



Roj: **STS 1648/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1648**

Id Cendoj: **28079120012022100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/04/2022**

Nº de Recurso: **2112/2020**

Nº de Resolución: **413/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANA MARIA FERRER GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 413/2022

Fecha de sentencia: 27/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2112/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Barcelona

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2112/2020

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 413/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 27 de abril de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación num 2112/20 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D. Camilo, representado por el procurador D. Ricard Fernández Ribas, bajo la dirección letrada de D^a. Obdulía de la Rocha Martínez contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de febrero de 2020 (Rollo Apelación 31/20), que confirmaba en apelación la sentencia dictada por el Juzgado Penal 4 de Sabadell de fecha 25 de noviembre de 2019. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción num. 7 de Cerdanyola del Vallés incoó Diligencias Urgentes num. 148/19, y una vez concluidas las remitió al Juzgado Penal 4 de Sabadell, que con fecha 25 de noviembre de 2019, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOSPROBADOS**: "ÚNICO. Se considera probado que Camilo, ciudadano español, mayor de edad y con antecedentes penales no computables, el día 27 de julio de 2019, en el domicilio familiar sito en la PLAZA000 número NUM000 de Cerdanyola del Valles, con intención de atemorizar a su pareja sentimental, Blanca, nacida en Rumania, mayor de edad y sin antecedentes penales, le dijo, estando también presente el hijo de ésta, Everardo, y su nuera, Ángeles, "si habla alto y chilla, la atizo".

Sobre las 18:30 horas del día 28 de julio de 2019, Camilo y Blanca mantuvieron una discusión en el domicilio familiar, en el transcurso de la cual, actuando el acusado con intención de menoscabar la integridad física de su pareja sentimental, mordió en la espalda a la Sra. Blanca, la empujó haciéndola caer al sofá y le dio un puñetazo en el estómago; y, finalmente, al intentar arrebatarle el teléfono móvil, le retorció un dedo de la mano derecha y se lo mordió, todo ello al tiempo que le decía "rumana de mierda, ladrona, eres una mierda, eres una tonta".

No consta que durante la discusión la Sra. Blanca hubiera mordido al Sr. Camilo ni que le hubiera golpeado de forma intencionada con el teléfono móvil.

Como consecuencia de estos hechos, Blanca sufrió esguince del segundo dedo de la mano derecha con leve edema, contusión abdominal y contusión dorsal, con equimosis interescapular, lesiones que requirieron de una primera asistencia facultativa y que tardaron en curar cinco días, dos de los cuales estuvo impedida para sus ocupaciones habituales, y por los que no reclama indemnización".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debo condenar y condeno a Camilo, como autor penalmente responsable de:

a) un delito de amenazas, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de diez meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años y seis meses, con la consiguiente pérdida de vigencia del permiso, y prohibición de aproximarse a menos de 1000 a Blanca, a su domicilio y lugar de **trabajo**, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, por un periodo de tiempo superior en un año al de la pena de prisión impuesta.

b) un delito de maltrato en concurso de normas con un delito leve de injurias, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de once meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres años, con la consiguiente pérdida de vigencia del permiso, y prohibición de aproximarse a menos de 1000 a Blanca, a su domicilio y lugar de **trabajo**, así como a comunicarse con ella por cualquier medio, por un periodo de tiempo superior en un año al de la pena de prisión impuesta.

Que debo absolver y absuelvo a Blanca del delito de maltrato del que se le acusaba.

El condenado ha de abonar dos terceras partes de las costas procesales causadas en esta instancia, declarándose el resto de oficio.

Se deniega el **beneficio** de suspensión de la ejecución de las penas de prisión impuestas, por lo que, una vez que la presente resolución haya adquirido firmeza, deberá procederse a la ejecución de lo aquí acordado, requiriendo al penado para su ingreso en prisión y expidiéndose los oportunos mandamientos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y al resto de partes personadas, haciendo saber que la misma es susceptible de ser recurrida en apelación, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona y dentro de los cinco días siguientes a la constancia de su conocimiento, debiéndose notificar igualmente a los ofendidos y perjudicados, aun cuando no se hubieran mostrado parte en la causa.



Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado de Instrucción número 7 de Cerdanyola del Vallés, con competencia en materia de Violencia Sobre la Mujer, así como de su declaración de firmeza y de la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, total o parcial, de la presente".

