delictiva del referido inciso segundo del art. 379.2, siempre existirá la influencia que exige la concurrencia de la contenida en el inciso primero de dicho precepto: “se ha tipificado una tasa objetivada de alcohol basada en un juicio de peligrosidad formulado *ex ante* por el legislador que ha ponderado la influencia estadística de esa fuente de peligro en la siniestralidad vial”, añadiendo la STS que “el legislador declara cuáles son los límites por encima de los cuales la conducción no resulta ya penalmente tolerable, al margen de cualquier otra circunstancia añadida, por el riesgo que incorpora”.

En cuanto al alcance del concepto de conductor a los efectos del art 379 CP, la STS recuerda lo dicho al respecto en la Sentencia 436/2017, de 15-6, del Pleno de la Sala, en la que se hace referencia a la normativa extranjera, concluyendo que desde este punto de vista “conducir un vehículo a motor o un ciclomotor es la conducta que se lleva a cabo por la persona que maneja el mecanismo de dirección o va al mando de un vehículo que se desplaza”. Añade la STS que la acción de conducir un vehículo de motor incorpora unas mínimas coordenadas espacio-temporales, un desplazamiento, de tal manera que “sin movimiento no hay conducción”, “pero no es

necesaria una relevancia de esas coordenadas, ni una prolongación determinada del trayecto”, pues “actos de aparcamiento o desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que en algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado, pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular,...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas...”.

En el caso concreto, la STS desestima el motivo que sugería la cuestión referida, pues el relato de hechos probados dejaba claro que el recurrente conducía un vehículo, pese a haber ingerido previamente bebidas alcohólicas que mermaban su capacidad para la conducción, por lo que al llegar a la altura de un semáforo paró el vehículo en medio del carril de circulación y se quedó dormido al volante con el motor arrancado, las luces encendidas y el apartado de radio cd y el aire acondicionado encendido. Por tanto, “aun cuando el acusado, al ser sorprendido, se encontrara parado, en el momento inmediatamente anterior a quedarse dormido tras parar el vehículo en el medio del carril de circulación,

circuló al volante del vehículo con su capacidad para la conducción mermada por efecto del alcohol previamente ingerido”.

Otra cuestión planteada en el recurso tenía que ver con el principio *ne bis in idem*, que el recurrente entendía se había vulnerado al haber sido condenado por un delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y también por el de negativa a realizar la prueba de alcoholemia, cuestión que, como recuerda la sentencia, ya fue tratada por el Pleno en la STS 419/2017, de 8-6, con cita de la abundante jurisprudencia del TC, señalando que, aunque en ambos casos concurre identidad de sujeto activo, no puede decirse lo mismo en lo concerniente a la identidad de hecho, y en cuanto al bien jurídico, aunque el bien jurídico afectado en el caso del delito del art. 383 CP está vinculado a la seguridad del tráfico, no puede obviarse que se trata de una modalidad singularizada del delito de desobediencia, es decir, “el bien directamente tutelado es el principio de autoridad, como en los delitos de desobediencia, aunque de forma indirecta se protege la seguridad vial”. No nos hallamos, pues, ante un *bis in idem*, quedando descartado así el concurso de normas, sin que exista tampoco una desproporción punitiva que

permita desplazar el concurso real a otro tipo de concurso.

**2. SENTENCIA NÚM. 112/2018, de 12-3.  
ROJ: STS 821/2018. ECLI: ES: TS: 2018:  
821. Recurso de casación 387/2017. Ponente: Magistrado D. Antonio del Moral García.  
Desestima el recurso**

*ALCANCE, PRESUPUESTOS Y NATURALEZA DE LA PENA CONTEMPLADA EN EL ART. 57 EN RELACIÓN CON EL ART. 48.1 CP: posibilidad de imponer las prohibiciones previstas en estos artículos por un período no superior a seis meses en el caso de los delitos leves de naturaleza patrimonial (art. 57.3 CP); prohibición de acudir a determinados lugares; en la prohibición de aproximarse a un lugar, el concepto de «lugar» ha de entenderse por una porción de espacio, pero sin limitaciones en extensión; prohibición de acudir a las instalaciones de la red de Metropolitano de la ciudad de Barcelona.*

Esta STS recuerda que en asuntos resueltos en primera instancia por los Juzgados de lo Penal solo se admite el recurso por infracción de ley del art. 849.1º LECrim. y, además, recordando

el Acuerdo no jurisdiccional de 9-6-2016, se exige que el tema planteado revista interés casacional.

