



Roj: **STS 3878/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3878**

Id Cendoj: **28079120012023100692**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2023**

Nº de Recurso: **3372/2021**

Nº de Resolución: **716/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 716/2023

Fecha de sentencia: 28/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3372/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: MMD

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3372/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 716/2023

Excmos. Sres.

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3372/2021, interpuesto por **Torcuato**, representado por la procuradora D^a. Cristina de Prada Antón, bajo la dirección letrada de D. Javier Sanz Moreno, contra la sentencia nº 47/2021, de fecha 10 de febrero de 2021, dictada por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el Rollo de Apelación Juicio Rápido nº 117/2021. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida: D^a. Carina, representada por el procurador D. Xavier Goñi Echevarría, bajo la dirección letrada de D^a. Cristina Sanz Núñez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de Zaragoza instruyó Diligencias Urgentes de Juicio Rápido nº 1474/2020, contra Torcuato, por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género del art. 153.1 y 3 CP y, una vez concluso, lo remitió al Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, que en el Juicio Rápido nº 250/2020, dictó sentencia nº 3/2021, de fecha 11 de enero de 2021, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<ÚNICO.- Se declara probado que, sobre las 7'45 horas del día 08/12/2020 el acusado se encontraba con su pareja Carina en el domicilio familiar sito en la CALLE000 NUM000 de esta ciudad comenzando a discutir porque el acusado le reprochaba que le hubieran pasado a su cuenta bancaria el recibo por un curso de formación al que ella se había inscrito, el acusado la agarro el cuello y la empujó dándole varios golpes en la cara, la mujer para defenderse de la agresión le agarró del pelo cayéndose de la cama la mujer que se golpeó la cabeza contra el suelo.

Como consecuencia de estos hechos Carina sufrió lesiones por las que precisó de una primera asistencia médica y tardó en curar, según el informe médico forense, 8 días no impeditivos para sus ocupaciones. >>

SEGUNDO.- El Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debo CONDENAR Y CONDENO a Torcuato como autor criminalmente responsable de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género del artículo 153.1 y 3 CP, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de:

- 9 meses de prisión,
- con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.
- 2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- 2 años de prohibición de aproximarse a Carina, a una distancia inferior a 200 metros, cualquiera que sea el lugar donde se encuentre, incluido su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

Se imponen al condenado las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, Torcuato deberá indemnizar a Carina en la cantidad de 320 euros, más los intereses legales del art. 576 LECiv.

Procedase, en su caso, el ABONO del tiempo de privación de libertad sufrido, provisionalmente por el penado, para el cumplimiento de las penas impuestas, de conformidad con las reglas del artículo 58.1 del CP, si no lo hubiere sido de abono en otra causa.

Se acuerda MANTENER LA MEDIDA CAUTELAR penal impuesta a Torcuato de prohibición de aproximarse y comunicarse con Carina adoptada por el auto dictado el día 08/12/2020, de tal manera que la prohibición de aproximación y comunicación con dicha persona sigue vigente para el acusado a partir de la presente sentencia condenatoria y deberá por tanto ser respetada por el mismo hasta que, una vez que sea firme la misma, el penado sea requerido en la correspondiente Ejecutoria para iniciar el cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación y comunicación, en cuya liquidación le será computado, de acuerdo con el artículo 58.4 CP, el tiempo que haya estado vigente la medida cautelar de alejamiento y de prohibición de comunicación. En el caso de que la presente sentencia fuera revocada en fase de apelación y se acordara la absolución del acusado en cuanto al delito por el cual se le ha impuesto la pena de prohibición de aproximación y comunicación, desde el dictado de la sentencia de apelación dejará de tener efecto la medida cautelar de alejamiento y de prohibición de comunicación.

Remítase testimonio de esta sentencia al Juzgado Instructor, haciendo constar que no es firme, de acuerdo con lo previsto en el artículo 789.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.



Participése al Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos oportunos.

