



Roj: **STS 821/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:821**

Id Cendoj: **28079129912018100001**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **12/03/2018**

Nº de Recurso: **387/2017**

Nº de Resolución: **112/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP B 11250/2016,**
STS 821/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 112/2018

Fecha de sentencia: 12/03/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 387/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona.

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

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 387/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

PLENO

Sentencia núm. 112/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta



D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Francisco Monterde Ferrer
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Luciano Varela Castro
D. Alberto Jorge Barreiro
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde

En Madrid, a 12 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto los recursos de casación por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuestos por las representaciones de los acusados **D. Enrique** y **D^a. Sonia**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por los citados contra la sentencia dictada el día 12 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona en causa seguida por hurto, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados, siendo también parte el Ministerio Fiscal y estando dichos recurrentes representados por el Procurador Sr. De Goñi Echeverría.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona (PA nº 163/16) en causa seguida contra **Enrique** y **Sonia** por un delito de hurto, dictó sentencia de fecha 12 de mayo de 2016 que contiene los siguientes hechos probados:

"La acusada **Sonia**, con pasaporte cubano nº NUM000 y número de identificación policial de Mossos d'Esquadra NUM001 y del CNP nº NUM002, es mayor de edad y fue ejecutoriamente condenada como autora de un delito de hurto por sentencia firme de fecha 18/11/2015 a la pena de 20 días de multa cumplida en fecha 5/01/2016 - fol. 59. El acusado **Enrique**, con carta de nacionalidad francesa NUM003 y número de identificación policial de Mossos d'Esquadra NUM004 y del CNP nº NUM005, es mayor de edad y fue ejecutoriamente condenado como autor de un delito de hurto por sentencia firme de fecha 18/11/2015 a la pena de 20 días de multa cumplida en fecha 5/01/2016 -fol. 62 y ss.- y por sentencia firme de fecha 16/03/2015 a la pena de 22 días de multa cumplida en fecha 15/04/2016. Los acusados, puestos de común acuerdo en la acción así como en el propósito de obtener un ilícito enriquecimiento patrimonial a costa de lo ajeno, sobre las 18,45 horas del día 21/04/2016, yendo a bordo del convoy de la Línea 4 del ferrocarril metropolitano de Barcelona, a su llegada a la parada de Urquinaona, se apoderaron del teléfono móvil propiedad del turista francés **Mauricio**, marca Samsung modelo Galaxy, pericialmente tasado en la cantidad de 800 euros -fol. 56- aprovechando el momento en que el citado turista descendía del vagón, siendo que mientras la acusada **Sonia** dificultaba con un movimiento obstativo que el turista pudiera descender del vagón con tranquilidad, el acusado **Enrique** se apoderaba del referido teléfono. Instantes después ambos acusados abandonaron el vagón, siendo detenidos por agentes de los Mossos d'Esquadra y procedieron a entregarlo en calidad de depósito provisional a su propietario".

SEGUNDO.- Dicha sentencia contiene la siguiente Parte Dispositiva:

" Que debo CONDENAR Y CONDENO a **Sonia**, con pasaporte cubano nº NUM000 y número de identificación policial de Mossos d'Esquadra NUM001 y del CNP nº NUM002 y a **Enrique**, con carta de nacionalidad francesa NUM003 y número de identificación policial de Mossos d'Esquadra NUM004 y del CNP nº NUM006, como autores responsables de un delito de hurto en grado de tentativa de los artículos 234.1º 16 y 62 del Código Penal, precedentemente definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de, PARA CADA UNO DE ELLOS, de TRES MESES DE PRISIÓN, con la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y por aplicación del contenido de los artículos 48.1º y 57.1º del Código Penal. SE LE IMPONE ASIMISMO LA PROHIBICIÓN DE ACUDIR A LAS INSTALACIONES DEL FERROCARRIL METROPOLITANO DE BARCELONA POR TIEMPO DE NUEVE MESES.



Se le impone asimismo el pago por mitad de las costas procesales causadas en esta instancia".