En el presente caso, los recurrentes habían sido condenados por un delito de hurto en grado de tentativa a las penas de tres meses de prisión, imponiéndoseles además la pena de prohibición de acudir a las instalaciones del ferrocarril metropolitano de la ciudad de Barcelona durante nueve meses, aspecto este último que es el que centraba el recurso de casación planteado por aquellos, alegando que la pena del art. 48.1 CP ha de estar enfocada a la protección de la víctima o de su familia y no a la tutela de una generalidad de personas, cuestionando asimismo la gravedad de los hechos, con mención del principio de proporcionalidad.

La STS recuerda que la reforma de 2015, además de incluir en el ámbito del art. 57 el delito de trata, extendió la posibilidad de imponer las prohibiciones del art. 48 por un periodo no superior a seis meses en el caso de los delitos leves comprendidos en el apartado primero, a diferencia de lo que ocurría antes, que solo cabían las prohibiciones del art. 48 CP en supuestos de faltas contras las personas. Novedosa proyección

sobre delitos leves de naturaleza patrimonial, entre ellos el hurto, de las prohibiciones reguladas en el art. 48 CP, añade la STS, que «encuentra probablemente alguna explicación en uno de los propósitos que enuncia la exposición de motivos, “la revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave”».

La cuestión planteada era la siguiente: “dentro de la previsión de pena del art. 48.1 —prohibición de acudir al lugar en que se haya cometido el delito—, ¿cabe encajar el impedimento para acceder, sin acotación alguna, a cualquier instalación de la red de Metropolitano de la ciudad de Barcelona? O, más bien, la palabra *lugar* exigiría una mayor concreción de forma que cabría la prohibición de personarse en una determinada estación o línea (aquellas en que se cometió el hecho delictivo) pero no en la totalidad de la red viaria”.

“Estando llena de perspicacia y fineza jurídica la objeción, creemos, empero, que no es suficiente para descalificar la forma de concreción de esa pena realizada por

el Juzgado de lo Penal. Puede admitirse con naturalidad y sin forzar ni el lenguaje, tanto en su versión popular o vulgar como en la más académica, ni la naturaleza de las cosas, que las instalaciones de la red de metropolitano de una ciudad, conectadas todas entre sí, constituyen *un lugar*; un lugar bien delimitado, aunque no sea regular y se extienda con un largo kilometraje por el subsuelo de la capital con dependencias que asoman al exterior —las respectivas estaciones— para acceder a o *desde* la superficie. Por idéntica razón puede considerarse correcta a estos efectos la estimación de que el delito se ha cometido precisamente en las instalaciones del Metropolitano de Barcelona, —*en el metro*— (aunque pudiéramos concretar más singularizando el punto exacto, la línea, el trayecto, o la estación).

Por *lugar* hay que entender una *porción de espacio* (DLE), pero sin limitaciones en extensión (como se apostilla en uno de los más conocidos diccionarios de uso del castellano)”).

La STS añade que el art. 48.1 CP diseña y describe una pena, normalmente una pena accesorio impropia, aunque en alguna ocasión el Código la prevé como pena principal conjunta facultativa (art. 558 CP). “En todo caso, es una pena, es decir, la consecuencia sancionadora anudada a la comisión de un delito. En ella pueden estar presentes con una u otra riqueza o intensidad, más o menos realzados, distintos fines, considerados en abstracto, de las penas. No es una medida de seguridad que haya de apoyarse ineludiblemente en la peligrosidad y deba tener como único objetivo contener, menguar o diluir la peligrosidad. No. Es una pena y eso supone que puede abrazar otras finalidades,

“Como toda pena tiene un contenido aflictivo que no puede pasar desapercibido ni quedar totalmente eclipsado por otros objetivos detectables en este tipo de penas. Las penas constituyen siempre una privación de derechos. Esta pena también. Impedirá a los penados utilizar un medio público de transporte durante un periodo de tiempo: eso tiene una indudable carga aflictiva (muy probablemente notoriamente inferior



a la que tendría una pena de prisión de hasta once meses y veintinueve días que podría haber sido impuesta conforme a las disposiciones del Código Penal).