Llévese certificación de la presente Sentencia a los autos principales y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las partes con expresión del recurso de apelación que cabe interponer frente a la misma ante este Juzgado dentro de los CINCO DÍAS siguientes al de su notificación, correspondiendo el conocimiento del recurso a la Audiencia Provincial de ZARAGOZA. >>

TERCERO.- Contra referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Torcuato , elevándose las actuaciones a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que en el Rollo de Apelación Juicio Rápido nº 117/2021, dictó sentencia nº 47/2021, de fecha 10 de febrero de 2021, que aceptó los hechos probados de la sentencia apelada, y cuyo fallo tiene el siguiente contenido:

<<Que DESESTIMANDO el recurso de apelación formulado por la representación de Torcuato , contra la Sentencia dictada con fecha 11 de Enero de 2021 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal núm. 8 de Zaragoza, en las Diligencias de Juicio Rápido núm. 250/20, confirmamos íntegramente la misma, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Contra la presente sentencia únicamente puede interponerse RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo por INFRACCIÓN DE LEY, por el motivo previsto en el nº 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El escrito de preparación del recurso de casación se presentará ante este Tribunal en el plazo de cinco días siguientes al de la notificación de la sentencia. >>

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

QUINTO.- La representación del recurrente, basa su recurso en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre del recurrente Torcuato :

Primero.- Por infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio in dubio pro reo.

Segundo.- Infracción del art. 297.1 LECrim en relación con el art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia.

Tercero.- Infracción del art. 849.1 LECrim, de los arts. 153.1 y 3 CP.

Cuarto.- Vulneración de precepto constitucional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de un derecho a un proceso con todas las garantías.

Quinto.- Por infracción de ley, del art. 49 CP y del principio general de aplicación al reo de la condición más beneficiosa y que resulte más favorable al mismo.

SEXTO.- Instruidas las partes, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, solicitan la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente; la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 27 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRELIMINAR.- Frente a la sentencia nº 47/2021, de 10-2, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que desestimó el recurso de apelación planteado por la representación de Torcuato , contra la sentencia nº 3/2021, de 11-1, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 8 de Zaragoza, que condenó al referido como autor de un delito de lesiones en el ámbito de la violencia sobre la mujer, previsto y penado en el art. 153.1 y 3 CP, a las penas de 9 meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 2 años de privación del derecho a la tenencia y porte de armas; y 2 años de prohibición de aproximarse a Carina , a una distancia inferior a 200 metros, cualquiera que sea el lugar donde se encuentra, incluido su domicilio y lugar de trabajo, y de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual, se interpone por el mismo el presente recurso de casación, formulando cinco motivos:

El primero "por infracción del derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE) y del principio in dubio pro reo" alegando que la sentencia no ha descartado la mala relación preexistente con el acusado. *El segundo* "infracción del art. 297 LECrim en relación con el art. 24 CE, derecho a la presunción de inocencia", alegando que se ha tenido en cuenta lo declarado en el atestado por los agentes que detuvieron al acusado, sin que



comparecieran al acto del juicio oral. *El tercero* "infracción del art. 849.1 LECrim, de los arts. 153.1 y 3 CP" pero sin alegar error de subsunción, sino la irracionalidad y desproporción de la inferencia que "tan solo se decanta por la versión de la víctima". *El cuarto* "vulneración de precepto constitucional. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de un derecho a un proceso con todas las garantías". El recurrente manifiesta su queja por la denegación de que se imponga la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, alegando que no se ha hecho un pronunciamiento al respecto. *Y el quinto* "por infracción de ley, del art. 49 CP y del principio general de aplicación al reo de la condición más beneficiosa y que resulte más favorable al mismo", e insiste en el planteamiento del motivo anterior.

PRIMERO.- Debemos por ello señalar, como destacan, por todas, las SSTS 46/2021, de 21-1; 627/2021, de 14-7; 73/2022, de 27-1: <<1. 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 las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. 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", 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. En este caso el interés casacional debe residenciarse en la contradicción del pronunciamiento cuestionado con la jurisprudencia de esta Sala.

Como dijimos en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 28 de marzo, que resolvió la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en apelación respecto a la pronunciada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el artículo 9.3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el artículo 24.1 (tutela judicial efectiva)", 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.

2. En orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional", esta Sala, reunida en pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, adoptó el siguiente acuerdo:

"A) El artículo 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 artículo 849 de la LECRIM, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los artículos 849 2º, 850, 851 y 852.

B) Los recursos articulados por el artículo 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 (artículo 884 LECRIM).