TERCERO.- Interpuesto recurso de apelación, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona, (rollo de apelación rápido nº 140/2016) con fecha 10 de noviembre de 2016 dictó sentencia desestimándolo.

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por las representaciones de los acusados D. Enrique y Dña. Sonia, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de D. Enrique .

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1º LECrim . por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 48.1 en relación con el 57.1 CP . **Motivo segundo.-** Al amparo del art. 849.1º LECrim . por infracción de ley, al no graduar correctamente la pena, por indebida aplicación del art. 16.2 del CP .

Motivos aducidos en nombre de D^a. Sonia .

Motivo único.- Por infracción de ley al amparo de lo dispuesto en el art. 849.1 LECrim . por aplicación indebida de los arts. 48.1 y 57.1 CP , y vulneración de los arts. 72 CP y 120.3 CE .

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, solicitó su inadmisión parcial, apoyándolos, no obstante, en un concreto punto. Quedaron así conclusos los autos para Pleno Jurisdiccional, a señalar cuando por turno correspondiera.

SEXTO.- Por providencia de fecha 11 de enero de 2018 se señaló el presente recurso para el día 23 de enero de 2018, llevándose a cabo las correspondientes deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren contra la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Quinta), que desestimaba el recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de esa Capital, los dos condenados: Enrique y Sonia .

El primero articula dos motivos: uno, relativo a la pena de prohibición de entrar en determinados lugares; el otro atacando la penalidad por virtud de una supuesta errónea distinción entre la tentativa acabada e inacabada con repercusión en la individualización.

La segunda se refiere en exclusiva a la primera cuestión: interpretación de los arts. 57 y 48.1 CP .

Como es sabido y se ha puesto ya de manifiesto en varios precedentes la modalidad de casación introducida en la reforma procesal de 2015, que abre las puertas del Tribunal Supremo a asuntos resueltos en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, se caracteriza por unos estrictos condicionantes. Solo se admite como causal del recurso la infracción de ley del art. 849.1º LECrim . Además, se exige que el tema planteado revista interés casacional. Así quedaba expresado en el Acuerdo no jurisdiccional de esta Sala de 9 de junio de 2016:

"A) El art 847 1º letra b) de la LECrim . debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional **solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la LECrim** , debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el art 849 1º deberán fundarse necesariamente en la **infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción)**, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales. Sin perjuicio de ello, podrán invocarse normas constitucionales para reforzar la alegación de infracción de una norma penal sustantiva.

C) Los recursos deberán **respetar los hechos probados**, debiendo ser inadmitidos los que no los respeten, o efectúen alegaciones en notoria contradicción con ellos pretendiendo reproducir el debate probatorio (art 884 LECrim).

D) Los recursos deben tener **interés casacional**. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (art 889 2º), entendiéndose que el recurso tiene interés casacional, conforme a la exposición de motivos: a) si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, b) si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, c) si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una



doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido...". (énfasis añadido).

Desde esa perspectiva hay que realizar un primer filtro de los alegatos de ambos recursos.

SEGUNDO.- Más allá de que se pudiera pronosticar sin demasiado esfuerzo el fracaso del primero de los motivos del recurso de Moustapha si se abordasen sus argumentos de fondo, el mismo resulta, antes que desestimable, inadmisibile.

Sobre la diferenciación entre la tentativa acabada e inacabada y su más que controvertida incidencia en la individualización penológica existe una abundante doctrina casacional a la que es fiel la sentencia de apelación. La argumentación del recurrente, además, se aparta de esos criterios jurisprudenciales evidenciando su endeble fundamento (art. 885.1 º y 2º LECrim). Ese conjunto de factores aboca a la inadmisibilidad del motivo, lo que en este momento procesal ha de traducirse en su **desestimación** sin necesidad de adentrarnos en su estudio de fondo.

TERCERO.- Sí presenta un innegable interés casacional que empuja a un pronunciamiento específico la otra temática que se trae a debate: alcance, presupuestos y naturaleza de la pena contemplada en el art. 57 CP en relación con el art. 48.1 CP . Se constata tanto la ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales, como las divergencias interpretativas en las Audiencias Provinciales.