Las penas previstas en el Código Penal no siempre encierran junto a ese contenido aflictivo otros deseables componentes ligados a fines rehabilitadores o de prevención especial, entre otros. Es predicable esa pobreza de objetivos significativamente de las penas pecuniarias. O de muchas de las penas accesorias. También sucede con las penas privativas de libertad, aunque en ellas concurren, según los casos, fines de prevención especial a través del confinamiento en un centro cerrado y una dimensión rehabilitadora, al menos como *desideratum* constitucional (art. 25 CE).

Que en una específica pena legal no se identifique o descubra en el caso concreto uno de esos componentes finalistas (*v.gr.* inhabilitación absoluta en quien ya está al margen de todo cargo público que le resulta inaccesible) no determina su exclusión.

Así sucede con la inhabilitación especial para profesión u oficio que sin duda alberga una muy acentuada finalidad de prevención especial. Pero si *in casu* se revela como inútil o innecesaria a esos fines, eso no se ha de traducir en omitir su imposición: siempre subsistiría su contenido aflictivo, y, en todo caso, cumplirá también una finalidad de prevención general.

La pena ahora examinada tiene como peculiaridad su carácter facultativo. En ella destaca intuitivamente un componente de prevención especial que, por otra parte, es claramente sugerido por el criterio de peligrosidad que se menciona como elemento a valorar para el ejercicio de esa discrecionalidad. Pero que en algún caso pueda estar ausente esa orientación (por basarse su imposición fundamentalmente en razones de gravedad, y no de peligrosidad; o de tranquilidad bien de la víctima concreta bien de un colectivo difuso como los usuarios del metro —prevención general positiva—) no aboca necesariamente a prescindir de ella.

Si estuviésemos ante una medida de seguridad serían diferentes las conclusiones; como si la manejamos como medida cautelar. Pero cuando se trata de imponer o dejar de imponer una pena que la ley anuda como sanción, no obligatoria pero sí posible, a determinadas conductas, hay que barajar también otros parámetros y pautas. En teoría que la finalidad de evitar la reiteración delictiva no sea la única o pueda aparecer solo vaporosamente no llevará ineludiblemente a negar la posibilidad de imponer esa pena de la gravedad de la conducta. Podría ser conveniente adoptarla fundada en otras razones (alarma, conciencia colectiva que pueda ver en ella la expresión de la restauración de la confianza en el derecho y en la protección que dispensa la norma penal). Su cumplimiento, sin duda, lleva aparejadas molestias, limitaciones y privaciones para los condenados. Pero eso sucede con todas las penas por definición. Y esta, en concreto, comporta un coste personal muy inferior al de otras similares (prohibición de aproximación a personas con una fuerte ligazón afectiva) refrendadas

desde esta perspectiva de proporcionalidad por el TC (*STC 60/2010, de 7 de octubre*)”.

Por último, añade la STS que no se puede tachar de desproporcionada la medida acordada, pues “su contenido aflictivo es mucho menor que el que arrojaría una pena de prisión más alta”, concluyendo que se trata de una pena ajustada a la legalidad, que no puede ser tachada de desproporcionada en abstracto.

Se centra, finalmente, la sentencia en la cuestión de los presupuestos legales para la aplicación de la prohibición, pues el art. 57 CP exige que se atienda “a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”.