D) Los recursos deben tener interés casacional. Deberán ser inadmitidos los que carezcan de dicho interés (artículo 889 2º), entendiéndose que el recurso lo 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.

E) La providencia de inadmisión es irrecurrible (artículo 892 LECRIM)".

SEGUNDO.- A partir de la doctrina jurisprudencial expuesta, los tres primeros motivos, ni en la forma, de su formulación ni en el fondo discrepante con la valoración de la prueba realizada por el Juez de lo Penal y su revisión en apelación por la Audiencia, tienen cabida en un recurso de casación interpuesto en los supuestos del art. 847.1 b) LECrim (infracción de ley, del motivo previsto en el núm. 1 del art. 849 LECrim, con acomodación del razonamiento a la discrepancia del error iuris)



Por el contrario el motivo quinto por infracción de ley, en concreto del art. 49 CP, puesto en relación con el motivo cuarto que, aun articulado por vulneración de precepto constitucional, tutela judicial efectiva, realmente lo que cuestiona es la denegación de la imposición de la pena en beneficio de la comunidad, denegación que considera, contradice la doctrina sentada por esta Sala en STS 653/2019, de 8-1-2020, en cuanto al momento de prestarse el consentimiento por parte del acusado, sí tiene interés casacional y puede ser analizado por esta Sala casacional.

2.1.- Siendo así, señala el recurrente que primero el Juez de lo Penal en su sentencia de 11-1-2021 al razonar que "no es posible imponer en este caso la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que prevé como pena alternativa a la de prisión el artículo 153 del Código Penal, por cuanto no consta que el acusado haya prestado su consentimiento para realizarlos, como exige el artículo 49 del Código Penal, y la constancia de dicho consentimiento con anterioridad al momento del dictado de la sentencia vine siendo considerado por la jurisprudencia como condición indispensable para que se pueda imponer en la misma esa pena.", y después la sentencia de apelación de la AP de 10-2-2021 al entender que "en cuanto a la petición de la parte recurrente, de carácter subsidiario, de que se imponga a su representado la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no es posible acceder a esta petición ... la imposición de tal pena requiere el consentimiento del penado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.2 CP (debió referirse con mayor rigor al art. 49 CP, dado que el art. 53.2 prevé la pena de trabajos en beneficio de la comunidad en los supuestos de multa proporcional en relación a la responsabilidad personal subsidiaria que en su caso proceda, que el Tribunal podrá acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad) y que tal consentimiento no se prestó en el acto del juicio, ya que el letrado no planteó una calificación alternativa, lo que motivó que la magistrada no tuviera la oportunidad de preguntar al acusado si prestaba su consentimiento a dicha pena de trabajos para el caso de que se dictara sentencia condenatoria y se estimara procedente la imposición de dicha pena. Esta omisión, por tanto, no puede ser suplida en segunda instancia, ya que es una cuestión nueva no planteada ni en el escrito de defensa, ni en el acto del juicio por la parte recurrente.", tales argumentaciones contradicen la doctrina de esta Sala, STS 653/2019, de 8-1-2020, e infringe el art. 49 CP, que si bien considera imprescindible el consentimiento del penado no limita, en cuanto al momento en que éste debe prestarse, al escrito de defensa o como calificación alternativa en el acto del juicio oral, ni que no pueda realizarse en fase de ejecución de la sentencia.

2.2.- El motivo, se adelanta, deberá ser estimado.

Como ya hemos indicado, en la instancia el debate en torno a la posibilidad de imposición al condenado de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, prevista como alternativa en el delito del art. 153.1 CP, no se planteó ante la no constancia de la prestación del consentimiento por parte del hoy recurrente para su realización. Formulada la petición en la apelación fue rechazada, al ser una cuestión no planteada en el escrito de defensa, ni en el acto del juicio oral. Pronunciamientos que, a juicio del recurrente, infringen el art. 49 CP y contradicen el criterio de esta Sala condensado en la STS 653/2019, de 8-1-2020, a la vez que hace surgir interés casacional, centrado en la necesidad de unificar el criterio divergente de las Audiencias Provinciales, en torno al momento en el que debe prestarse la conformidad de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la forma de manifestar ese consentimiento. En concreto, si puede considerarse válido el expresado a través de un escrito de recurso.