El Fiscal interesó la admisión del recurso exclusivamente respecto de tal cuestión.

Condenados ambos recurrentes por un delito de hurto en grado de tentativa a las penas de tres meses de prisión con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, se les impuso asimismo la pena de prohibición de acudir a las instalaciones del ferrocarril metropolitano de la ciudad de Barcelona durante nueve meses. El pronunciamiento se adopta sobre la base de los arts. 48.1 y 57.1 CP . La sentencia de la Audiencia ratifica esta medida desatendiendo la petición de los apelantes que ahora reproducen en casación.

Enrique alega 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, como sucede con la fórmula plasmada en las sentencias impugnadas. Por otra parte, cuestiona que se hayan valorado correctamente los parámetros establecidos por la ley (*gravedad de los hechos, peligro que represente el condenado*) para decidir sobre esa pena conjunta facultativa. El delito no es grave y quedó en un grado imperfecto de desarrollo (tentativa); la peligrosidad habría de ser la objetiva referida principalmente a la proximidad con la víctima, con una víctima concreta. Además, se niega que existan pruebas de reiteración delictiva según esgrimen los órganos judiciales para añadir esa pena accesoria impropia. Acaba buscando abrigo en el principio de proporcionalidad al que repudiaría una medida de ese calibre, anudada a hechos de escasa entidad como los enjuiciados.

Por su parte Sonia enfatiza la ausencia de una motivación suficiente que respalde esa medida que, al estar concebida como facultativa, reclamaría una motivación específica. En otro orden de cosas, sería contradictorio con el mínimo fijado para la pena privativa de libertad, que se opere con otro criterio individualizador en relación a esta pena especial, lo que arrastrará un más dilatado plazo de cancelabilidad del antecedente, con negativas repercusiones para el acceso al mundo laboral de la penada. No ha quedado acreditada ni la gravedad del hecho, ni la peligrosidad de la autora, siendo presupuesto inexcusable de la medida que medie una u otra circunstancia (establecidas de forma alternativa y no cumulativa), lo que abona igualmente la supresión de esa penalidad.

A esas dos líneas de argumentación, confluyentes en algunas facetas, añade otra el Ministerio Público en su apoyo matizado a ese motivo del recurso. La interpretación que se hace en las sentencias de instancia y apelación del término *lugar* que usa el art. 48.1 CP sería demasiado amplia o elástica. Es discutible que pueda extenderse la prohibición a todas las instalaciones del metropolitano de la ciudad indicada, pues se traduciría en la imposibilidad de hacer uso de ese medio de transporte público. Una prohibición de acceso a un lugar acaba convirtiéndose de esa forma en una prohibición de desplazarse en un muy usado y popular medio público de transporte.

Dirá en este sentido el Fiscal:

"... la extensión geográfica del termino lugar utilizado en el art. 48.1 del CPenal para impedir al penado acudir al lugar de comisión, que supone el fallo abarcando todas las instalaciones del metro de Barcelona, pudiera suponer una interpretación extensiva de tal término.

Los hechos probados concretan el lugar de comisión en un vagón de la Línea 4 del Metro de Barcelona, y, precisan, a su llegada a la parada de la plaza de Urquinaona.



El término "lugar", como localización espacial, porción de espacio, se extiende, según el CPenal al domicilio, lugar de trabajo e incluso la propia persona protegida con la medida según las sentencias más generalizadas en la materia, concretada sin embargo habitualmente por una distancia de centenares de metros.

Es indudable que el metropolitano es un servicio público de locomoción en urbes grandes, como Barcelona, y la prohibición de uso de cualquiera de sus instalaciones, supone una limitación indudable de la capacidad de traslación de un lugar a otro, adquiriendo por ello el término "lugar" una expresión ajena a su propio concepto.

Sin que se desconozcan las razones que subyacen en la prohibición aplicada, su extensión excede de una interpretación mesurada del art. 48.1, en lo que se refiere al concepto lugar, que debería limitarse al de realización del hecho, a lo sumo a la línea concreta del metropolitano o en un radio alrededor de distancia razonable, que aseguren la imposibilidad de la reiteración que se pretende evitar".