“Por una parte, el Código habla de la gravedad de la conducta. Es obvio que no está pensando en la clasificación tripartita de los delitos (graves, menos graves y leves), sino en la gravedad del hecho en concreto. No siempre que el delito sea grave hay que imponerla; y no siempre que sea leve está excluida. Eso sería contrario a la lógica y a la propia regulación

legal que prevé su imposición en delitos leves (*art. 57.3 CP*). Pueden idealmente existir delitos leves integrados por hechos *graves* en sentido relativo. En esos casos, si se razona por qué se entiende que concurre esa gravedad (como algo no equivalente a la división de los delitos en tres grupos: *art. 13 CP*), podría justificarse la imposición de una de las medidas del *art. 57.1 CP*.

No es esa la senda por la que introducen la medida el Juzgado y la Audiencia Provincial. Se fijan, más bien, en el peligro que, de acuerdo con el tenor legal (no estamos ante la medida cautelar del *art. 544 bis* que menciona a la víctima), no va necesariamente referido a personas concretas. Por eso cabría también idealmente en delitos sin víctima o con víctimas difusas, potenciales o sin concretar, o indeterminadas. La redacción actual del *art. 57*, invita a ese concepto de “peligro” equiparable a “peligrosidad” alejándose de los perfiles que parecía atribuirle la *STS 1429/2000, de 22 de septiembre*.

Ese pronóstico de riesgo (*el peligro que el delincuente represente*) no ha de basarse ineludiblemente en condenas anteriores, aunque sin duda las mismas son un factor de elevadísima ayuda. Puede apoyarse en otros elementos. No es un *juicio de culpabilidad* (que exigiría pruebas que destruyesen la presunción de inocencia), sino un *juicio de probabilidad* como el que se efectúa para evaluar en sede de prisión preventiva el riesgo de destrucción de pruebas o de reiteración delictiva (*art. 503 LECrim.*). La presunción de inocencia está respetada porque ha recaído una condena basada en pruebas claras y contundentes. El ordenamiento exige la imposición de unas penas tras la desactivación de la presunción de inocencia. A la hora de decidir si se impone o no la pena del *art. 48 CP* la ley invita a valorar bien la gravedad del hecho, bien el peligro del condenado (peligro que no es la reincidencia ni la multirreincidencia, aunque estas puedan ser signo de peligrosidad o profesionalidad). Se trata de un pronóstico y no una profecía; exige valoraciones racionales, pero no certeza: nos movemos

en un territorio muy diferente al analizado en las SSTC 182/2014, de 6 de noviembre o 3/2015, de 19 de enero.

En este caso ese juicio de prognosis está bien fundado. Las manifestaciones de la recurrente que se mencionan en la sentencia de instancia (*en el metro no solo trabajo yo sino también hay rumanos*), los antecedentes penales que demuestran que ambos fueron condenados, actuando conjuntamente, por un delito similar, y la documentación detallada que se acompaña al atestado inicial y que demuestra la reiterada presencia de los acusados en el Metropolitano, no siempre en días laborales, lo que sugeriría una rutina en los desplazamientos, así como las interceptaciones o denuncias de que han sido objeto (22 denuncias y 9 detenciones por faltas de hurto en el metro en un caso; dos y siete respectivamente, en el otro), permiten afirmar, con ese carácter de pura prognosis, ese peligro”.

La STS señala que materialmente existían motivos sobrados para la adopción de la medida,

aunque formalmente, en cambio, la motivación era mejorable, “podría haber sido más explícita: tanto recogiendo en el hecho probado una mayor riqueza de datos para lo que se contaba con una sobrada base documental indiscutida en el atestado inicial, como recreando más la argumentación en la motivación jurídica”, “pero en cualquier caso se contiene lo suficiente: queda puesto de manifiesto que el Juzgador —último párrafo del Fundamento de Derecho Tercero— ha considerado que los recurrentes vienen dedicándose con signos que evocan cierta profesionalidad a esa actividad sustractora en ese medio de transporte, escenario especialmente apto para una delincuencia como la descrita en el hecho probado. La habilidad demostrada y la actuación coordinada de los dos; la previa condena de ambos por un mismo delito de hurto; y su habitual presencia allí, no justificada por un recorrido rutinario cada día, hacen fundada esa estimación”.