2.3.- La pena de trabajos en beneficio de la comunidad fue introducida por el Código Penal de 1995, como alternativa a las penas cortas de prisión. Como hemos dicho en STS 413/2022, de 27-4, "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 sujetar 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."

Existe además, un argumento semántico, el legislador -vid. art. 49 y 53.1 y 2 CP- emplea siempre el término "penado", y no acusado o procesado, como debería ser si el acto del juicio oral fuese el momento preclusivo del consentimiento.



TERCERO.- En el caso que se analiza, hay que partir de que cuando se trata de fijar una pena en relación legal de alternatividad con otra de distinta naturaleza, el Tribunal viene obligado a dar las razones que justifican la opción (art. 72 CP).

Y en este sentido la ya citada STS 413/2022, precisa que la pena privativa de libertad y la de trabajos en beneficio de la comunidad se presentan como penas alternativas en el art. 153 CP por lo que el legislador no otorga, en principio, rango preferencial a una sobre otra. De tal modo, deberá estarse a las circunstancias del caso para identificar cual de las penas puede satisfacer mejor las finalidades específicas de prevención que resultan prevalentes.

3.1.- Ahora bien, el Tribunal de instancia no justificó expresamente su opción por la pena privativa de libertad, sino que la lectura de la sentencia permite comprobar que la misma no valoró expresamente la procedencia de imponer al recurrente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y sugiere que relegó tal opción, al no constar el consentimiento del penado con anterioridad al momento del dictado de la sentencia. Tampoco la sentencia de la Audiencia, como ya hemos indicado, se pronunció sobre este extremo.

Consecuentemente, no descartándose de forma expresa, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, dado que la imposición de la pena alternativa privativa de libertad no respondió a razones específicas de individualización sino a que el acusado no había solicitado ni aceptado la imposición de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, imponiendo el Tribunal aquella, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, tal como dispone el art. 66 CP en el mínimo legal, 9 meses, al concurrir la agravación del apartado 3 del art. 152 -los hechos ocurrieron en el domicilio de la víctima-.

Siendo así, y dado que la denuncia que ahora se materializa por infracción de ley ya fue articulada, sin éxito, en el recurso de apelación, procede anular la pena privativa de libertad por el delito de maltrato, así como la correspondiente pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y sancionar con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad por 56 días -mínimo de la mitad superior- que el recurrente acepta y reclama. Bien entendido que la pena privativa de libertad inicialmente impuesta se mantiene, a modo de pena subsidiaria, para el caso de que el penado no ratificara, en ejecución de sentencia, aquel consentimiento deducido de sus recursos de apelación y casación.

CUARTO.- Estimándose el recurso, se declaran las costas de oficio (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

1º) Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **Torcuato** , contra la sentencia nº 47/2021, de fecha 10 de febrero de 2021, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el Rollo de Apelación Juicio Rápido nº 117/2021.

2º) Se declaran las costas de oficio.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Audiencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 3372/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.



D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 28 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3372/2021, interpuesto por **Torcuato**, contra la sentencia nº 47/2021, de fecha 10 de febrero de 2021, dictada por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el Rollo de Apelación Juicio Rápido nº 117/2021, por un delito de lesiones en el ámbito de la violencia de género del art. 153.1 y 3 CP, sentencia que ha sido **casada y anulada parcialmente** por la dictada en el día de la fecha por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y se dan por reproducidos los Antecedentes y Hechos Probados de la Sentencia de recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Tal como se ha razonado en la sentencia precedente, procede imponer al recurrente Torcuato la pena de 56 días de trabajos en beneficio de la comunidad, manteniéndose como pena alternativa la pena de 9 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para el caso de que el penado no ratificara el consentimiento deducido de sus recursos de apelación y casación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Mantener el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida e imponer al recurrente Torcuato la pena de 56 días de trabajos en beneficio de la comunidad, manteniéndose como pena alternativa la pena de 9 meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para el caso de que el penado no ratificara el consentimiento deducido de sus recursos de apelación y casación.

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.

Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Andrés Palomo Del Arco Pablo Llarena Conde

Vicente Magro Servet Eduardo de Porres Ortiz de Urbina