Los temas a dilucidar, que giran todos en torno a los arts. 57.1 y 48 CP , son, extractadamente y en consecuencia, los siguientes:

- a) Si el art. 48.1 CP (prohibición de acudir al lugar en que se ha cometido el delito) es marco apto para cobijar una prohibición de acceder a todas las instalaciones del metropolitano de una ciudad.
- b) Si *in casu* concurren los presupuestos que establece el art. 57.1 CP como base de esa penalidad.
- c) Si la pena en este supuesto concreto supera un juicio de proporcionalidad y tiene unas dimensiones temporales justificables.

Dejemos consignados los preceptos alrededor de los cuales ha de girar la discusión, resaltando tipográficamente los fragmentos que conciernen más directamente a nuestro objeto.

El art. 57 CP , en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015, de 31 de marzo, de modificación del Código Penal, dispone:

*«1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, **atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente** , podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.*

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el juez o tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea...".

El art. 48 CP , regula las prohibiciones a las que se refiere el anterior:

*«1. La privación del **derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos** impide al penado residir o **acudir al lugar en que haya cometido el delito**, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos".*

(...)

La reforma del año 2015 además de incluir el ámbito del art. 57 el delito de trata, lo que ahora no interesa; extendió la posibilidad de imponer las prohibiciones del art. 48 CP por un período no superior a seis meses en el caso de los delitos leves comprendidos en su apartado primero. Antes, sólo cabían las prohibiciones del art. 48 CP en supuestos de faltas contra las personas (antiguos arts. 617 y 620 CP).

Esa novedosa proyección sobre delitos leves de naturaleza patrimonial, entre los que se cuenta el hurto, de las prohibiciones reguladas en el artículo 48 CP 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 ».*

CUARTO.- Así pues, según el tríptico temático antes enunciado, primero hay que plantearse un problema de estricta legalidad suscitado por el Ministerio Público. Los recurrentes apenas si lo insinuaban para venir a admitir la tesis que subyace en las sentencias, aunque no sin alguna reticencia.

La cuestión es 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* (DRALE), pero sin limitaciones en extensión (como se apostilla en uno de los más conocidos Diccionarios de uso del castellano)

La pregunta "*¿donde se cometió el delito?*", puede contestarse escuetamente con cuatro sílabas distribuidas en tres palabras: "*en el metro*".

El término "lugar" puede designar un punto muy concreto y focalizado (km. cero, v. gr.); pero también un inmueble (una vivienda, una finca concreta), una zona (un barrio), una ciudad, incluso una provincia o extensiones geográficas mayores.

Según los casos, la medida se ajustará o no a parámetros de proporcionalidad desde los que evaluar la acotación del *lugar* objeto de prohibición. Pero la literalidad de la ley no repele la concreción en la forma efectuada por el Juzgado de lo Penal. No sería coherente que sobre la base del art. 48.1 CP pudiese decretarse la prohibición de entrar, v.gr., en la ciudad de Barcelona; y, sin embargo, no fuese factible limitarla a esas instalaciones.

Argumentos sistemáticos refuerzan esta exégesis. En efecto, en otros pasajes del Código Penal o legislación complementaria encontramos medidas morfológicamente similares, aunque de diferente naturaleza.

a) El art. 544 bis LECrim habla de la prohibición -impuesta como medida cautelar- de acudir a determinados lugares (en plural), barrios, municipios... Puede afirmarse por vía de principio una equiparabilidad general -desde luego no absoluta (art. 59 CP)- entre medidas cautelares y las correspondientes penas (art. 58.4 CP), lo que no significa que las medidas de los arts. 544 bis LECrim y 48 CP sean lo mismo, ni obedezcan a iguales principios, ni tengan idéntica regulación (en el art. 544 bis, v gr, se contiene una específica referencia a unos fines de protección de la víctima -singularizada- que no aflora ni en el art. 48.1 ni en el art. 57.1 CP).

b) En el art. 83 CP dentro de las reglas de conducta imponibles en caso de suspensión de condena aparecerá la prohibición de acudir a lugares frecuentados por la víctima (1º) o de acudir a un lugar donde pueda encontrar ocasión o motivo para cometer otro delito (4º) (antes de la reforma de 2015 se hablaba genéricamente de la prohibición de acudir a determinados lugares, también en plural).

c) Ente los posibles contenidos de la medida de libertad vigilada se consigna igualmente la prohibición de acudir a determinados lugares, territorios o establecimientos (art. 106.1 g) CP).