TERCERO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D. Camilo , dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 13 de febrero de 2020 y cuyo Fallo es el siguiente:

- "1. Desestimamos el recurso de apelación expresado en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia.
2. CONFIRMAMOS la sentencia apelada dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sabadell en fecha 25 de noviembre de 2019 en las Diligencias de procedimiento Abreviado núm. 158/2019.
3. Imponemos al apelante las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Esta sentencia no es firme y en contra cabe interponer recurso de casación por infracción de ley si se considera que, vistos los hechos que se declaran probados en la resolución, se ha infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal. El recurso se debe preparar mediante escrito autorizado por abogado y procurador, si el recurrente no es el Ministerio Fiscal, se debe presentar dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la sentencia y en este se debe pedir testimonio de la sentencia y manifestar la clase de recurso que se intente utilizar".

CUARTO.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D. Camilo , que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurso interpuesto se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

ÚNICO.- Infracción de Ley artículo 72 CP: Omisión de todo razonamiento a la exclusión de la pena principal alternativa prevista en el tipo penal; artículo 49 CP: momento y modo que ha de prestarse la conformidad a la pena principal alternativa. Infracción de precepto constitucional: Derecho a la tutela judicial efectiva, artículo 24 CE; Deber de motivar las sentencias, artículo 120 CE.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto apoyó el mismo. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el Fallo, se celebró la votación prevenida el día 23 de marzo de 2022. Habiéndose prolongado la deliberación hasta la redacción de esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Se formula recurso de casación por la representación procesal de D. Camilo , contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2020 por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que desestimó la apelación interpuesta contra la del Juzgado de lo Penal 4 de Sabadell, que lo había condenado como autor de un delito de amenazas del artículo 171.4 CP, a la pena de diez meses de prisión, inhabilitación y prohibición de aproximación a la víctima; y como autor de un delito de maltrato del artículo 153 CP, a la pena de once meses de prisión, inhabilitación y prohibición de aproximación.

Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Esta modalidad responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la infracción de ley del motivo previsto en el número 1º del artículo 849 LECRIM, orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional.

SEGUNDO: En este caso el recurso plantea un único motivo formalizado a través del artículo 849.1 LECRIM que se proyecta en dos alegaciones. La primera denuncia infracción del artículo 49 CP.

En la instancia no surgió ningún debate en torno a la posibilidad de imposición al condenado de la pena de **trabajos** en **beneficio** de la **comunidad** prevista como alternativa en los delitos del artículo 153.1 y 171.4 CP por los que fue condenado. Formulada petición en la apelación para que se impusiera la misma, fue rechazada,



entre otros motivos, al entender el Tribunal que no constaba el consentimiento del acusado. Pronunciamento este que, en opinión del recurrente, infringe el artículo 49 CP, y contradice el criterio de esta Sala condensado en las STS 325/2019, de 20 de junio y 653/2019, de 8 de enero de 2020, a la vez que hace surgir interés casacional centrado en la necesidad de unificar el criterio divergente de distintas Audiencias Provinciales en torno al momento en el que debe prestarse la conformidad a la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** y la forma en de manifestar ese consentimiento. En concreto, si puede considerarse válido el expresado a través de un escrito de recurso.

1. La pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** fue introducida por el Código de 1995 como alternativa a las penas cortas de prisión. Es considerada pena privativa de derechos en el artículo 39 CP, y el 49 CP supedita su imposición a la existencia de consentimiento por parte del penado. Su efectividad como pena exige que el órgano judicial sentenciador indague previamente si el penado asume la sujeción que implica su cumplimiento, pues de otro modo la obligación de hacer que la prestación del **trabajo** implica no podría llevarse a término en condiciones de dignidad para el penado, y entraría en confrontación con el artículo 15 CE.

Es por ello que el artículo 49 del Código Penal dispone que los **trabajos en beneficio** de la **comunidad** no podrán imponerse sin el consentimiento del penado. Lo que hace surgir la incógnita de cómo y en qué momento ha de manifestarse esa aquiescencia por la persona condenada.

Facilita la respuesta el que, quien se enfrenta a una pretensión acusatoria que prevé como posible la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, adelante su beneplácito a la misma para el caso de que resultar condenado, en el escrito de defensa o en cualquier momento de la vista oral. Planteamiento que no tiene por qué ser interpretado como aceptación de la acusación, sino simplemente como toma de postura para el caso de que las tesis de esta prevaleciesen.