Son todas ellas medidas de contenido sustancialmente igual por lo que en principio y a esos únicos efectos la delimitación de unas ayuda a perfilar los contornos de las equivalentes, aunque la forma de expresarse el legislador no sea mimética. La falta de identidad terminológica exacta no arrastra contenidos dispares. Sería incoherente que se conviniese que no se puede concretar en la forma que lo hace en la sentencia el contenido del art. 48.1 CP , pero que sí fuera posible hacerlo vía cautelar, o como prohibición anudada a una libertad vigilada o a una suspensión de condena, (beneficio éste de condena que, hipotéticamente, también cabría en este mismo asunto con esa materialmente idéntica medida, aunque ya sin ser catalogada como pena).

Contenido similar, pero naturaleza diversa: hay que insistir en eso. Consecuencia de ello es que el alcance, presupuestos normativos y finalidad legal no coinciden en cada uno de esos supuestos. En algunos casos se configura como medida cautelar ligada por disposición legal expresa a la protección de víctimas concretas (art. 544 bis). Ha de adoptarse con esa específica finalidad (nunca como anticipación de una pena o medida: será necesario evaluar no solo el *fumus boni iuris* sino singularmente el *periculum in mora*). En otros preceptos la medida presenta otra naturaleza. A veces medida de seguridad; otras, condición que acompaña a la suspensión de condena.

Manteniéndose conceptualmente esas diferencias, no es ningún hallazgo constatar como la rigidez de la separación entre penas y medidas de seguridad se ha ido relajando. Algunas de las finalidades características



de las medidas de seguridad también aparecen, aunque a veces acompañadas o ensombrecidas por otras, en las penas que administra el derecho penal.

QUINTO.- Esta perspectiva -naturaleza de la medida- puede ser fértil en consecuencias a los efectos de analizar este supuesto concreto. El art. 48.1 CP diseña y describe una **pena**. Es normalmente una pena accesoria 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 innaccesible) 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 ésta, 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).

SEXTO.- No se puede tachar de desproporcionada la medida acordada: su contenido aflictivo es mucho menor que el que arrojaría una pena de prisión más alta.

Tampoco el criterio de la *necesidad* juega aquí, como sí condicionaría una medida, de seguridad y de forma muy especial una medida cautelar. No se precisa un imposible pronóstico de que con esa pena se pondrá fin a la comisión de infracciones de ese tipo por el penado; y sin ella se perpetuaría. Exigir esa valoración sería absurdo: especialmente si tenemos en cuenta que se impone por un tiempo reducido (aquí, nueve meses), que acabará un concreto día. Basta con que se revele como útil a esos fines de prevención especial.

Estamos sobre todo ante una pena: esto no se puede perder de vista. El hecho de que se puedan cometer delitos semejantes en otros ámbitos (más similares -autobuses, aglomeraciones-, o menos -vía pública-) y de que la medida no anule esa posibilidad no es razonamiento coherente con la decisión de imponer una pena



Refutando, en otro orden de cosas, un argumento de la recurrente, no hay razones para asumir la misma gradación individualizadora en las penas conjuntas. Solo en las penas accesorias propias rige esa obligada simetría temporal. En las penas conjuntas o en las accesorias impropias como esta (STS 392/2017, de 31 de mayo), elegir el mínimo en una, no arrastra al mínimo de las demás. Ninguna regla contiene el código en ese sentido. Y aquí, más allá de la cuestión de si era obligada la reducción en un grado de esta pena por el grado imperfecto de comisión, es patente que si se cuantifica en nueve meses es justamente para prolongarla seis meses (el mínimo teórico) tras la pena privativa de libertad (sin perjuicio del abono del tiempo ya cumplido cautelarmente).

SÉPTIMO.- Es, por tanto, una pena ajustada a la legalidad y que no puede ser tachada de desproporcionada en abstracto.

Comprobemos ahora si en el supuesto analizado concurrían los presupuestos legales para su imposición.

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 ó 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 laborables, 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.

Materialmente existen motivos sobrados para la adopción de la medida.

Formalmente, en cambio, la motivación es mejorable. De ello se queja también uno de los recurrentes. Es ese un tema constitucional (art. 24 CE : tutela judicial efectiva) e incluso procesal (deber de motivación) aunque tenga reflejo en un precepto del Código Penal (art. 72 que es norma procesal aunque incrustada en un texto sustantivo como algunas otras que encontramos en el Código: arts. 82.1 , 58.2...). Por tanto, en principio estaría excluido del ámbito de esta casación (infracción de ley penal sustitutiva).

De cualquier forma, entraremos en él: no sobra recordar que el Acuerdo del Pleno de esta Sala Segunda de 9 de junio de 2016 recordaba que podrían invocarse normas constitucionales como refuerzo de la infracción de un precepto sustantivo (art. 849.1º LECrim). Este puede ser un ejemplo.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo partiendo del carácter potestativo de la imposición, ex art. 57 CP , de esas penas, ha enfatizado la consiguiente necesidad de una motivación específica.

Declara al respecto la STS 208/2017, de 28 de marzo :

«El artículo 57.1 del CP , en la redacción vigente a la fecha de los hechos, preveía la posibilidad de que, cuando se tratara, entre otros, de delitos de lesiones, el Tribunal podía acordar en la sentencia la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente. Gravedad, que no es la del delito cometido, sino la del hecho concreto enjuiciado. Tales prohibiciones están contempladas en el artículo 48 como penas privativas de derechos, lo que implica que en su imposición habrán de cumplirse las previsiones generales de motivación de las penas. **En este sentido, hemos señalado reiteradamente que la obligación de motivar las sentencias, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, y expresamente prevista en el artículo 120.3 de la Constitución , comprende la extensión de la pena. Y, concretamente respecto a penas de imposición facultativa, hemos dicho en la STS nº 596/2013, de 2 de julio , que si la pena es facultativa, el Tribunal está obligado a una motivación específica, exigida por el artículo 120.3 de la Constitución .**

En el caso, dado el delito por el que se acuerda la condena, la pena de prohibición de acercamiento y comunicación es de imposición facultativa, debiendo atender el Tribunal a la gravedad del hecho o al peligro que el delincuente represente, como se ha dicho más arriba. La sentencia impugnada no contiene ninguna referencia a ninguno de esos dos aspectos». (énfasis añadido).

En la misma línea, y sobre la medida consistente en la prohibición de acudir a determinados lugares, declaraba la STS 803/2011, de 15 de julio :

« La prohibición de acudir a determinados lugares se justifica en el aseguramiento de la concordia social y en la evitación de posibles futuros males adicionales que pudieran derivarse de la coincidencia física de los ofendidos o perjudicados por el delito y su autor, y supone una limitación de la posibilidad de libre circulación que correspondería al acusado una vez cumplida en su integridad la pena privativa de libertad, por lo que debe estar **suficientemente justificada** por las características del caso, sin que sea procedente su aplicación automática o mecánica solo justificada en la gravedad de la pena señalada a la clase de delito por el que se condena ». (énfasis añadido).

La motivación, decíamos, 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.

Los recursos habrán de ser **desestimados** .

OCTAVO.- Procede imponer las costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR los recursos de casación interpuestos por Enrique y Sonia , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Quinta, que desestimó los recursos de apelación interpuestos por los citados contra la sentencia dictada el día 12 de mayo de 2016 por el Juzgado de lo Penal nº 18 de Barcelona en causa seguida por hurto.

2.- **IMPONER** a Enrique y Sonia el pago de las costas de sus respectivos recursos.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Francisco Monterde Ferrer Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Luciano Varela Castro



Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral García Andrés Palomo Del Arco

Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