De no ser ese el caso, será el Tribunal quien haya de indagar sobre el criterio del penado al respecto. Lo que no puede interpretarse como el deber de hacer una prospección sobre cual pudiera ser tal siempre que exista la previsión normativa de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**. Podrá hacerlo a prevención antes de que concluyan las sesiones del juicio oral, pero tal indagación solo deviene en imprescindible cuando entienda que la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** es la opción penológica más adecuada.

La disponibilidad del penado sobre la efectividad de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** acarrea que su previsión en los distintos tipos de la parte especial lo sea como pena alternativa, lo que obliga al Tribunal sentenciador, como paso previo, a decantarse entre las distintas penas de posible imposición, por la que considera más adecuada a las circunstancias del autor y del hecho, identificando de esta manera la que mejor se acomoda a la culpabilidad de aquel y satisface en mayor medida las finalidades específicas de prevención que resulten prevalentes.

Si el resultado de esa ponderación decanta la balanza a favor de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, el régimen de aplicación de la pena fijado en el artículo 49 CP exige reclamar el parecer de la persona a condenar. Incumbe tal cometido generalmente al juez o tribunal de la instancia, si bien afectará también al tribunal de apelación cuando entienda procedente revocar la pena impuesta y sustituirla por la pena alternativa que analizamos, si el beneplácito del acusado a la imposición de esta última no fue obtenido por el por los primeros.

En cualquier caso, que no conste ese asentimiento en el momento de la imposición, no es causa impeditiva de esta opción. Así lo entendieron las SSTS 325/2019, de 20 de junio y 653/2019, de 8 de enero de 2020, a las que alude el recurso, que, en consonancia con lo expuesto, entendieron que la prestación del consentimiento de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** podría prestarse en cualquier momento antes de proceder a su ejecución. Para dar viabilidad a esa opción, explicó la STS 653/2019, "(...) en el caso de que la opción realizada sea la de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** deberá obtener, antes de la ejecución, el consentimiento del condenado, y si éste no se obtuviera, ha de imponer, como subsidiaria, la pena alternativa. De esta manera se satisface la previsión legislativa, concretando la pena que se impone, y al estar sujeta la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** al consentimiento del condenado, su ausencia determina la otra pena alternativa. Consecuentemente, el juez del enjuiciamiento, cuando conozca de un juicio en el que la condena por delito sea la de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, deberá recabar, como hipótesis de condena, el consentimiento del reo. Si ello no hubiera sido posible, por cualesquiera circunstancia, el fallo de la sentencia debe contener la opción que el juzgador realiza, la concreta pena impuesta. Si la opción es la pena privativa de libertad, expresarlo así la sentencia con la duración correspondiente dentro de la previsión legal. Y si la opción es por la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** señalar su contenido y sujeción a la efectiva ejecución al consentimiento que debe prestar el condenado, antes de su ejecución y prever la imposición de la alternativa de privación de libertad en el caso de que este consentimiento no fuera prestado, que operará de manera subsidiaria".



Es decir, si el Tribunal de instancia, lo que es también aplicable en su caso al de apelación, se decanta por la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, deberá determinarlo así, aduciendo las razones que avalen tal opción y, dentro de esta, procederá a individualizar la pena en su extensión, de acuerdo con las correspondientes reglas dosimétricas (artículo 66 CP). Pero también fijará otra de las penas alternativamente previstas en el tipo penal de que se trate, para ser aplicada a modo de pena subsidiaria en el caso de que no se obtuviera la aquiescencia del penado a la primera.

De esta manera queda claro que el consentimiento del condenado habrá de obtenerse en cualquier momento anterior a la ejecución de la pena, en la instancia, en la apelación o, incluso, en la ejecución. En palabras que tomamos también de la STS 653/2019, "El Código Penal no establece el momento en que deba prestarse el consentimiento preciso para la ejecución de la pena de **trabajos a beneficio** de la **comunidad**. La interpretación del artículo 49 obliga a tener en cuenta, de una parte, que antes de su ejecución debe disponerse del asentimiento del condenado. De otra, que es posible que quien es acusado no esté en condiciones de resolver un asentimiento a la pena que se presenta cuando todavía no ha sido condenado. Parece prudente considerar que el momento hábil para la prestación del consentimiento puede ser cualquiera anterior a la definitiva resolución del objeto del proceso, o a su ejecución (STS 325/2019)".

Por último, en lo que respecta al modo en que ha de prestarse ese consentimiento por el penado, al no existir una específica previsión, es admisible tanto el manifestado directamente por el condenado, como el que se transmite al órgano judicial a través de su representación procesal, en el escrito de recurso, o en otro dirigido a tal fin. Eso sí, ha de tratarse de un consentimiento expreso, terminante y no condicionado.

TERCERO: La proyección de lo expuesto sobre el caso concreto nos permite enlazar con el segundo aspecto que el recurso plantea, la infracción del artículo 72 CP, al haber desechado los Tribunales de instancia y apelación la imposición de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, sin expresar los motivos que sustentaron esa opción.

Es cierto que cuando de lo que se trata es de fijar una pena en relación legal de alternatividad con otra de distinta naturaleza, el tribunal viene obligado ex artículo 72 CP a dar las razones que justifican la opción.

La pena privativa de libertad y la de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** se presentan como penas alternativas tanto en el artículo 153 como en el artículo 171.4, ambos, CP, por lo que el legislador no otorga, en principio rango preferencial a una sobre la otra. De tal modo, deberá estarse a las circunstancias del caso para identificar cuál de las penas puede satisfacer mejor las finalidades específicas de prevención que resulten prevalentes.

En el supuesto analizado, el tribunal de instancia, como denuncia el recurrente, no justificó expresamente su opción por la pena privativa de libertad, pero dicho déficit de justificación no convierte lo decidido en arbitrario ni siquiera en inmotivado.

Los hechos que se declaran probados identifican no solo una particular energía criminal sino también significativos indicadores de humillación hacia la víctima, aspectos que en este caso sí fueron tomados en consideración.

La lectura de la sentencia de instancia permite comprobar que la misma no valoró expresamente la procedencia de imponer al recurrente la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**, pero en ningún momento sugiere que relegara tal opción al no contar con el consentimiento del penado. Por el contrario queda patente el rechazo tácito de la misma basado en las razones que adujo al decantarse por la pena de prisión, tanto en relación al delito de amenazas del artículo 171.4 CP como al del 153 CP.

Justificó su opción y la cantidad de pena que impuso en las circunstancias de los hechos y el autor: el lugar elegido para su desarrollo, los familiares que se encontraban presentes cuando se produjeron las amenazas, valorando muy especialmente la intensidad agresiva del comportamiento desplegado en el caso del delito de maltrato. Es decir, una argumentación que sustenta su opción como razonable y exenta de arbitrariedad, en respuesta a la culpabilidad del condenado.

Por su parte, aunque ciertamente la sentencia que resolvió la apelación rechazó la viabilidad de sustituir las penas impuestas por las de **trabajo en beneficio** de la **comunidad** al no constar el consentimiento del penado, lo hizo como argumento de cierre, precedido de otro destinado a avalar la racionalidad del criterio desarrollado en la instancia en su determinación penológica.

El supuesto que nos ocupa presenta notables diferencia con el que resolvió la STS 325/2019 que el recurso invoca como precedente, en el que el rechazo de la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad** se había basado simplemente en la ausencia de consentimiento del condenado, pese a considerar que las circunstancias del caso y del culpable justificaban la imposición de la pena misma.



Lo hemos dicho, el artículo 49 no impone que se indague sobre la aceptación del acusado en todos aquellos supuestos en los que se entienda cometido alguno de los delitos para los que el legislador ofrece la pena de **trabajos en beneficio** de la **comunidad**. Y, en este caso, la argumentación que ambas resoluciones condensan ofrece suficiente motivación, en los términos que requiere el artículo 72 CP, en relación a su opción por la pena de prisión para excluir que la decisión sea fruto de la arbitrariedad. La ley no contempla un derecho del condenado a elegir entre penas alternativas, sino que se trata de una facultad discrecional del órgano de instancia que deberá motivar la elección en caso de optar por la opción más grave de las contempladas en el precepto respectivo (STS 499/2020, de 8 de octubre). Y el esfuerzo motivador desarrollado en este caso por el Tribunal de instancia y avalado por el de apelación resulta suficiente a tales fines.

Por todo ello, el recurso ha de ser desestimado.

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, el recurrente soportará las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Camilo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de febrero de 2020 (Rollo Apelación 31/20).

Comuníquese a dicha Audiencia Provincial esta resolución. Con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Imponer a dicho recurrente el pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

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 Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Ana María Ferrer García

Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián